

Roberto Bartoli

Diritto penale

Elementi di parte generale



Giappichelli



PREMESSA

Quando ero appena laureato, assistetti a un colloquio tra il mio Maestro, il prof. Francesco Palazzo, e il Maestrissimo, perché Maestro di tutti noi, il prof. Paolo Grossi, e ricordo ancora una frase pronunciata dal primo “non c’è didattica senza ricerca” alla quale fece da eco questa frase di Grossi “e non c’è ricerca senza didattica”. Negli anni ho compreso che in quelle parole c’era e c’è tutta la sintesi del meraviglioso lavoro dello studioso che prova a vocarsi al pensiero e a rispondere alla domanda fondamentale di sempre: “perché?”.

Questo piccolo manualetto è il frutto di questa visione che ho cercato di praticare quotidianamente per oltre vent’anni di insegnamento di diritto penale svolto nei diversi Corsi di laurea Magistrale, Scienze dei servizi giuridici e Scienze giuridiche della Sicurezza presso la Scuola Marescialli e Brigadieri dei Carabinieri. Ogni parola che in esso è contenuta è stata pronunciata in quei corsi e tutte le parole che sono state pronunciate in quei corsi sono state il frutto della ricerca. Il tutto con l’unico obiettivo di offrire agli allievi gli strumenti non solo per imparare, ma, prima ancora, per capire le ragioni profonde che stanno dietro al peculiarissimo diritto penale, soprattutto oggi che viviamo nell’era del costituzionalismo.

Ringraziamenti. Anzitutto, un grazie a tutti i miei Allievi, di sempre, quelli che hanno studiato con me, stanno studiando e studieranno, perché sono loro il motore di tutto questo, punto di partenza e di arrivo. Un grazie ai giovani studiosi che quotidianamente mi aiutano e mi accompagnano in un dialogo gioioso e costruttivo: al prof. Francesco Cingari, ai dottori Davide Bianchi, Federica Helferich, Marta Pascale e Federico Valente. Un grazie infine al mio incommensurabile Maestro, al quale, tutto, devo.

rb

Firenze, febbraio 2023

P.s. Coloro che volessero offrire qualsiasi indicazione di miglioramento, dai refusi a questioni di merito, sono invitati a scrivermi: roberto.bartoli@unifi.it. Il cantiere è sempre aperto e destinato a ulteriori sviluppi. Grazie!

PARTE I

**UNA INTRODUZIONE AL DIRITTO AFFLITTIVO:
VIOLENZA, RISCHI DI ABUSO,
COSTITUZIONALISMO**

CAPITOLO I

LA VIOLENZA DEL DIRITTO AFFLITTIVO: SANZIONE AFFLITTIVA, TIPICITÀ, POTERE PUNITIVO

SOMMARIO: 1. Le peculiarità del diritto affittivo rispetto alle altre branche giuridiche: inesistenza di una materia affittiva e diritto costituito soltanto da illeciti. – 2. I caratteri distintivi del diritto affittivo: sanzione affittiva, tipicità, potere punitivo. – 2.1. La sanzione affittiva. – 2.2. La tipicità. – 2.3. Il potere punitivo. – 3. Le funzioni della sanzione affittiva. – 3.1. La prevenzione generale: la collettività. – 3.2. La retribuzione e la prevenzione speciale: dalla collettività all'individuo. – 3.2.1. La retribuzione: l'uomo. – 3.2.2. La prevenzione speciale: la persona. – 4. La tipicità tra descrizione sintetica e descrizione analitica. – 5. Il potere punitivo come potere sulla violenza e sui valori. – 5.1. La titolarità del potere punitivo tra pubblico e privato. – 5.2. Il potere punitivo pubblico in particolare, tra logiche vendicatorie e rischi di eccesso.

1. Le peculiarità del diritto affittivo rispetto alle altre branche giuridiche: inesistenza di una materia affittiva e diritto costituito soltanto da illeciti

Il diritto affittivo costituisce una branca peculiarissima del diritto, in quanto presenta alcune caratteristiche che lo differenziano nettamente da tutti gli altri settori giuridici. In particolare, il diritto affittivo presenta due peculiarità assolute.

1) Anzitutto, mentre tutte le altre branche del diritto si identificano attraverso la materia che disciplinano e, più precisamente, sulla base del tipo di rapporto oggetto di normazione, il diritto affittivo invece non s'identifica sulla base della materia regolata dal divieto o dal comando. Così, ad esempio, il diritto civile ha ad oggetto i rapporti che intercorrono tra i soggetti privati; le relazioni tra soggetti pubblici sono disciplinate dal diritto pubblico; le relazioni tra soggetti privati e soggetti pubblici sono regolate dal diritto amministrativo, e così via. Diversamente, non è possibile parlare di una "materia" specifica e identificativa del diritto affittivo. A ben vedere, il diritto affittivo si può occupare e si occupa di tutto, con la conseguenza che di per sé la materia non è in grado di identificarlo. Così, ad esempio, vi sono norme penali che hanno ad oggetto le relazioni tra privati (si pensi ai delitti contro la persona o contro il patrimonio),

come vi sono norme penali che riguardano il rapporto tra funzionari pubblici e pubblica amministrazione, potendosi parlare di diritto penale del lavoro, societario, ambientale, tributario, etc.

2) In secondo luogo, il diritto affittivo si differenzia dalle altre branche del diritto perché mentre queste ultime sono costituite sia da norme positive che da norme negative, vale a dire da illeciti, il diritto affittivo è costituito invece soltanto da norme negative ovvero da fatti illeciti che non si devono realizzare.

