

PARTE I

**CARATTERI, FUNZIONI  
E LIMITI DEL DIRITTO PENALE**



## CAPITOLO I

# I CARATTERI GENERALI DEL DIRITTO PENALE

Carlo Enrico Paliero

SOMMARIO: 1. La nozione di “diritto penale”. – 1.1. Il criterio di identificazione delle norme penali. 1.2. Contenuti e fonti del diritto penale sostanziale. – 2. Il diritto penale nell’ordinamento giuridico. – 2.1. I caratteri essenziali del diritto penale. – 2.1.1. Strumento coercitivo di diritto pubblico. – 2.1.1.1. I confini con il diritto sanzionatorio amministrativo. – 2.1.2. Strumento reattivo. – 2.1.2.1. I confini con le misure di terapia sociale. – 2.1.3. Strumento valutativo. – 2.1.3.1. I confini con il torto civile. – 2.1.4. Strumento lesivo dei diritti individuali. – 2.1.4.1. I confini con le misure di prevenzione. – 3. L’autonomia del diritto penale. – Bibliografia.

## 1. La nozione di “diritto penale”

### 1.1. Il criterio di identificazione delle norme penali

«Lo strumento sanzionatorio, non le materie sottoposte a disciplina, in buona parte comuni ad altri rami del diritto pubblico e privato, individua e contraddistingue il diritto penale nell’ambito dell’ordinamento.

La sanzione penale tradizionale - la pena - si caratterizza come *intenzionalmente afflittiva*: colpisce il condannato (ma inevitabilmente il sacrificio coinvolge persone a lui vicine) senza eliminare o compensare le conseguenze dell’illecito e senza perseguire risultati utili a scadenza immediata (anzi comportando costi elevati per la stessa collettività)» (Pedrazzi, 64).

1.1.1. L’icastica definizione che precede esprime bene i primi tratti essenziali del diritto penale come categoria giuridica: (a) il *criterio* meramente *formale* di identificazione delle norme che appartengono a questo settore del diritto; (b) l’*orientamento alla sanzione* del criterio definitorio stesso.

È esclusivamente il tipo di sanzione che la legge ricollega come conseguenza giuridica principale a distinguere le norme penali da tutte le altre norme dell’ordinamento.

È il *nomen juris* usato dal legislatore per indicare la sanzione che funge da indice incontrovertibile del carattere penale del fatto che la norma sanzionatoria configura e minaccia di punire.

Si concretizza in ciò quella che viene definita come “*funzione costitutiva del criterio nominalistico*” (Pedrazzi, 64). L’utilizzo da parte del legislatore di uno specifico *nomen juris* indicativo di un tipo sanzionatorio tratto da un novero ristretto e pre-definito di tipi sanzionatori, omologati a fungere da “criterio distintivo”, costituisce, non

altrimenti crea la norma penale, distinguendola da tutte le altre norme per il solo fatto che il legislatore ha scelto *quel tipo* sanzionatorio, e non altri.

1.1.2. Nel nostro attuale ordinamento – come nella maggior parte dei sistemi attuali europei – il compito di individuare i *nomina juris* con effetto costitutivo se lo è assunto *una volta per tutte* il legislatore codicistico, precisamente con l'art. 17 del Codice penale vigente (r.d. 19 ottobre 1930, n. 1398).

1.1.2.1. Questa norma indica come sanzioni 'identitarie' previste per i delitti: (a) l'ergastolo; (b) la reclusione; (c) la multa. Come sanzioni comminate invece per le contravvenzioni: (aa) l'arresto; (bb) l'ammenda. Ovviamente, ergastolo, reclusione e arresto sono pene detentive; multa e ammenda pene pecuniarie. E il successivo art. 39 c.p., confermando la funzione costitutiva del principio nominalistico, precisa che: «I reati si distinguono in delitti e contravvenzioni, secondo la diversa specie delle pene per essi rispettivamente stabilite da questo codice».

1.1.2.1.1. La distinzione fra diverse categorie formali dei reati è tipica - storicamente - del legiferare codicistico. Originariamente si trattava di una *tripartizione* (crimini – delitti – contravvenzioni), consacrata nel Codice napoleonico del 1810 (*crimes – délits – contraventions*) e seguita in Italia da alcuni codici pre-unitari (il Codice penale del Gran Ducato di Parma del 1821; il Codice penale Sardo-Piemontese del 1859, poi esteso nel 1861 a tutto il Regno d'Italia). Essa è stata sempre seguita dall'ordinamento francese e dagli altri Paesi francofoni (Belgio, Svizzera, ove è tuttora in vigore), nonché, in passato, dagli ordinamenti austriaco e tedesco (fino alle riforme, rispettivamente, del 1974 e del 1975) nei quali vigeva la distinzione fra *Verbrechen, Vergehen e Übertretungen*. Un'opzione differente, consistente nella *bipartizione* fra delitti e contravvenzioni è invece da tempo radicata in Spagna e in Italia, dove era già stata adottata dal Codice Zanardelli nel 1889 ed è stata successivamente recepita anche da Austria e Germania, che distinguono attualmente tra *Verbrechen e Vergehen*. Caso isolato è invece quello dell'ordinamento portoghese che adotta un modello monistico in cui l'unica categoria di reati è rappresentata dal *crime*.

Tale distinzione rispecchia in qualche misura anche una differenziazione sostanziale, dal momento che le contravvenzioni rappresentano - tendenzialmente - reati di minore gravità (venivano definiti "delitti nani"), talvolta configurati dal legislatore per fornire una tutela anticipata a beni giuridici già protetti attraverso la previsione di fattispecie delittuose. Dal punto di vista contenutistico, poi, si osserva come, a fronte di una parziale sovrapposizione qualitativa (derivante dal fatto che tanto i delitti quanto le contravvenzioni contemplano sia pene pecuniarie, sia pene detentive), le pene previste per i delitti sono quantitativamente più estese (si raffronti ad esempio l'art. 25 c.p. che prevede che l'arresto si estenda da cinque giorni a cinque anni, con l'art. 23 c.p., che prevede per la reclusione una durata da quindici giorni a ventiquattro anni).

