



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

José Luis Guzmán D'Albora

ELEMENTI DI FILOSOFIA  
GIURIDICO-PENALE

a cura di

GABRIELE FORNASARI  
ALESSANDRA MACILLO

2015





UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

**QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA**

12

2015

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2015*  
*by Università degli Studi di Trento*  
*Via Calepina 14 - 38122 Trento*

ISBN 978-88-8443-615-3

ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

*Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea  
per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli  
(ISBN 978-88-6342-769-1).*

*Giugno 2015*

José Luis Guzmán D'Albora

ELEMENTI DI FILOSOFIA  
GIURIDICO-PENALE

a cura di

*Gabriele Fornasari*

*Alessandra Macillo*

Università degli Studi di Trento 2015



## INDICE

	Pag.
Gabriele Fornasari	
<i>Un ritorno al futuro? Il «sapere» penalistico fra storia e attualità..</i>	1
<b>CAPITOLO PRIMO</b>	
<b>NOZIONI E PROBLEMI</b>	
<b>DELLA FILOSOFIA GIURIDICO-PENALE</b>	
<i>1. La sua pertinenza alla Filosofia del Diritto .....</i>	7
<i>2. Sua nozione e suoi temi .....</i>	12
<i>3. Problemi principali che implica la sua proiezione penalistica ....</i>	15
<b>CAPITOLO SECONDO</b>	
<b>IL DIRITTO PENALE IN GENERALE</b>	
<i>1. Il Diritto e la definizione del Diritto penale .....</i>	19
<i>2. Caratteri e natura .....</i>	29
<i>3. Rapporti nell'ordinamento giuridico.....</i>	39
<i>4. Dipendenza dal Diritto politico .....</i>	44
<b>CAPITOLO TERZO</b>	
<b>L'ENCICLOPEDIA DELLE SCIENZE CRIMINALISTICHE</b>	
<i>1. Nozione, fondamento e panorama .....</i>	51
<i>2. La Dogmatica penale.....</i>	56
<i>3. La Politica criminale e la Criminologia.....</i>	62
<b>CAPITOLO QUARTO</b>	
<b>LO IUS PUNIENDI</b>	
<i>1. Concetto, contenuto ed estensione.....</i>	69
<i>2. Dottrine sulla sua natura.....</i>	75
<i>3. Il dibattito sulla sua giustificazione.....</i>	79
<i>4. La relazione giuridico-penale .....</i>	92

CAPITOLO QUINTO  
ELEMENTI UNIVERSALI, CONCETTI NECESSARI  
E PRINCIPI FONDAMENTALI DEL DIRITTO PENALE

1. <i>Contenuto della ricerca</i> .....	97
2. <i>Il reato</i> .....	104
2.1. <i>Definizioni</i> .....	104
2.2. <i>Genere prossimo e differenza specifica</i> .....	113
2.3. <i>Natura e carattere dell'antigiuridicità</i> .....	115
2.4. <i>Sistema e struttura della violazione penale</i> .....	125
3. <i>La pena</i> .....	129
3.1. <i>Panorama delle sue definizioni</i> .....	129
3.2. <i>Concetto, elementi e gerarchia logico-astratta</i> .....	133
4. <i>Principi fondamentali del diritto penale</i> .....	136

CAPITOLO SESTO  
METODOLOGIA GIURIDICO-PENALE

1. <i>La Metodologia giuridica e le sue scuole in generale</i> .....	145
2. <i>Metodologia del Diritto penale nel secolo XIX</i> .....	149
2.1. <i>Giurisprudenza dei concetti</i> .....	150
2.2. <i>Giurisprudenza degli interessi</i> .....	157
3. <i>Metodologia del Diritto penale nel secolo XX</i> .....	163
3.1. <i>Giurisprudenza dei valori</i> .....	164
3.2. <i>Fenomenologia</i> .....	170
4. <i>Bozza sull'attuale funzionalismo</i> .....	175

CAPITOLO SETTIMO  
IL SENSO DELLA PENA

1. <i>Delimitazione concettuale e inquadramento assiologico del tema</i> .....	183
2. <i>Idee del Diritto e senso della pena</i> .....	190
3. <i>Umanità, retribuzione e riparazione</i> .....	197
BIBLIOGRAFIA .....	203



# UN RITORNO AL FUTURO? IL «SAPERE» PENALISTICO FRA STORIA E ATTUALITÀ

*Gabriele Fornasari*

Il libro che ho il piacere di presentare raccoglie, tradotte in italiano e rielaborate ai fini della pubblicazione, le lezioni che hanno composto il Corso intitolato “Elementi di filosofia giuridico-penale”, tenuto dal Professor Guzmán D’Albora nel luglio 2013 presso la Scuola di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei dell’Università di Trento.

Un Corso che ha suscitato grande interesse presso i dottorandi e che ha coinvolto anche alcuni docenti della Facoltà di Giurisprudenza, attratti dal suo carattere straordinariamente stimolante.