In particolare, nell'impiegare il diritto per influire sui comportamenti dei consociati, un ordinamento può utilizzare due modelli di norme che si basano su differenti modelli comportamentali, come anche su differenti conseguenze. Da un lato, vi sono le norme positive che prevedono comportamenti che l'ordinamento ha interesse che si realizzino e che producono conseguenze positive; dall'altro lato, vi sono le norme negative che invece prevedono comportamenti che l'ordinamento non ha interessi che si realizzino e che producono conseguenze negative.

Ebbene, nel diritto civile, ad esempio, accanto alle norme positive che disciplinano i contratti, vi sono anche le norme negative che disciplinano la responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.) e quella extracontrattuale (art. 2043 c.c.). Nel diritto affittivo, invece, si trovano soltanto norme che hanno un contenuto negativo prevedendo fatti che non si devono compiere: si pensi al diritto penale e ai delitti di omicidio (art. 575 c.p.), furto (art. 624 c.p.), violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.).

2. I caratteri distintivi del diritto affittivo: sanzione affittiva, tipicità, potere punitivo

Se è vero che il diritto affittivo non si identifica sulla base del rapporto oggetto della disciplina, ma sulla base del modo di disciplina, costituito dall'impiego di norme soltanto negative, tuttavia è anche vero che, come accennato, norme negative e fatti illeciti sono presenti anche nelle altre branche del diritto, come ad esempio il diritto civile.

Stando così le cose, ci dobbiamo allora chiedere se le norme negative presenti nel diritto affittivo siano identiche a quelle negative che caratterizzano le altre branche del diritto oppure presentino ulteriori peculiarità. Detto diversamente: l'illecito affittivo è identico all'illecito civile? E se non risulta identico, in cosa consiste e quindi in cosa si caratterizza e si diversifica l'illecito affittivo come ad esempio l'illecito penale?

Ebbene, le norme negative del diritto affittivo non sono identiche alle norme negative delle altre branche del diritto ovvero l'illecito affittivo è diverso dagli

illeciti presenti negli altri settori del diritto. In estrema sintesi, i caratteri che distinguono l'illecito afflittivo dagli altri illeciti diversi da quelli "extra-afflittivi" sono essenzialmente tre: anzitutto, la particolare sanzione, vale a dire la sanzione afflittiva, vero e proprio marchio di fabbrica dell'illecito afflittivo; in secondo luogo, e potremmo dire conseguentemente, la tipicità, vale a dire la particolare modalità di descrizione normativa del precetto ovvero del fatto illecito (ad es. il reato, se si tratta di diritto penale), consistente nella descrizione analitica di episodi di vita; infine, l'illecito afflittivo, implicando l'impiego della forza attraverso la sanzione e la scelta dei valori/interessi da tutelare, è connesso a un particolare potere, il potere punitivo, rispetto al quale si pone un problema nella scelta e nell'individuazione del "soggetto" titolare a esercitarlo, anche dal punto di vista della sua legittimazione.

2.1. La sanzione afflittiva

Il fatto illecito in generale è un fatto previsto da norme negative che l'ordinamento non vuole che si verifichi. A tal fine l'ordinamento collega alla realizzazione di un fatto una determinata conseguenza negativa denominata sanzione. La sanzione è la conseguenza negativa derivante dalla realizzazione del fatto illecito.

Per comprendere le peculiarità della sanzione afflittiva può essere utile una comparazione con altre sanzioni. Da un punto di vista contenutistico-funzionale, si possono distinguere tre diverse tipologie di sanzioni: sanzioni ripristinatorie, sanzioni impeditive e sanzioni afflittive.

1) Per quanto riguarda le sanzioni ripristinatorie, esse consistono nella ricostituzione della situazione precedente alla realizzazione dell'illecito, nel senso che il loro contenuto, vale a dire l'attività che s'impone al destinatario è orientata a neutralizzare gli effetti prodotti dall'illecito. Prima dell'illecito esiste una determinata situazione; con la realizzazione dell'illecito la situazione preesistente viene alterata e trasformata; mediante la sanzione ripristinatoria si eliminano le conseguenze negative derivanti dall'illecito, ricostituendo la situazione precedente alla realizzazione dell'illecito.

Le sanzioni ripristinatorie guardano al passato e sono esempi di sanzioni ripristinatorie la restituzione, il risarcimento del danno, la demolizione, la bonifica.

Le sanzioni ripristinatorie perseguono essenzialmente due finalità. Da un lato, una finalità per l'appunto ripristinatoria, talmente significativa da attribuire addirittura la stessa denominazione alla sanzione. Dall'altro lato, le sanzioni ripristinatorie perseguono anche una finalità preventiva, vale a dire una finalità disincentivante in ordine alla realizzazione del comportamento illecito.

2) Le sanzioni impeditive consistono in ostacoli che vengono frapposti tra un determinato soggetto e una determinata attività nell'esercizio della quale si è realizzato l'illecito. Un determinato soggetto esercita una determinata attività e nell'esercizio di questa attività commette un illecito; l'ordinamento impedisce al soggetto di esercitare l'attività che ha portato alla realizzazione dell'illecito.

Le sanzioni impeditive guardano quindi al futuro e sono esempi di sanzioni interdittive la chiusura di un esercizio commerciale, la sospensione o il ritiro della patente.

Anche le sanzioni impeditive svolgono una duplice funzione. Da un lato, svolgono la funzione di impedire la realizzazione di ulteriori reati: impedendo l'attività si impedisce che nell'esercizio dell'attività si possano realizzare ulteriori illeciti. Dall'altro lato, ancora una volta, si può parlare di una funzione preventiva: nel momento in cui si rappresenta l'impedimento, il soggetto è disincentivato dal commettere l'illecito.

3) La sanzione afflittiva segue uno schema del tutto diverso dalle due sanzioni precedentemente esaminate. Essa, infatti, si caratterizza anzitutto per un contenuto che non è né ripristinatorio, né impeditivo, bensì meramente afflittivo in quanto consiste nel generare sofferenza, nell'affliggere. L'attività che viene esercitata mediante la sanzione è volta a produrre un mero dolore, un mero patimento.