Le ripercussioni più pregnanti derivanti da tale distinzione sono individuabili sul piano della disciplina riservata alle due categorie, in punti significativi differenziata. Tra le principali discriminazioni, che verranno poi trattate approfonditamente, vanno subito segnalate le seguenti. Quanto all'elemento soggettivo, mentre i delitti sono di regola puniti solo a titolo doloso (e solo eventualmente, purché espressamente previsto dalla legge, anche a titolo di colpa), le contravvenzioni possono essere integrate indifferentemente sia dal dolo che dalla colpa, essendo quindi sufficiente la colpa per imputare la responsabilità (esistono peraltro, ancorché rare, figure contravvenzionali strutturalmente dolose, come ad es. la «Molestia o disturbo alle persone» di cui all'art. 660 c.p.). Con riferimento invece alla punibilità a titolo di tentativo, questa è per le contravvenzioni espressamente esclusa dal legislatore italiano che incrimina, all'art. 56 c.p., il "Delitto tentato". Si tratta di una scelta di politica criminale, non necessitata da ragioni strutturali

(almeno per alcune figure contravvenzionali sarebbe in astratto concepibile una esecuzione solo ‘tentata’), ma verosimilmente assunta per le caratteristiche contenutistiche, appena sopra indicate, che tale categoria di reati rilascia (v. *postea*, Parte V Cap. I § 2.1.).

1.1.3. La presenza, in un *qualsiasi* testo legislativo, di un *nomen juris* corrispondente alla tipologia tassativamente indicata dall’art. 17 c.p. rappresenta dunque per l’interprete un *infallibile segnale*; una ‘spia rossa’ che lo informa senza alcuna possibilità di equivoco: (a) sul carattere *penale* dell’illecito ivi considerato; (b) sulla qualificazione tassativa della fattispecie illecita, o come delitto o come contravvenzione (a seconda, è chiaro, del tipo di denominazione sanzionatoria impiegato). Ne deriva l’automatica distinzione di disciplina che ai due sottotipi di reato la “Parte generale” del Codice penale vigente ricollega.

1.1.4. In definitiva, il criterio nominalistico orientato sul tipo formale di sanzione identifica la nostra materia (la “*materia penale*”) distinguendola da tutte le altre: per meglio dire, ‘riconosce’ *ictu oculi* – in modo inequivoco ed inappellabile – le fattispecie incriminatrici presenti nel sistema.

Ciò comporta una conseguenza fondamentale: per ciascuna di tali fattispecie, *ovunque insediata* nell’ormai sterminato *corpus* della legislazione vigente, tale ‘riconoscimento’ implica il suo immediato inserimento nel ‘circuitto delle garanzie’ imposte dall’ordinamento - non solo interno - alla “materia penale”. In dettaglio, questo significa, per la fattispecie così ‘riconosciuta’, l’automatica ed irrefragabile applicazione: (a) delle norme di principio dettate per la “materia penale” dalla *Costituzione* italiana e dalle Convenzioni internazionali (Mazzacuva F.); (b) delle disposizioni della “*Parte generale*” del *Codice penale*, per quanto concerne le ‘regole di fondo’ relative alla struttura dell’illecito, ai criteri di imputazione della responsabilità e alla conformazione delle sanzioni; (c) delle norme del *Codice di procedura penale*, per ciò che concerne le ‘regole di rito’, cioè quanto richiede l’accertamento del fatto illecito, l’individuazione della responsabilità e l’inflizione della condanna penale; (d) delle regole, infine, dettate dall’*Ordinamento penitenziario* e dalle altre leggi di esecuzione penale, per tutto ciò che riguarda la *concreta applicazione* della pena principale “ad effetto costitutivo” (ergastolo, reclusione, ecc.) e delle altre sanzioni criminali ad essa collegate (pene accessorie, misure di sicurezza) eventualmente irrogate nel caso di specie.

## 1.2. *Contenuti e fonti del diritto penale sostanziale*

Una volta individuato il criterio di identificazione delle norme penali, occorre ambientare nell’ordinamento giuridico, ricostruendone i caratteri essenziali, il sistema che dall’insieme di queste norme è composto, e che comunemente denominiamo “diritto penale”; più esattamente, diritto penale sostanziale.

Vale a dire, l’universo normativo formato da:

(a) le singole norme incriminatrici (o norme penali *in senso stretto*), che descrivono e tipizzano in modelli astratti di condotta i vari comportamenti vietati o imposti sotto minaccia di pena – norme contenute nella “Parte speciale” del Codice penale, nei Titoli dedicati alle “disposizioni penali” contenuti negli altri codici (v. Titolo XI del libro V del Codice civile) e nei principali testi complementari al *corpus* codicistico, quali Testi

unici e formazioni organiche di materia, nonché norme contenute, per lo più come “clausole sanzionatorie finali”, negli innumerevoli testi della “legislazione speciale” (il c.d. diritto penale “accessorio” o “complementare”) (Paliero, 1985, 12 ss., 83 ss.)

(b) le norme generali “di disciplina”, che fissano i limiti (temporali, spaziali, personali) di validità della legge penale; che delincono la struttura del fatto di reato e dettano i criteri di interpretazione della responsabilità; che individuano, infine, la tipologia, i contenuti e la disciplina giuridica delle sanzioni criminali – tutte norme, queste, contenute nella *Parte generale* (libro I) del Codice penale.