José Luis Guzmán D’Albora ci ha introdotto con le sue lezioni, e ancor più ci introduce ora con i capitoli del libro, in una dimensione che oggi spesso gli studiosi di diritto penale, costretti da un lato alla super-specializzazione dei temi di ricerca e dall’altro all’affannosa rincorsa alle novità normative che quasi quotidianamente, almeno in Italia, il legislatore instancabilmente ci sforna, tendono a trascurare o peggio ad ignorare.

Si tratta della dimensione dei problemi di fondo del diritto penale, cioè in primo luogo, come sottolineato proprio nel primo periodo del primo capitolo, della necessità “di dar conto della sua essenza come sapere, ovvero di spiegare in che cosa consiste la sua ragion d’essere o la sua giustificazione”.

Per chi scrive, da sempre appassionato della letteratura su questi temi, è stato un autentico invito a nozze potere dialogare sul punto, ma anche per gli stessi dottorandi e per i vari collaboratori alla cattedra di diritto penale è stato un vero piacere, in quella calda estate trentina, partecipare a quegli incontri e ancor di più continuare il dialogo fuori degli orari di lezione, nelle stanze del Dipartimento o, nella miglior tradizione peripatetica, passeggiando per le strade del magnifico centro della

nostra piccola città o sedendo nei luoghi deputati alla tradizione dell'aperitivo.

Il libro che ha tratto spunto da quelle lezioni mette in fila tutte le questioni che il penalista intellettualmente onesto non può non avere considerato prima di mettersi al lavoro come studioso di uno qualsiasi degli elementi in cui si dipana la scienza del diritto penale, si tratti dell'esegesi delle norme, della dogmatica, della comparazione o della politica criminale.

Il diritto penale deve essere definito; devono esserne stabiliti con chiarezza la natura e i rapporti interni all'ordinamento giuridico e allo stesso modo ne devono essere ben delineati i rapporti con la politica.

Ma il diritto penale a sua volta fa parte delle scienze criminalistiche e deve concorrere con le altre componenti di queste scienze all'obiettivo della creazione dello sviluppo di quella *gesamte Strafrechtswissenschaft*, o scienza penale integrata, che sola dà veramente un senso al lavoro del penalista, dal momento che fornisce un quadro di riferimento plausibile per ogni contributo scientifico, evitando che si fermi alla mera esegesi o al mero discorso critico.

Questa relazione è particolarmente apprezzabile laddove si fa questione della compenetrazione fra diritto penale e criminologia, per la quale vale ancora il celebre motto del Maestro tedesco Hans-Heinrich Jescheck, secondo il quale "il diritto penale senza la criminologia è cieco, mentre la criminologia senza il diritto penale non ha argini".

Di tutto ciò si discute nei primi tre capitoli, che richiamano il lettore all'esigenza di una rigorosa metodologia, che non rappresenta solo una necessaria premessa formale per i nostri studi, ma un elemento assolutamente sostanziale che ne condiziona inderogabilmente la qualità intrinseca.

In seguito, viene in evidenza la questione più delicata per il penalista e per la sua tante volte richiamata cattiva coscienza, ovvero quella della giustificazione del diritto penale: il dibattito filosofico che la concerne non può essere neutro, e chiama in causa presupposti ideologici che possono essere anche contrastanti, ciò che davvero non può sorprendere, se è vero, come scrive l'Autore nel cap. IV, che "giustificazione equivale a fondamento del Diritto, indica la sua radice, il suo principio o la sua origine nell'esistenza umana".

In questa ricerca non devono essere ammessi i dogmi: i punti di vista devono essere difesi argomentando, ed è quello che fa l'Autore, esponendosi in considerazioni che hanno la plausibilità della coerenza, anche qualora non le si voglia condividere, e che costituiscono comunque un contributo "di parte" alla comprensione *laica* della legittimazione dello *ius puniendi*.

Premesso il discorso filosofico, della giustificazione dei concetti e dei principi generali del diritto penale si deve dare una precisa definizione logico-astratta, che tuttavia non impedisce affatto di trattarli anche calati nella realtà delle cose.

Come infatti scrive lo stesso Guzmán D'Albora nel cap. V, "ogni definizione dogmatica cerca di individuare gli elementi che compongono la struttura del reato secondo un ordinamento determinato, dal quale la scienza li ricava mediante induzione".

Del resto, una simile declinazione riguarda anche il concetto di pena, in cui sono compresenti un elemento di absolutezza, giacché non vi è ordinamento sociale che abbia potuto prescindere dall'esistenza di pene, e il dato esperienziale di natura prettamente storica delle modalità concrete di punizione che ciascun ordinamento in concreto sceglie.

I principi fondamentali del diritto penale, invece, non sono "generalizzazioni ottenute direttamente o indirettamente da norme giuridiche o disposizioni giuridico-punitive, bensì base, origine e fondamento di queste ultime. Rappresentano un compendio di concetti giuridici *a priori* dalla cui presenza in un ordinamento determinato dipende il carattere giuridico-penale delle disposizioni che si offrono al dogmatico nel ruolo di oggetto di studio scientifico. Sono anteposti alla scienza criminalista, ed è nella iusfilosofia il luogo in cui si dovrà cercare indole, caratteri e funzioni loro propri" (cito ancora dal cap. V).