Esempi di sanzioni afflittive sono la pena di morte, l'ergastolo, la pena detentiva carceraria, la pena detentiva domiciliare, la pena pecuniaria consistente nel pagamento di una somma di denaro allo Stato, il lavoro di pubblica utilità.

Ebbene, da che cosa deriva questa componente afflittiva? Anzitutto, l'afflittività deriva dalla totale assenza di utilità pratica rispetto agli interessi immediati che ruotano attorno al fatto illecito. Ma questa inutilità pratica, a ben vedere, è a sua volta più un effetto che una causa, in quanto essa deriva dalla circostanza che il contenuto della sanzione risulta disomogeneo non solo rispetto al contenuto dell'illecito (differenza rispetto alle sanzioni ripristinatorie), ma anche rispetto all'attività che ha dato luogo all'illecito (differenza rispetto alle sanzioni impeditive): è grazie alla rottura che si crea tra contenuto dell'illecito/attività e contenuto della sanzione che la sanzione risulta priva di un'utilità pratica immediata, presentando quindi un carattere di afflittività.

Tuttavia, il ragionamento deve essere spinto ancora più a fondo, perché, a ben vedere, questa rottura può essere realizzata in tanti modi. Anzitutto, là dove il contenuto potrebbe somigliare al contenuto delle altre sanzioni, la rottura si può creare con riferimento al "beneficiario" della sanzione: si pensi alla somma di denaro che invece di essere corrisposta alla persona offesa viene corrisposta allo Stato. In secondo luogo, la rottura si può generare operando sullo stesso contenuto della sanzione in termini quantitativi oppure qualitativi: si pensi al

pagamento di una somma di denaro superiore al danno da risarcire oppure al contenuto del lavoro di pubblica utilità oppure alle prescrizioni che limitano la libertà di circolazione. Ma soprattutto, ed eccoci al punto, la vera afflittività è determinata nella sostanza dall'esercizio di una forza (violenza) che si applica alla persona, da un contenuto cioè che comporta, in termini più o meno diretti, un maggiore o minore coinvolgimento della persona dell'autore della violazione: mentre tutte le altre sanzioni non "toccano" la persona, la sanzione afflittiva "coinvolge" la persona, incide su beni fondamentali della persona. Così, ad esempio, si pensi alla pena di morte che incide sul bene della vita, alle pene detentive che privano della libertà personale. Più in generale, si deve osservare come le sanzioni afflittive che coinvolgono la persona a ben vedere hanno un effetto deflagrante su una molteplicità di interessi e diritti della persona, nonché addirittura su soggetti estranei all'illecito (si pensi agli effetti che una carcerazione produce su affetti e familiari).

Quale la funzione della sanzione afflittiva? L'afflizione non è fine a se stessa, ma proprio perché coinvolge la persona, è in grado di svolgere la fondamentale funzione della prevenzione. Proprio grazie al suo contenuto afflittivo, la sanzione afflittiva è in grado di dissuadere i consociati dal tenere i comportamenti negativi. Meglio ancora, nessuna sanzione è in grado di svolgere la funzione preventiva come la sanzione afflittiva: più la sanzione afflittiva è afflittiva, tanto più essa è destinata a svolgere una funzione preventiva.

2.2. La tipicità

Secondo carattere distintivo dell'illecito afflittivo è la sua particolare modalità di previsione. La norma, meglio ancora il precetto, vale a dire la parte della norma che individua il comportamento, il fatto che non si deve realizzare, ha una formulazione del tutto particolare. L'illecito afflittivo deve essere costruito non già sul mero interesse offeso, quale che sia la modalità di aggressione, ma piuttosto proprio sulle tipologie di aggressione: quello afflittivo è un illecito di modalità di lesione.

Ancora una volta la comparazione con quanto accade rispetto agli illeciti diversi dall'illecito afflittivo può essere utile ed agevolare la comprensione. Si possono distinguere tre diverse tipologie di previsione/descrizione dell'illecito: aperto, chiuso, tipico.

1) L'illecito civile può essere aperto oppure chiuso, ma pur sempre atipico.

A) Ed infatti, l'art. 1218 c.c. che prevede la responsabilità contrattuale è una norma nella sostanza aperta e vuota di contenuti: «il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non

prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile». Il comportamento inadempiente finisce per essere l'esatto contrario di quello adempiente stabilito dall'accordo e quindi viene mutuato dall'accordo. Contratto e responsabilità contrattuale sono due facce della stessa medaglia e sono due facce normativamente indeterminate, il cui contenuto è posto dalla volontà delle parti. Si potrebbe dire che la norma negativa dell'illecito contrattuale è mutuata dalla norma positiva che contraddistingue il diritto civile.

B) Di altro tenore la norma civile che prevede la responsabilità extracontrattuale: stavolta si tratta di una norma "chiusa", in quanto direttamente negativa e descritta in modo molto più dettagliato, ma si tratta pur sempre di una norma generica. L'art. 2043 c.c. sancisce che «qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno». Tale norma, a differenza dell'illecito contrattuale, presenta un contenuto molto più particolareggiato: si parla di fatto, si descrive tale fatto sul piano dell'elemento soggettivo (doloso o colposo), si indica la condotta del cagionare e si fa riferimento a un danno qualificato come ingiusto. D'altra parte, se, da un lato, si tratta di norma maggiormente dettagliata, che abbiamo definito "chiusa" per contrapporla a quella aperta dell'illecito contrattuale, dall'altro lato, si tratta di una norma comunque indeterminata e generica, di una norma cioè atipica: il precetto non è dettagliatamente descritto, facendosi leva sul danno che si va a produrre piuttosto che sulle modalità di produzione di tale danno. E ciò è funzionale a una logica risarcitoria.