## 2. Il diritto penale nell’ordinamento giuridico

Per collocare correttamente l’universo delle norme penali nell’ordinamento giuridico vigente, occorre effettuare in via preliminare due distinte operazioni definitorie. Occorre, in particolare:

(a) descrivere i tratti fisiognomici essenziali del “diritto penale”, vale a dire i caratteri macroscopici che fanno di tale settore giuridico un sistema unitario, distinguendolo al contempo dagli altri principali settori dell’ordinamento (civile, amministrativo, processuale, giuslavoristico, ecc.);

(b) disegnare con nettezza i limiti esterni del territorio penalistico, utilizzando tali caratteri macroscopici come tabelle confinarie. Si risconterà inevitabilmente che per ogni tratto di confine - per ogni macrocarattere - si delinea *almeno una* area giuridica limitrofa, *strutturalmente affine* al diritto penale, con cui condivide quel dato caratteristico, *ma non altri*. Riconoscere ciascuna di queste aree e tracciarne gli esatti confini rispetto al diritto penale costituisce un passaggio indispensabile per orientare la nostra materia nell’ordinamento generale.

### 2.1. I caratteri essenziali del diritto penale

#### 2.1.1. Strumento coercitivo di diritto pubblico

Il primo carattere generale che viene in considerazione è, ovviamente, la natura pubblicistica del diritto penale. La sanzione criminale – e il sistema normativo che la implementa – è uno strumento di diritto pubblico: segnatamente, di natura coercitiva (Bettiol, 95 s.).

La pena, anzi, attingendo *in primis* la libertà personale dei cittadini – che l’art. 13 Cost. sancisce con il sommo attributo della *inviolabilità* – è la *forma estrema* di *coercitio publica* consentita dal nostro ordinamento.

L’orientamento alla sanzione, che è caratteristico del diritto penale, fa di questo ramo dell’ordinamento un esempio paradigmatico di congruenza con la *definizione normativistica* del diritto, inteso come “tecnica di controllo sociale” (Gavazzi, 15).

La nota nozione kelseniana di “ordinamento giuridico” come “insieme delle condizioni in presenza delle quali deve essere esercitata la coercizione, intesa come costrizione fisica” (Kelsen, 49) sembra attagliarsi senza bisogno di ulteriori specificazioni soprattutto (e forse soltanto) al sistema penale. L’attribuzione kelseniana (Kelsen, 47) del monopolio dell’uso della forza alla “comunità giuridica” – formula da tradursi per

noi in Autorità (come vedremo solo e soltanto) statale – è pertinente per eccellenza al diritto penale e fotografa il *tipo di rapporto* che all'interno di quest'area giuridica si instaura fra i soggetti interessati. Non un tipo di relazione paritaria e mediatrice, bensì un rapporto *coercitivo* e d'*imperio* fra l'Autorità (statale) dotata di una *speciale* potestà d'*imperio* (la potestà punitiva) e gli individui che a tale Autorità sono sottoposti. Il diritto penale può anzi considerarsi l'espressione estrema - e a suo modo paradigmatica - del rapporto di tensione – la massima tensione consentita in un ordinamento liberaldemocratico – fra l'Autorità e l'individuo (Amato).

### 2.1.1.1. *I confini con il diritto sanzionatorio amministrativo*

Il carattere pubblicistico e coercitivo del diritto penale pone a diretto confronto – per un'indispensabile *actio finium regundorum* – il sistema penale con il sistema delle sanzioni amministrative.

Con il diritto penale il diritto sanzionatorio amministrativo condivide certamente la natura pubblicistica, lo speciale potere d'*imperio* definibile come potestà punitiva che ne costituisce il fondamento, nonché il tipo di rapporto, *non* paritario-regolativo, bensì autoritario che si instaura fra i soggetti attinti dalle relative norme. Comune alle due aree contigue (penale e sanzionatorio-amministrativa) è anche il carattere intenzionalmente afflittivo e non risarcitorio-compensativo dei rispettivi strumenti sanzionatori, nonché il finalismo di questi. Essi infatti sono destinati a presidiare interessi e doveri di carattere generale, ambientati nell'ordinamento generale e non 'particolari di' e 'interni a' singole amministrazioni, orientati agli stessi scopi general- e special-preventivi, dai quali è precipuamente caratterizzato anche il teleologismo delle pene criminali (Paliero-Travi).

Ma il diritto sanzionatorio amministrativo (o penale-amministrativo) si differenzia nella sostanza dal diritto penale in forza di tre elementi essenziali, che caratterizzano il primo sistema in antitesi al secondo.

Questi caratteri di distinzione sono:

(a) la natura non limitativa dei diritti strettamente individuali che 'ontologicamente' caratterizza le sanzioni irrogate dalla P.A., differentemente dalle pene criminali *per definizione* attingenti in modo *diretto* (le detentive) o in modo *indiretto* (le pecuniarie mediante conversione in sanzioni limitative della libertà individuale) la libertà personale dell'individuo. Viceversa, le sanzioni amministrative aggrediscono il patrimonio (le *pecuniarie*) o limitano attività di tipo economico (le *interdittive*), senza coinvolgere, in nessun caso, *neppur indirettamente* le libertà strettamente individuali (per questo motivo, a livello costituzionale alle sanzioni amministrative è imposta la più blanda riserva di legge - *relativa* - di cui all'art. 23 Cost. – concernente le *prestazioni* patrimoniali e personali – e non la riserva di legge - *assoluta* - che l'art. 25 Cost. assicura alle sole *pene*) (v. *postea*, Parte II Cap. I).

(b) La competenza ad irrogarle, che per le sanzioni amministrative spetta al potere esecutivo (la pubblica amministrazione) e *non* al potere giudiziario (salvo i casi eccezionali di connessione a un reato), e al di fuori degli schemi garantiti del '*due process*' ("giusto processo") assicurati dal Codice di procedura penale. Per le sanzioni amministrative vigono le più spedite forme del procedimento (sanzionatorio) amministrativo fissate dalla l. 24 novembre 1981, n. 689, costituzionalmente accettabili proprio

in virtù del fatto che qui *non è in gioco la libertà personale* dell'individuo.

(c) L'assenza, fra le conseguenze della sanzione amministrativa, dello *stigma criminale*, espresso invece tipicamente dalla condanna penale, sia per il giudizio di intrinseco disvalore che essa reca in sé, e nella rappresentazione collettiva, sia per gli speciali effetti giuridici negativi ulteriori alla pena stessa (i c.d. "effetti penali"), che le conseguono *de iure*. La sanzione penale comporta infatti una stigmatizzazione etico-sociale, che attraverso il giudizio di colpevolezza coinvolge direttamente la *persona* del reo. Non altrettanto accade per la sanzione amministrativa, la cui inflizione non deteriora in alcun modo lo 'statuto civico' del trasgressore.

### 2.1.2. *Strumento reattivo*

Il diritto penale, diversamente da altri rami dell'ordinamento, si configura come uno strumento puramente reattivo a un fenomeno sociale che gli preesiste, e che il diritto penale è specificamente deputato a combattere a cagione della sua *particolare disfunzionalità*. Tale fenomeno è la criminalità, rispetto a cui il diritto penale si colloca, da un lato, in termini puramente negativi – in posizione di difesa e di contenimento; dall'altro lato si pone in funzione di assoluta dipendenza – come tipologia giuridica integralmente indotta dal fenomeno sociale sottostante.

(a) Il primo aspetto assicura che il diritto penale – diversamente da quasi tutti gli altri rami dell'ordinamento – non persegue, *strutturalmente*, scopi formativi, promozionali o di sviluppo della società o dell'individuo, ma si limita a contrastare, frenare particolari schemi d'azione sociale predeterminati dal diritto penale stesso. Non si dimentichi, infatti, che la pena «non persegue risultati utili a scadenza immediata» (*retro*, § 1.1.), ma è forma di reazione lesiva da parte dell'ordinamento a previ comportamenti lesivi da parte degli individui.

(b) Il secondo aspetto esprime soprattutto la concezione – verosimilmente vecchia quanto la materia stessa – del diritto penale come *lo strumento della* difesa sociale (sottinteso: dal crimine). Tale formula definitoria, in particolari momenti storici, si è anche prestata a letture di tipo ideologico, prevalentemente in chiave illiberale (criticamente, v. Baratta, 1966, 23 s.; Baratta, 1982, 37 s.): ma depurata da ogni pregnanza prettamente politica, essa mantiene intatto il suo significato, attestando efficacemente che il diritto penale, come strumento *di difesa*, logicamente implica la minaccia (rappresentata dalla criminalità). Pertanto, perderebbe ogni significato in assenza di questa, o nell'ipotesi – per quanto utopistica – di una successiva *integrazione sociale* del comportamento già criminale, che smetterebbe così dal punto di vista sociale i caratteri della "devianza" e della "disfunzionalità": cessando, appunto, di costituire "*minaccia*".

A questo proposito, emerge però un aspetto problematico. Il diritto penale, come fenomeno (*giuridico*) indotto, dipende integralmente dal fenomeno (*sociale*) che ne costituisce l'indispensabile presupposto, ed anzi la *ratio essendi*. Ma in quanto tecnica, e dunque strumento formalizzato, al diritto penale spetta anche il compito di definire in termini giuridico-formali i comportamenti cui va ascritta la qualifica di criminali: della criminalità divenendo pertanto la *ratio conoscendi*. È autoevidente, a questo punto, il rischio della circolarità: lo strumento reattivo ri(crea) esso stesso, in tutto o in parte, il fenomeno che giustifica la reazione.



Questa peculiarità ha fatto da taluno attribuire al diritto penale caratteri mistificatori, quale schema applicativo, nel mondo del diritto, del teorema di Thomas, o della “profezia che si autoavvera” (*self-fulfilling-prophecy*) (Merton, 765 ss.): il diritto penale “creerebbe” ad uso proprio, attraverso la loro definizione come tali, i comportamenti criminali, per poter poi, “reagendovi”, punirli. In questo senso, secondo i suoi critici più radicali, il sistema penale sarebbe il principale responsabile di un processo (mistificatorio ed ideologicamente orientato) di creazione artificiale della devianza. Con l’alibi dello “scopo di difesa dal crimine”, il diritto penale agirebbe come strumento di controllo politico: attraverso di esso il sistema non si curerebbe tanto di combattere i comportamenti “criminali”, in quanto dannosi, bensì di emarginare i soggetti politicamente o socialmente ad esso ostili, etichettandone come “criminali” i comportamenti tipici.

Al di là di queste posizioni estreme, ed anch’esse ideologicamente orientate, la realtà è che il diritto penale è strumento di reazione sociale formalizzata e, dunque, tecnica sociale: come tale, inevitabilmente interagisce, condizionandola oltre ad esserne condizionato, con la fenomenologia sociale che è deputato a controllare, gestire e rielaborare (Luhmann, 81 s.).

### 2.1.2.1. I confini con le misure di terapia sociale

La natura reattiva del diritto penale impone la necessità di distinguere i suoi strumenti tipici (le pene e, soprattutto, le misure di sicurezza) (v. *postea*, Parte VI Cap. IV e Cap. VII) dagli altri strumenti che l’ordinamento appronta per reagire ai fenomeni di disadattamento sociale. Si tratta di una tipologia di misure di terapia sociale che ogni ordinamento conosce, ed è obbligato a disciplinare giuridicamente, attingendo esse di regola, direttamente o indirettamente, i diritti individuali. Tutte queste misure hanno carattere coattivo; la più parte ha contenuto almeno parzialmente limitativo delle libertà individuali; talune sono addirittura privative della libertà personale.