2) Di tutt'altro tenore, ancora una volta, la formulazione dell'illecito affittivo. Esso, infatti, viene formulato mediante una descrizione accurata, dettagliata, analitica del fatto che non si deve realizzare. Se si legge la formulazione di un qualsiasi illecito penale, esso è descritto facendo riferimento a uno specifico fatto di vita e della realtà. Ogni illecito penale descrive un accadimento di vita dettagliato. Così ad esempio, l'omicidio (art. 575 c.p.) è descritto come «chiunque cagiona la morte di un uomo»; il furto (art. 624 c.p.): «chiunque s'impadronisce della cosa mobile altrui sottraendola a chi la detiene»; la violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.): «chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali». E potremmo continuare per molto ancora.

La norma affittiva non solo è chiusa, ma risulta anche analitica e più precisamente altamente definita e specificata, tipica. Ebbene, perché l'illecito affittivo necessita di una descrizione analitica? La descrizione del fatto tipico è necessaria per soddisfare due esigenze speculari. Da un lato, indica il contenuto di disvalore del fatto, il significato offensivo del fatto, come dimostra la circostanza che attraverso l'eliminazione, l'aggiunta o la sostituzione di un elemento costitu-

tivo il disvalore del fatto muta. Così, ad esempio, in diritto penale, se l'omicidio consiste nel cagionare la morte di un uomo (art. 575 c.p.), l'omicidio del consenziente consiste nel cagionare la morte di un uomo con il consenso di lui (art. 579 c.p.). L'aggiunta di quest'ultimo elemento del consenso determina un mutamento del disvalore del fatto, in quanto la causazione della morte di uomo che – per così dire – non voleva morire ha un disvalore diverso dalla causazione della morte di un uomo che invece voleva morire: assenza o presenza del consenso di colui che muore incidono sul disvalore del fatto.

Dall'altro lato, e per certi aspetti specularmente, la descrizione del fatto tipico indica il valore, l'interesse, il bene giuridico che s'intende tutelare. Dietro all'omicidio e al suo disvalore v'è il valore della vita umana. Dietro all'omicidio del consenziente e al suo disvalore v'è il valore della vita umana visto nella sua relazione con il suo titolare e più precisamente nella sua relazione attraverso l'autodeterminazione del soggetto che ha deciso di morire.

Disvalore del fatto e valore/interesse/bene tutelato sono due facce della stessa medaglia, per cui non può esistere l'uno senza l'altra e questa medaglia è costituita dalla tipicità.

2.3. Il potere punitivo

La terza e ultima caratteristica distintiva del diritto afflittivo è il potere punitivo, vale a dire il potere che “gestisce” il diritto afflittivo (la sanzione e il fatto tipico) ovvero lo prevede, lo applica e lo esegue.

Anche con riferimento al “potere” la comparazione può essere utile.

1) Il potere che gestisce il diritto civile conosce un'articolazione del tutto peculiare, potendosi affermare che esso è prevalentemente collocato nelle mani dei consociati e quindi in mani private e che soltanto in via del tutto eccezionale viene utilizzato dal potere pubblico, allorquando si pone la necessità di rivolgersi a un terzo e/o di attivare il potere di coercizione.

A) Ed infatti le norme positive (il contratto) danno luogo a realtà normative che esprimono la fisiologia del diritto e che realizzano e soddisfano gli interessi dei soggetti che tengono i comportamenti indicati. Le norme positive appartengono quindi interamente alla società e ai consociati, all'autonomia dei privati. E se nel tempo si è assistito a un incremento dell'intervento pubblico nella previsione delle norme positive, tuttavia protagonisti di questo diritto restano i consociati, i quali non solo agiscono senza l'intervento pubblico, ma possono andare a stipulare accordi a prescindere dallo Stato e che vanno ben al di là delle stesse previsioni legislative. Inoltre, il potere che gestisce le norme positive non implica l'impiego della coercizione proprio perché le norme positive esprimono

la fisiologia del diritto e sono prive di sanzione, producendo soltanto effetti positivi: insomma, il “potere positivo” si esaurisce nella previsione e nella interpretazione da parte della società, mancando del tutto la componente sanzionatoria e quella della coercizione tipicamente pubbliche.

B) Perché in ambito civile si possa attivare il potere pubblico occorre quanto meno che si entri nella patologia, che vi sia un illecito, sia esso contrattuale oppure extracontrattuale. Tuttavia, la presenza dell'illecito non comporta ancora di per sé l'attivazione del potere pubblico. Ed infatti, in presenza di un illecito, sia esso contrattuale o extracontrattuale, le parti possono ancora trovare un accordo in completa autonomia e a prescindere dall'intervento pubblico, e quindi nella sostanza tornare a utilizzare le norme positive per gestire il “conflitto”. Soltanto se le parti non trovano un accordo, si pone l'esigenza di adire un giudice e quindi di rivolgersi al potere pubblico, allo Stato.

C) In ambito civile, quindi, il potere che gestisce il diritto civile diviene pubblico ovvero coinvolge i pubblici poteri soltanto in presenza di illeciti che non sono stati risolti mediante accordi e per esercitare il potere coercitivo indispensabile per applicare la sanzione con cui si chiude l'intervento giurisdizionale.

2) Ancora una volta le cose stanno in termini diversi per quanto riguarda il diritto affittivo e il potere punitivo. Anzitutto, si deve osservare come mentre il diritto civile vive nella società e a prescindere dall'illecito, il diritto affittivo viene ad esistenza non soltanto attraverso l'illecito, ma soprattutto attraverso l'esercizio del potere punitivo: certo, il fatto esiste prima che lo Stato si attivi, ma si inizia a parlare di diritto soltanto quando lo Stato si attiva.

In secondo luogo, se nel diritto civile si può distinguere tra una fisiologia e una patologia e la forza pubblica viene utilizzata nella patologia per dare esecuzione alle sentenze, nel diritto affittivo esiste soltanto la patologia e il potere punitivo è esso stesso forza pubblica, in ragione del fatto che ciò che disciplina è direttamente un illecito affittivo/punitivo contraddistinto dalla sanzione affittiva. Insomma, il potere punitivo gestisce una duplice forza: non solo quella tipica e propria di ogni potere normativo che ha a che fare con un illecito e una sanzione, vale a dire la forza di coercizione necessaria a chiudere il sistema, ma anche, e prima ancora, quella insita nella sanzione affittiva che appartiene direttamente al precetto.

Se così stanno le cose, potere punitivo significa potere della forza e della violenza aprendosi il problema del soggetto titolare legittimato ad esercitare tale potere: chi prevede, chi applica, chi esegue?

Ebbene, a differenza delle altre branche, il potere punitivo è collocato prevalentemente nelle mani pubbliche, potremmo dire che è lo Stato ad avere il monopolio della forza, non soltanto quella coercitivo/esecutiva, ma anche quella

sanzionatoria afflittiva, sia al momento della previsione, sia al momento dell'applicazione, sia, a maggior ragione, al momento della esecuzione, dove si vengono a concentrare sia la violenza della sanzione sia la violenza della coercizione a chiusura del sistema. Al momento della previsione opera il legislatore, dovendosi osservare come la produzione da parte di organi che esprimono la collettività sia consentanea alla tipicità e al carattere fisiologicamente pubblicistico degli interessi compromessi dai fatti tipici. Al momento della applicazione opera il potere giudiziario, dovendosi distinguere tra il potere di accusa che attiva il procedimento ed esercita l'azione penale e il vero e proprio potere giurisdizionale che, in posizione di terzietà, decide. Infine, c'è l'esecuzione sotto il "dominio" dell'accusa e nell'ambito della pubblica amministrazione, ma con una tutela giurisdizionale. Ciò significa che tutti i poteri che concorrono all'esercizio del potere punitivo sono poteri pubblici che in termini più o meno diretti esercitano la forza/violenza propria della sanzione afflittiva.

Accenneremo al fatto che storicamente non è sempre stato così, in quanto il potere punitivo è stato collocato anche nelle mani private e al fatto che negli ultimi decenni si è tornati ad attribuire un certo ruolo ai privati anche nella gestione del diritto afflittivo mediante la c.d. giustizia riparativa.

3. Le funzioni della sanzione afflittiva

La sanzione afflittiva può svolgere tre diverse funzioni, che si orientano necessariamente nei confronti della persona sia sul piano del contenuto che della funzionalità, coinvolgendola direttamente, sia sul piano psicologico che fisico, e, sul piano psicologico, in termini diversi.

1) Più nel dettaglio, la sanzione afflittiva svolge anzitutto una funzione di prevenzione generale, caratterizzata dalla circostanza che punto di riferimento della sanzione è senz'altro il singolo, ma annullato all'interno della generalità dei consociati: la prevenzione generale ha come punto di riferimento la generalità dei consociati, si rivolge alla collettività da intendersi come massa indistinta.

2) In secondo luogo, la pena svolge una funzione di retribuzione, dove punto di riferimento della sanzione diviene l'uomo, da intendersi però come un modello ideale di uomo, per certi aspetti una sorta di "idea" di uomo.

3) Infine, la pena svolge una funzione di prevenzione speciale, dove il punto di riferimento diviene la persona in carne ed ossa, nella sostanza il concreto autore dell'illecito, il reo del singolo e storico fatto illecito.

Mentre prevenzione generale e prevenzione speciale si caratterizzano per una componente utilitaristica e finalistica, nel senso che sono orientate al perseguir-

mento di determinati obiettivi aventi anche un'utilità sociale, la retribuzione tende invece ad emanciparsi dalle logiche utilitaristiche per esprimere una funzione maggiormente ideale, assoluta, cioè sciolta da fini ulteriori, connessa per l'appunto a un'idea di giustizia basata nella sostanza sul concetto di proporzione.

Da altro angolo visuale, mentre la prevenzione generale tende a prescindere dall'individuo o comunque ad annientare l'individuo nella collettività, retribuzione e prevenzione speciale si concentrano invece sul singolo, anche se poi lo concepiscono in modo decisamente diverso: in astratto, la retribuzione; in concreto, la prevenzione speciale.

Prima di esaminare queste singole funzioni, occorre aver chiaro un altro aspetto, vale a dire le dinamiche della pena. La pena ha – per così dire – una vita che si articola in tre passaggi. Anzitutto, v'è il passaggio della previsione ovvero della minaccia della sanzione che dal punto di vista tecnico si chiama comminatoria edittale. È il passaggio dove, come accennato, entra in gioco il legislatore. Quando nell'art. 575 c.p. si legge «chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno», l'ordinamento commina la pena a livello astratto e la minaccia. In secondo luogo, v'è il passaggio della cognizione che si ha dopo lo svolgimento del processo e l'accertamento della responsabilità. È il passaggio in cui entra in gioco il giudice. All'interno di questo passaggio si possono poi distinguere due momenti ulteriori: la commisurazione, consistente cioè nella quantificazione della sanzione, e l'irrogazione, consistente cioè nella condanna alla sanzione commisurata. Infine, v'è la fase dell'esecuzione, successiva all'irrogazione, dove la pena irrogata dal giudice viene concretamente eseguita.

3.1. La prevenzione generale: la collettività

1) Occorre soffermarsi sui due concetti di “prevenzione” e di “generale”.