Un esempio particolarmente significativo, in questo ambito, è rappresentato dal trattamento psichiatrico (ovviamente, coattivo).

Al di là della storica utilizzazione della dimensione psichiatrica come “forma parallela” di controllo sociale, attraverso una sorta di “criminalizzazione” della malattia mentale (Foucault), è evidente che – almeno nel nostro ordinamento vigente, dopo la radicale legge di riforma 13 maggio 1978, n. 180 (c.d. “legge Basaglia”) – il sistema di queste misure si differenzia profondamente dal sistema penale per due ordini di motivi:

(a) Diversamente dalle pene, le misure di terapia coatta e di internamento psichiatrico, pur avendo natura reattiva (al fenomeno anche sociale della malattia mentale) hanno uno scopo esclusivamente promozionale, di ristabilimento e *sviluppo* del benessere individuale. I contenuti innegabilmente afflittivi, che queste misure assumono, sono (*devono essere*) meramente strumentali alla integrazione sociale dell’individuo alla stregua del principio solidaristico proprio di uno Stato sociale di diritto, e solo del tutto collateralmente servono alla *difesa della collettività*, fungendo in via primaria al *bene dei singoli individui*.

(b) La disciplina giuridica di cui queste misure sono fatte oggetto non implica altresì la formalizzazione giuridica dei comportamenti sottoposti a tale regime, riguardando invece esclusivamente i contenuti e le modalità di applicazione delle misure stesse. Diversamente che nell’ordinamento penale, il diritto non *contribuisce* affatto a definire – e quindi, in qualche misura, a “(ri)creare” – i modelli comportamentali soggetti alla mi-

sura coattiva. Questo compito viene invece interamente riservato a paradigmi scientifici – propri della comunità medico-scientifica –, più o meno consolidati (e più o meno indiscutibili), ma certamente non condizionati, come è per l'ordinamento penale, da un potere definitorio del sistema coercitivo stesso.

### 2.1.3. *Strumento valutativo*

Il diritto penale *non è strumento neutrale*, di delimitazione di sfere giuridiche interferenti, ovvero di mera regolamentazione di rapporti interpersonali; non si prefigge cioè lo scopo di moderare reciprocamente l'espansione dei singoli diritti o di garantire il soddisfacimento dei singoli interessi individuali.

Al contrario, il diritto penale è, *in primis*, strumento di valutazione - *negativa* - dei modelli comportamentali (Bettiol, 102 s.) che è suo compito precipuo individuare e dettagliatamente descrivere, per ricollegarvi la conseguenza giuridica - *negativa* - della sanzione (criminale).

Il diritto civile, invece, non prende posizione in senso valutativo sui singoli interessi in gioco (interessi 'approvati' *versus* interessi 'disapprovati'), né dà giudizi di valore sugli schemi di condotta che sono rispettivamente tipici dei soggetti che agiscono nella singola sfera di rapporti. Qui, semplicemente, il diritto riconosce genericamente la *rilevanza sociale* dei rapporti che disciplina – ed in ciò sta appunto la *ratio* del suo intervento – fissando, come arbitro neutrale, le 'regole del gioco' senza prendere *a priori* le parti di un soggetto in contrapposizione ad un altro. Di volta in volta, ipotesi per ipotesi, sottospecie per sottospecie gli interessi dell'uno prevarranno sugli interessi dell'altro, ovvero si bilanceranno perfettamente a seconda del tratto di disciplina che verrà in considerazione.

Viceversa, il diritto penale impenna il suo intervento regolatore su di un giudizio di (*dis*)valore che investe *a priori* e con univoco orientamento l'oggetto della disciplina, impregnandone *in toto* i contenuti. Tale giudizio di disvalore investe non solo i modelli comportamentali di volta in volta considerati, ma si estende da questi alla persona di una delle 'parti in gioco' (l'autore del reato). In ciò, il sistema penale non si mantiene affatto neutrale, ma, all'opposto, interviene nei conflitti sociali come criterio dirimente del *diritto dal torto*: 'prende parte' incondizionatamente – *a priori* e *una volta per tutte* – a favore di un interesse in gioco a discapito degli altri; *rectius*, *contro* un soggetto, attinto dalla valutazione negativa.

Diversamente che nel settore privatistico, ove il diritto non è *a priori* e *in toto* 'a favore' o, rispettivamente, 'contro' le singole parti (i cui interessi solo in relazione a singoli aspetti della disciplina e alla stregua di ciascuna situazione concreta verranno di volta in volta favoriti o sacrificati), il diritto penale, quando interviene – come fa nella sua espressione più classica – su *relazioni interpersonali*, prende posizione in via definitiva. Configura dei modelli ipostatizzati di conflitto sociale cui viene data una risoluzione preventiva standardizzata: 'a senso unico', cioè, pre-impostata *tassativamente* e *una volta per tutte* a favore di una parte (individuata come 'vittima') e contro la parte avversa (individuata come 'autore'). E si tratta di una risoluzione, altresì, valida, nello stesso senso, per tutti i simili conflitti futuri.

Tale funzione valutativa del diritto penale è del resto connessa a due importanti dati strutturali, fin da ora emersi.

(a) In primo luogo, il compito definitorio, come si è visto, assolto dal diritto penale

proprio attraverso l'ascrizione di uno specifico contenuto di disvalore (il disvalore *penale*) ai comportamenti etichettati come "criminali", o penalmente rilevanti.

(b) Secondariamente, l'effetto *per se* stigmatizzante del criterio di definizione, la pena: come si è visto, è criminale solo e soltanto il comportamento "minacciato con pena". Il biasimo etico-sociale che impregna – sola, fra i diversi strumenti di coazione previsti dall'ordinamento – la pena, non può non presupporre un giudizio di valore socialmente orientato in senso radicalmente negativo: tanto pregnantemente negativo, da trasferirsi *d'emblée* dal comportamento alla *persona*.

### 2.1.3.1. I confini con il torto civile

Il carattere valutativo del diritto penale suggerisce un diretto raffronto con la disciplina del torto civile (Busnelli-Scalfi). Nel nostro ordinamento, come è noto, ogni fatto illecito, concretizzato dalla "causazione di un danno ingiusto", obbliga l'autore del fatto al risarcimento, sempreché il fatto stesso sia "doloso o colposo" (art. 2043 c.c.). Sotto questo profilo - prettamente *strutturale* - la fattispecie dell'illecito civile si assimila al reato, con cui condivide gli elementi essenziali della antigiuridicità ("danno ingiusto") e della colpevolezza ("dolo o colpa") (Cian).

Strutturalmente, la differenza più cospicua è rappresentata dal carattere atipico dell'illecito configurato dall'art. 2043 c.c.: *qualsiasi* danno (purché ingiusto) obbliga al risarcimento a prescindere dalla *modalità* della sua realizzazione. Sia per il reato che per l'illecito civile, tuttavia, il criterio di imputazione della conseguenza giuridica (*pena* nell'un caso, *risarcimento* nell'altro caso) è la responsabilità, vale a dire un parametro soggettivo orientato sulla riprovevolezza del comportamento (il dolo e la colpa sono atteggiamenti antidoverosi socialmente biasimati) (v. anche *postea*, Cap. II e Parte III Cap. IV e Cap. V).

In entrambi i casi, inoltre, il diritto funge da *discrimine* fra lecito e torto ed è orientato a senso unico: sempre *a favore* del danneggiato e sempre *contro* il danneggiante.

Tuttavia, anche in questo caso le differenze tra i due ambiti giuridici sono sostanziali.

Anzitutto, va segnalato che l'illecito civile ha subito una evoluzione storica che ha progressivamente ridotto il "modello generale" codicistico al rango, quasi, di "clausola sussidiaria" di responsabilità, facendo proliferare, per converso, modelli di illecito imperniati sul rischio, specificamente orientato su singole attività e rilevante come criterio oggettivo di imputazione: sì che il torto civile è diventato sempre meno 'atipico', ma anche sempre più 'incolpevole' (Trimarchi).

Ma a ben vedere, anche per lo schema-base *ex art. 2043 c.c.*, la 'colpevolezza' richiesta è elemento funzionalmente ben diverso dal corrispondente penalistico: criterio di selezione dei danni risarcibili per garantire un equo bilanciamento dei rischi all'interno della collettività (Cendon, 355 s.), piuttosto che espressione di biasimo etico-sociale che impregni di disvalore le condotte dannose.

E soprattutto: (a) il risarcimento non innesca alcun effetto di stigmatizzazione, essendo incapace di trasferire le proprie note di disapprovazione sociale dal fatto dannoso alla persona; (b) il risarcimento ha idoneità e scopo soddisfattivi – elementi entrambi estranei alla pena – mentre *solo marginalmente* ha finalità preventiva (di scoraggiamento indiretto delle condotte dannose) e *solo eventualmente* contenuto immediatamente afflittivo (essendo consentito ammortizzarne l'impatto con una copertura assicurativa) (Calabresi).

E questo discorso – nonostante le apparenze contrarie – vale anche per i “*punitive damages*”, o “pene private”, sviluppatasi nel sistema nordamericano (Bricola, 71 ss.; Ponzanelli, 453 ss.). Le pene private hanno indubbiamente contenuto intenzionalmente afflittivo e finalità preventiva, non diversamente dalle pene criminali. Ma nei *punitive damages* lo schema contenutistico-strumentale è - e resta - civilistico: mancano in ogni caso quelle componenti di stigmatizzazione sociale e di squalificazione personale che sono la *ratio essendi* delle pene. Possono dunque costituire un’*alternativa* al sistema penale, o essere la *componente* di una sanzione criminale tipica; ma mai - *per se* - strumenti di diritto penale.

#### 2.1.4. *Strumento lesivo dei diritti individuali*

Diversamente dalla *generalità* delle altre misure giuridiche, la pena è uno strumento lesivo dei diritti individuali; diversamente che per *tutti gli altri* rami dell’ordinamento, l’intervento del diritto penale produce un deterioramento dello statuto personale dei soggetti attinti dalla sanzione, squalificandone il profilo giuridico-sociale.

Anche in altri rami dell’ordinamento – segnatamente, nell’ambito civilistico – quando una posizione d’interesse è controversa, il diritto *traccia il confine*, che individuando il limite di (massima) *espansione* dell’interesse di una delle parti, realizza al contempo la corrispondente *compressione* dell’interesse antagonista, e viceversa. In questi casi tuttavia – a prescindere dall’*intensità* della *compressione*, che mai può comunque raggiungere i livelli di quella attuata dal diritto penale – la delimitazione giuridica riguarda ogni volta *lo stesso diritto*, di cui la ‘mediazione giuridica’ è strumento di *comune tutela* - attraverso *composizione* - per le parti antagoniste.

Viceversa, nel trattamento dei *conflitti penalistici*, la compressione – *rectius*, la lesione – riguarda un *diritto altro*, rispetto a quello in contesa, proprio di *una sola* delle parti confliggenti, e senza che il diritto della parte antagonista venga automaticamente e in modo speculare *espanso* dall’intervento giuridico. La tutela è apprestata dunque non attraverso la composizione bensì attraverso l’*inasprimento* del conflitto a danno di *una sola* delle parti antagoniste.

È proprio questo il tratto caratteristico che vuole esprimere la nota formula lisztiana del diritto penale come arma a doppio taglio: «tutela di beni giuridici attraverso la lesione di beni giuridici» (von Liszt, 46).