A) Per quanto riguarda il concetto di prevenzione, si deve chiarire la finalità e il mezzo per perseguirla. Circa la finalità, nel nostro contesto parlare di prevenzione significa parlare di prevenzione degli illeciti afflittivi e più precisamente di prevenzione dei reati. Prevenzione indica quindi l'obiettivo ultimo (ecco la componente funzionale, finalistica ed anche utilitaristica) consistente nell'indurre i consociati ad astenersi dal commettere illeciti afflittivi.

Circa il mezzo, la prevenzione si basa su un particolare meccanismo psicologico, per cui l'effetto ultimo dell'astensione dal commettere illeciti si ottiene attraverso la rappresentazione da parte dei consociati della sanzione afflittiva e del male che essa esprime e comporta, come conseguenza dei comportamenti vietati (coinvolgimento personalistico): consapevole che dalla realizzazione di determinati fatti possono scaturire determinate conseguenze negative che incidono di-

rettamente sulla persona, il destinatario tende ad astenersi dalla commissione di quei fatti.

B) Chiarito il significato di prevenzione e il suo modo di funzionare, adesso occorre soffermarsi sul carattere della generalità che costituisce la vera e propria cifra della prevenzione generale. Il carattere “generale”, indica che questo effetto psicologico/preventivo è pensato e riferito alla generalità dei consociati, alla comunità nel suo complesso, da intendere come destinatario informale e collettivo. Certo, l’effetto preventivo, là dove si dovesse realizzare o si realizza, non può che essere riferito al singolo consociato, ma nell’ottica per l’appunto “generale” si prescinde dal vero e proprio effetto preventivo effettivamente prodottosi, perché non si fa riferimento al singolo, bensì alla collettività nella sua massa indeterminata, spersonalizzata e anche informale.

Punto centrale è che il meccanismo psicologico general preventivo si realizza in tutti i passaggi in cui si articola la vita della sanzione: previsione, applicazione, esecuzione.

2) All’interno della prevenzione generale si distingue tra prevenzione generale negativa e prevenzione generale positiva a seconda del meccanismo psicologico che consente di realizzare l’effetto ultimo dell’astensione.

A) La prevenzione generale negativa è denominata anche mediante intimidazione. Il meccanismo psicologico che viene in gioco è quello della paura: attraverso la prospettazione della sanzione afflittiva, del male, dell’afflizione come conseguenza di un determinato agire si genera un sentimento di timore e di paura, di intimidazione appunto, che dovrebbe indurre i consociati ad astenersi dalla realizzazione di illeciti.

B) La prevenzione generale può essere anche positiva ovvero realizzata mediante persuasione. Alla base v’è sempre la sanzione afflittiva, ma stavolta il modo di operare del meccanismo psicologico preventivo non si esaurisce nella sanzione ma si estende anche al precetto e al disvalore che esso esprime ovvero al valore che esso tutela. Punire determinati fatti significa valutare determinati fatti negativamente ovvero esaltare il valore dell’interesse tutelato.

3) Per quanto solida e lineare nella sua logica, la prevenzione generale presenta un enorme limite: essa ha in sé, nel suo meccanismo di funzionamento, rischi di eccesso punitivo, di strumentalizzazione della persona, se non addirittura di punizione dei soggetti innocenti. Si tratta di un rischio fisiologico che appartiene al suo stesso modo di funzionare, sempre presente ogni volta che si ragiona in una logica general preventiva. Ed infatti, nella logica general preventiva si punisce perché la generalità si astenga, con la conseguenza che punto di riferimento, potremmo dire interlocutore dell’ordinamento, non è il singolo reo, ma

sempre e comunque la generalità dei consociati. Ed è proprio in questa logica orientata alla collettività che si annidano i problemi di eccesso, strumentalizzazione e di capro espiatorio.

Anzitutto, si pone un rischio di sproporzione. Abbiamo visto come esista una corrispondenza tra contenuto afflittivo ed effetto general-preventivo, per cui più la sanzione risulta afflittiva, ovvero maggiore è la paura, più incrementa (o quanto meno dovrebbe incrementare) l'effetto preventivo. Evidente allora il rischio di una spirale che può portare ad incrementare le pene sia in astratto che in concreto, perseguendo l'esemplarità.

In secondo luogo, dalla prospettiva della prevenzione generale positiva, la finalizzazione della sanzione verso scopi pedagogici e di persuasione alla positività di determinati valori, può spingere verso una notevole espansione del diritto afflittivo, giungendo addirittura ad imporre l'interiorizzazione di determinati valori magari non del tutto condivisi all'interno di una società particolarmente frammentata e pluralista. Si tratterebbe di un abuso particolarmente insidioso e illiberale, visto che la formazione delle convinzioni sociali verrebbe sottratta alla dialettica del confronto pubblico argomentativo per essere coartata attraverso l'impiego del più penetrante strumento di controllo sociale.

Infine, si può arrivare ad eccessi e strumentalizzazioni ancora più radicali e dirompenti, consistenti nella punizione dell'innocente e quindi nella individuazione di un mero capro espiatorio. È proprio del meccanismo generalpreventivo la ricerca di un colpevole a tutti i costi. Davanti ad una inarrestabile commissione di reati, come anche davanti a reati che si reputano particolarmente gravi, si può innescare la tendenza a dimostrare alla collettività che il sistema funziona ed è in grado di "rispondere" al crimine, arrivando a punire un soggetto che non è responsabile del fatto commesso. La prevenzione generale crea un canale comunicativo con la collettività, molto simile alla logica della "ragion di Stato", che nel prescindere dalla reale responsabilità del singolo, lo strumentalizza in termini totali.

3.2. La retribuzione e la prevenzione speciale: dalla collettività all'individuo

Se la prevenzione generale si rivolge alla collettività, retribuzione e prevenzione speciale si rivolgono invece al singolo consociato. Punto di riferimento viene l'individuo.