Il fungere da *arma a doppio taglio* connota quindi di un’ultima peculiarità, solo ad esso propria, il diritto penale, consentendo di porne in luce almeno due ulteriori, decisivi aspetti caratteristici, che impingono specificamente il mezzo di attuazione dei relativi precetti:

(a) La sua efficacia squalificante: oltre che coercitivo, nella misura in cui conculca d’imperio i diritti individuali (libertà personale e patrimonio), il mezzo-pena è degradante, in virtù del *fall-out* di effetti stigmatizzanti ed inabilitanti sul complesso dei diritti che compongono lo statuto giuridico personale di cittadino.

Come si è detto, infatti, la sanzione penale contiene in sé uno stigma etico-sociale, che attraverso il giudizio di colpevolezza coinvolge direttamente la persona del reo, con una più o meno marcata rifrazione sull’immagine sociale del reo.

(b) L’elevato costo sociale del mezzo-pena. Al di là dei *costi economici diretti*, che il sistema penale deve sostenere per costruire ed implementare il ‘circuitto penitenziario’ e che sono particolarmente elevati soprattutto per quanto concerne le sanzioni detentive, dall’impiego dello strumento penale deriva un massivo costo sociale compless-

sivo. Quest'ultimo, in buona parte, *non* è neppure *quantificabile*, attenendo al processo di (ulteriore) desocializzazione del cittadino-reo che la pena – l'istituzione *carceraria* in specie – reca inevitabilmente seco. In parte, invece, è addirittura *monetizzabile* e si sostanzia, da un lato, nell'esborso aggiuntivo che il sistema di sicurezza sociale deve accollarsi a favore dei soggetti che risultano 'a carico' del condannato, per le conseguenze negative che di riflesso la pena produce sulla cerchia familiare del reo (c.d. *costi sociali indiretti*). Dall'altro lato, si concreta nei mancati profitti che sarebbero derivati dall'uso alternativo delle risorse – in questo caso, soprattutto, umane – investite nel circuito penitenziario. Costi, questi, *individuali* e insieme *sociali*, per i mancati profitti del reo e della società per il tempo impiegato nell'espiazione della pena; *fiscali* per i mancati introiti del fisco dovuti alla scemata capacità contributiva del reo e del suo nucleo familiare a seguito della condanna (c.d. *costi-opportunità*) (Paliero, 1992, 510 s.).

È autoevidente che quest'ultima caratteristica impegna il diritto penale a 'dar prova' di una *funzionalità* per lo meno *proporzionata* all'alto peso che, nel rapporto costi-benefici, tale strumento fa registrare alla voce "costi".

#### 2.1.4.1. *I confini con le misure di prevenzione*

L'effetto *lesivo* e *degradante* che la pena sviluppa sui diritti individuali apparenta al diritto penale – in misura *prima facie* sin troppo stretta – il sistema delle misure di prevenzione o *ante delictum* (Elia; Petrini).

Nel nostro ordinamento, tali misure sono previste da una serie di leggi in materia di ordine pubblico (ad es. l. 27 dicembre 1956, n. 1423; l. 31 maggio 1965, n. 575; ecc.) ed hanno natura sia personale, che patrimoniale. In larga misura, ma non completamente giurisdizionalizzate, sono affidate in via principale alla competenza del giudice penale, e solo residualmente, alla competenza del questore. La loro applicazione ha come presupposto una c.d. fattispecie di pericolosità, non integrata tuttavia da comportamenti tipizzati, bensì piuttosto da *status* personali che sarebbero rivelatori di una spiccata propensione a realizzare, *per il futuro*, condotte antisociali: in funzione, quindi, di *mera prevenzione* di (futuri) delitti.

A questo punto, le linee di sovrapposizione con l'essenza delle pene criminali appaiono notevoli ed evidenti.

E, infatti, *anche* le misure di prevenzione:

(a) sono strumenti di controllo sociale, per di più ritagliati su 'tipologie d'autore' che rispecchiano caratteristici conflitti penalistici;

(b) sono generalmente lesive di beni individuali, talune addirittura – come l'obbligo di soggiorno – sono limitative della libertà personale;

(c) sono altresì misure squalificanti, giacché si risolvono in una forma di «degradazione giuridica collegata alla qualificazione che le precede e le condiziona: quella cioè di pericolosità sociale, che è come un marchio che si imprime sulla personalità morale determinando una specie di *status*, tale da mettere il soggetto che ne è colpito in una condizione di subordinazione speciale» (Mortati, 689 s.);

(d) sono finalisticamente orientate alla prevenzione: alla *sola* prevenzione *speciale*, per essere esatti, nei termini precipui della neutralizzazione del soggetto cui viene attribuita la qualifica di "pericoloso" (v. *postea*, Parte VI Cap. II § 4.).

Nondimeno, la differenza di questo sistema di misure dal diritto penale è *di sostan-*

za, e risiede principalmente nel loro mancato collegamento a un *fatto tipico preesistente*, configurato in una *fattispecie legale di reato*, e *lesivo di beni giuridici ben individuati*.

Il diritto penale, come strumento *di tutela*, riguarda *fatti e comportamenti*, non ‘modi d’essere’ e *status* personali. Solo la presenza di una fattispecie tipica, descrittiva di una aggressione effettiva ad un bene giuridico determinato fa del diritto penale uno strumento - *legittimo*, ancorché *lesivo - di tutela*.

Viceversa, le misure di prevenzione conseguono a meri *status* sociali (originariamente “oziosi”, “vagabondi”, “prostitute”; ora, dopo la riforma dell’88, “sospetti di essere dediti al crimine”), a tipologie *criminologiche* d’autore (“affiliato alla mafia”) o, al più, ad *atteggiamenti preparatori* (quelli che rendono “sospetti di terrorismo”), ben lontani dalle forme di effettiva e tipica aggressione a un bene giuridico individuato, che legittimano il ricorso alla pena.