D'altra parte, retribuzione e prevenzione speciale si rivolgono all'individuo concependolo in modo decisamente diverso. La retribuzione si riferisce all'individuo inteso come uomo, concependolo cioè in una forma ideale, come modello di individuo. La prevenzione speciale si riferisce invece all'individuo in carne ed

ossa e quindi nella sostanza alla persona, al singolo individuo concreto e storico, irripetibile, con la sua storia di vita, con la sua personalità unica immersa nella realtà sociale fatta di attività e relazioni.

In termini generali potremmo distinguere tre diversi concetti di soggetto. L'individuo: si tratta di un concetto che si contrappone alla collettività, ma anche esaltante la dimensione per l'appunto individualistica che lo distacca, lo allontana o addirittura lo contrappone alla realtà sociale in cui è inserito. Nella prospettiva afflittivo/punitiva l'individuo si lega soprattutto all'autodeterminazione. Poi c'è l'uomo: un concetto che invece risulta fortemente generalizzante, talmente generalizzante da risultare universalizzante, finalizzato cioè a cogliere componenti essenziali ed unitarie soprattutto in prospettiva di garanzia. Infine v'è il concetto di persona, che tende a una totale concretizzazione: la persona unica e irripetibile che ognuno di noi è.

3.2.1. La retribuzione: l'uomo

La retribuzione si basa sull'idea di una necessaria corrispondenza tra il male cagionato da una persona e il male che questa persona deve subire in quanto autore di male. Chi ha commesso un male deve essere sanzionato attraverso un male corrispondente a quello commesso.

1) All'interno della concezione retributiva della pena si possono distinguere due orientamenti di fondo, a seconda che la pena serva a realizzare una corrispondenza meramente logico-formale tra illecito e sanzione afflittiva oppure costituisca uno strumento capace di incidere concretamente sulla personalità del soggetto agente, inducendolo a riappropriarsi del valore della dignità umana sconfessato con la realizzazione del reato.

A) Nella prima prospettiva, il concetto di retribuzione tende a formalizzarsi e a concentrarsi soprattutto sulla necessità della corrispondenza tra il male cagionato e quello retribuito, la quale viene fondata su molteplici idee. Si parla infatti di retribuzione oggettiva, se non addirittura compensativa, per cui la pena costituisce addirittura una sorta di mezzo di scambio finalizzato a comporre il conflitto che si è aperto tra l'autore del reato e la vittima: chi ha agito ha dato il male e chi ha subito il male dà la afflizione come male. Alla base v'è non l'idea di una giustizia distributiva, ma anche una società organizzata in modo tale che, risultando assente un potere pubblico forte, attribuisce ai consociati il compito di gestire i conflitti della penalità. Inoltre, si fa riferimento a un fondamento metafisico/teleologico, per cui questa corrispondenza discende dalla necessità di realizzare in un'idea di giustizia che si colloca addirittura al di là della vita terrena e che sarebbe frustrata nel momento in cui viene meno questa corrispondenza. Ed ancora, si parla di retribuzione etico/morale, per cui ognuno deve "por-

tare” le conseguenze dei propri comportamenti e quindi “si merita” le conseguenze delle proprie azioni: chi agisce bene, deve andare incontro al bene, chi si comporta male deve andare incontro al male che ha realizzato, risultando del tutto illogico che chi ha prodotto il male non vada incontro al male: torna insomma centrale una idea distributiva di giustizia. Infine, si parla di retribuzione giuridica: come il male, vale a dire l’illecito, è negazione della norma, il male, vale a dire la sanzione, è negazione della negazione e quindi riaffermazione della norma e del valore che essa esprime.

B) Di tutt’altro tenore è la seconda prospettiva, che più che valorizzare la logica corrispondenza tra illecito e sanzione afflittiva, valorizza invece l’uomo, per cui la retribuzione esplica un effetto che coinvolge la personalità del reo. In questa prospettiva, la retribuzione si basa infatti sul principio che l’uomo non deve essere trattato come un mezzo, ma come fine dell’azione altrui, vale a dire sulla legge universale che sancisce la necessità di riconoscere se stesso e più precisamente la propria umanità negli altri. Se con il reato l’autore disconosce l’umanità propria e altrui trattando l’altro come mezzo, con la pena l’autore riconosce l’umanità propria e altrui come fine, trattando se stesso come mezzo. Con la conseguenza che, consistendo il reato nel disconoscimento della legge universale di umanità e costituendo la pena il mezzo indispensabile per riaffermarla, siffatta riaffermazione, ed ecco il punto, non si realizza ristabilendo un qualcosa di logico formale e astratto, bensì mediante l’afflizione che, incidendo sulla personalità del reo, lo induce a riconoscere la propria umanità e quella altrui come fine disconosciuto con la commissione del reato.

2) Anche la retribuzione ha in sé rischi di eccesso, in quanto in tale prospettiva l’afflizione finisce per poter assumere qualsiasi contenuto. Nel momento in cui si richiede la necessaria corrispondenza tra male cagionato e male da subire, la retribuzione, per certi aspetti in questo simile alle sanzioni riparatorie, finisce per mutuare il contenuto della sanzione dal contenuto dell’illecito. Tant’è vero che nella sua forma originaria la retribuzione prende la forma della “legge del taglione”, occhio per occhio, dente per dente: insomma, del tutto coerente che Kant ammettesse la pena di morte. Ebbene, questa tendenza fisiologica a “inseguire” il male che è stato cagionato, non solo finisce per adattare la sanzione al male che gli uomini possono realizzare con le proprie azioni, ma anche per divenire nella sostanza ancora una volta eccessiva sproporzionata. La stessa retribuzione potrebbe arrivare a risultati sproporzionati proprio perché eccedente ed eccessivo è lo stesso male cagionato dagli uomini. Insomma, vero che la retribuzione si basa su una proporzione, è anche vero che la proporzione della retribuzione non costituisce necessariamente un limite al potere punitivo.