In definitiva, le misure di prevenzione *non* sono strumenti *di tutela*, ma di *profilassi politico-sociale*. Non sono infatti orientate su *singoli* e ben *determinati* beni giuridici per *reagire* alla loro lesione o messa in pericolo, bensì indirizzate verso un *novero indeterminato* di beni ovvero un generico *interesse* all’“ordine pubblico”, in *previsione* di minacce *future* e del tutto *eventuali*. Finalizzate, pertanto, non al controllo, *successivo*, di concrete forme di aggressione *al* (singolo) bene giuridico, bensì al controllo *preventivo* direttamente delle ‘fonti di pericolo’ per i beni giuridici della collettività complessivamente considerati.

Non di ‘armi a doppio taglio’ si tratta, dunque, ma di armi ‘a un taglio solo’: lesione di diritti individuali per un potenziale interesse alla sicurezza collettiva, ma a prescindere da esigenze di tutela già attualizzate. Il che fomenta il *dubbio* sulla legittimità costituzionale di siffatte misure (Petrini, 331 ss.) e fonda, al contempo, la certezza della loro estraneità al diritto penale in senso stretto (AA.Vv., 399 ss.).

### 3. L’*autonomia del diritto penale*

Stabilitone il perimetro e i confini, unitamente allo specifico e caratterizzante *orientamento alla sanzione*, ci si può chiedere - e ci si è chiesti - se il diritto penale abbia una sua *autonomia* o rivesta una mera funzione ‘servente’ di altri rami dell’ordinamento, limitandosi a rafforzarne i precetti.

In passato si sono confrontate, in merito, opposte teorie: quella c.d. ‘sanzionatoria’, di ispirazione imperativistica, che ha avuto il suo massimo esponente nel giurista tedesco *Karl Binding* (Binding); e quella invece ‘autonomista’, che in Italia ha avuto fra i primi e più autorevoli sostenitori *Delitala* e *Bettiol* (Delitala, 386 s.; Bettiol, 101 s.).

Oggi il *carattere autonomo* del diritto penale non è più in discussione, come paradigma integrato di elaborazione dei conflitti sociali ‘a doppia funzione’: di *enforcement* di precetti generali ambientati nell’intero ordinamento e di formalizzazione di scelte di valore e di orientamenti comportamentali autogenerati dai ‘bisogni di pena’ di una società non a caso definita dai sociologi criminali “punitiva” (*strafende Gesellschaft*) (Hassemer, 2009).

Il diritto penale, proprio attraverso il *metodo tipologico* che lo contraddistingue, in totale indipendenza dagli altri rami dell’ordinamento forgia i *suoi* precetti, che anche

quando coincidessero – come pure sovente accade – con quelli fissati da altri rami del diritto non per questo cesserebbero di essere autonomi. *Non solo*, come ovvio, per la modalità della disciplina, ma anche e *non meno* per il modello strutturale che li esprime. Il Tipo penale, appunto, che specifica le regole comportamentali proprie della nostra materia in modo tutt'affatto originale rispetto ai paradigmi deontici eventualmente analoghi (aventi cioè lo stesso *contenuto precettivo*) predisposti in altri ambiti normativi: sia *normativo-giuridici* (come il diritto civile, amministrativo, societario, disciplinare, etc.); sia *normativo-culturali* (come l'etica, la morale confessionale, la deontologia professionale).

Breve.

La tecnica iconografica con cui il diritto penale pone i suoi divieti – mediante il *Tipo penale* (*Tatbestand*) che di regola non detta direttamente una prescrizione, ma dipinge una ben individuata *situazione* (Hassemer, 2007, 152 ss.) o *'tranche de vie'* – fa assumere ai precetti penali non solo *forma*, ma anche *contenuto* e *natura* originarie, distinguendoli *ab ovo* da qualsiasi altro pur analogo precetto dell'ordinamento.

## Bibliografia

- AA.Vv., *Delle pene senza delitto. Le misure di prevenzione nel sistema penale contemporaneo: dal bisogno di controllo all'imputazione del sospetto* (Atti del V convegno nazionale dell'AIPDP), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 399 ss.
- Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967.
- Baratta, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale: aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Milano, 1966.
- Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale: introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Bologna, 1982.
- Bettioli, *Diritto penale*, XI ed., Padova, 1982.
- Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, Band I, (Leipzig, 1872), Sez. I, Leipzig, 1922.
- Bricola, *La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista*, in *Pol. dir.*, 1, 1985, 71 ss.
- Busnelli-Scalfi (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985.
- Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile* (1970), trad. it., Milano, 1975.
- Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1974.
- Cian, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966.
- Delitala, *Diritto penale* (1964), ora in *Diritto Penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano, 1976, 377 ss.
- Elia, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962.
- Foucault, *Storia della follia nell'età classica* (1963), trad. it., Milano, 1976.
- Gavazzi, *Elementi di teoria del diritto*, Torino, 1984.
- Hassemer, *Fattispecie e tipo* (1968), trad. it., Napoli, 2007.
- Hassemer, *Perché punire è necessario* (2009), trad. it., Bologna, 2012.
- Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1960), trad. it., Torino, 1966.
- von Liszt, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (1905), trad. it., Milano, 1962.
- Luhmann, *Sistemi sociali: fondamenti di una teoria generale* (1984), trad. it., Bologna, 1990.
- Mazzacuva F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.
- Merton, *Teoria e struttura sociale*. Vol. II: *Analisi della struttura sociale* (1968), trad. it., Bologna, 1975.
- Mortati, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, 683 s.

- Paliero, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.
- Paliero, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 510 s.
- Paliero-Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988.
- Pedrazzi, voce *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, 64 ss.
- Petrini, *La prevenzione inutile – Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996.
- Ponzanelli, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. it. dir. civ.*, 1983, 453 ss.
- Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.