3.2.2. La prevenzione speciale: la persona

1) In quanto prevenzione, anche quella speciale si orienta al fine ultimo di indurre all'astensione dal commettere illeciti mediante il meccanismo psicologico della rappresentazione/conoscenza delle conseguenze. Ma in quanto speciale, essa si orienta alla persona concreta, storicamente esistente in carne ed ossa.

Questo mutamento di prospettiva ha conseguenze relevantissime, perché alla fin fine prevenzione generale e retribuzione ragionano in una logica pur sempre astratta, mentre è la prevenzione speciale che guarda il reo negli occhi, lo vede nel suo volto come persona.

Si tratta della funzione della pena di elaborazione più recente, frutto dell'incrocio del personalismo con il solidarismo: da un lato, la sanzione deve avere un'utilità reale ed effettiva nei confronti del soggetto destinatario, da intendersi non come uomo ideale, ma come uomo concreto, persona appunto, con la conseguenza che la sanzione non può non attagliarsi alle caratteristiche e alle esigenze di tale persona; dall'altro lato, questa utilità deve essere perseguita in termini sociali, sia nel senso che il soggetto deve essere visto nel suo inserimento all'interno della società, sia nel senso che lo Stato deve intervenire direttamente affinché siano rimosse le cause personalistiche dell'illecito.

2) Anche all'interno della prevenzione speciale si distingue tra negativa e positiva.

A) La prevenzione speciale negativa consiste nell'effetto intimidatorio esercitato nei confronti del singolo e generante uno stato psicologico di paura. Questo effetto non deve essere confuso con quello individualizzante, inevitabilmente prodotto dalla prevenzione generale rispetto a chi potrebbe essere definito come un potenziale autore. La prevenzione speciale negativa, riferendosi a un soggetto specifico, viene in gioco soprattutto quando il potere punitivo si orienta verso una persona specifica ed in particolare in presenza di istituti sanzionatori sospensivi/sostitutivi basati sulla revoca e quindi sulla minaccia e il ritorno della sanzione afflittiva, istituti che si trovano classicamente collocati nella fase della cognizione (es. sospensione condizionale della pena), come anche della esecuzione (es. affidamento in prova al servizio sociale) ma che più di recente trovano applicazione anche nella fase predecisoria (sospensione del procedimento con messa alla prova).

B) La prevenzione speciale positiva può essere concepita come rieducazione oppure risocializzazione a seconda della "causa" individuale del reato.

a) La rieducazione muove dall'idea che il reo che ha realizzato un reato disconosce un valore e lo disconosce perché questo valore non è da lui introiettato, condiviso: il suo percorso di vita è stato tale da rendergli certi valori indifferenti, estranei alla sua personalità e quindi incapaci di costituire spinte contro-

motivazionali alla realizzazione del reato. Da qui la necessità di “rieducare” e quindi di operare affinché il soggetto recuperi questi valori.

b) La risocializzazione ha invece una matrice meno “eticizzante” e più sociale: si muove dall’idea che l’illecito sia frutto di un certo disadattamento sociale. Da qui la necessità di coinvolgere, far socializzare, integrare il soggetto all’interno della società/comunità in una prospettiva relazionale, in quanto è proprio grazie a questa integrazione che si tende a non commettere reati.

Quali di queste funzioni svolge la prevenzione speciale? Potremmo dire potenzialmente tutte. Proprio perché la prevenzione speciale guarda al reo in carne ed ossa non ha senso interrogarsi in via astratta ed avulsa dal soggetto su quale sia la funzione speciale preventiva che viene in gioco, in quanto tale funzione non può che essere indicata dalla persona in carne ed ossa, dalle esigenze effettive espresse dalla sua persona reale, per cui se si tratta di persona priva di riferimenti valoriale non si potrà che procedere nel senso rieducativo, mentre se si tratta di soggetto socialmente non integrato, si dovrà procedere alla risocializzazione. Non è un caso che si parli di programmi oppure, con una pessima espressione, di trattamento.

Ancora più a fondo, modernamente, ci si deve interrogare se abbia ancora senso parlare di rieducazione/risocializzazione, assumendo sempre più rilevanza il concetto di responsabilizzazione del reo. Se da un lato l’illecito afflittivo può essere considerato espressione di una sorta di “abuso” della propria libertà che ha avamposto il proprio sé a discapito degli altri, la sanzione afflittiva deve operare nel senso di rendere il reo responsabile nei confronti di se stesso e dell’altro, potremmo dire nei confronti dell’altro attraverso se stessi, riconoscendo la necessità di limiti al proprio ai fini di una pacifica convivenza. Insomma, responsabilizzazione significa intraprendere un percorso personalistico che fa acquisire consapevolezza del disvalore del fatto commesso e riconfigura una personalità nella cognizione dei limiti del proprio agire rispetto a ciò che è altro da sé.

3) Anche la prevenzione speciale, quale che sia la forma che assume, ha in sé rischi di eccesso, strumentalizzazione, abuso. Anzitutto, la persona può diventare strumento nelle mani dell’ordinamento per imporre un determinato modo di pensare e di essere. Mediante la prevenzione speciale la persona è “ghermita” dall’ordinamento, con il rischio che se ne possa “appropriare”, con la conseguenza che l’ordinamento può tendere a imporre i propri valori e la propria visione, fino addirittura a manipolarne la personalità.

Inoltre, nel momento in cui si valorizza la personalità del reo, il rischio è che si determini un pericoloso spostamento della valutazione dell’ordinamento dal fatto alla personalità in quanto tale. La visione rieducativa e quindi inevitabilmente “intromissiva” tende ad allentare il legame che intercorre tra la sanzione e il fatto, degradando quest’ultimo a sintomo di una personalità il cui disadatta-