Ho voluto sottolineare con questa citazione il carattere centrale e aprioristico dei principi anche perché intendo fare appello all'autorevolezza di uno studioso di fama internazionale come Guzmán D'Albora contro una preoccupante tendenza moderna a relativizzare i principi fondamentali, ascrivendoli alla sfera delle norme suscettibili di bilanciamenti dipendenti da esigenze assolutamente transeunti.

Un'altra lezione importante contenuta in questo libro è quella riguardante la connessione tra gli indirizzi metodologici della filosofia del diritto e l'evoluzione del diritto penale.

Nella parte finale del cap. VI si ha una eccellente esemplificazione di ciò attraverso un'analisi della modulazione della teoria del reato in base ad una concezione metodologica di tipo funzionalista.

Ma la riflessione più importante – e più lacerante anche per l'Autore – resta anche quella più sollecitante per il lettore, ovvero quella, proposta nell'ultimo capitolo come chiusura ideale della riflessione complessiva sulla filosofia giuridico-penale, dedicata al senso della pena.

Il discorso sul senso – e sui fini – della pena accompagna da sempre – e sempre accompagnerà – ogni seria indagine sulla nostra materia, magari talvolta restando sullo sfondo, ma in ogni caso influenzandone lo svolgimento.

Ma se da un lato non lo si può mettere da parte, dall'altro è sempre più difficile affrontarlo, essendo da tempo crollate pressoché tutte le certezze che sorreggevano i criteri della retribuzione, della prevenzione generale e della prevenzione speciale, ed avendo poco senso una concezione della pena che voglia vedere compresenti tutte queste caratteristiche.

Anni fa, a chi scrive capitò di affermare che forse nella modernità il senso della pena è più facilmente deducibile in negativo: “occorre evitare che il singolo condannato possa essere strumentalizzato come capro espiatorio; occorre evitare che la pena funga da via d'ingresso del condannato nel circuito criminoso organizzato di cui non faceva parte; occorre evitare che il condannato perda la titolarità dei più elementari diritti umani, quelli che attengono alla dignità stessa della persona, che pure ha sbagliato; occorre che il condannato non sia fatto oggetto di interventi trattamentali coatti, anche quando mascherati da tentativi di rieducazione; occorre evitare che al condannato sia inflitta una sofferenza sproporzionata rispetto al male commesso”.

Era una visione disincantata, in qualche modo amara nel suo tentativo di essere realista, ma vedo ora che il suo “spirito” non è lontano da quel *principio di umanità* che conduce José Luis Guzmán D'Albora, all'esito di un percorso molto articolato, a concludere che “l'unico senso costitutivamente umano della pena, fino a che sarà necessaria per le

società umane, coincide con la riparazione del danno prodotto dal reato”, e che peraltro ciò “non implica certamente l’eutanasia del Diritto penale, né la dissoluzione della pena come sanzione pubblica di estrema gravità” (cap. VII).

In definitiva, per chi vuole ripensare i *fondamenti* del diritto penale, attingendo basi filosofiche tradizionali ma anche meno note, questo libro offre abbondanza di materiali e di spunti, interessantissimi e mai scontati, che aiutano ad orientarsi nel complesso *Vorverständnis* della scienza penalistica.



# CAPITOLO PRIMO

## NOZIONI E PROBLEMI DELLA FILOSOFIA GIURIDICO-PENALE

*Traduzione di Gabriele Fornasari*

SOMMARIO: 1. *La sua pertinenza alla Filosofia del Diritto*; 2. *Sua nozione e suoi temi*; 3. *Problemi principali che implica la sua proiezione penalistica*.

### *1. La sua pertinenza alla Filosofia del Diritto*

La questione che si pone immediatamente in un corso di Filosofia giuridico-penale è la stessa che riguarda la Filosofia del Diritto e, andando più in là, la Filosofia in generale. Si tratta di dar conto della sua essenza come sapere, ovvero di spiegare in che cosa consiste la sua ragion d'essere o la sua giustificazione. In realtà, la Filosofia giuridico-penale rappresenta il primo dei suoi stessi problemi, e per risolverlo deve “pensare senza premesse”, espressione utilizzata da Simmel per abbracciare con una formulazione semplice l'aspirazione fondamentale e allo stesso tempo il senso della Filosofia in tutti i suoi settori.

Questa sfida epigrammatica si scontra con la difficoltà supplementare data dal fatto che ai giorni nostri non vi è abbondanza di opere né di corsi universitari che siano specificamente dedicati all'argomento, cioè alla Filosofia del Diritto punitivo come tale e a tutti i problemi che essa comprende. È da più di un secolo che la Filosofia sembra averli consegnati ai giuristi. La stessa Filosofia del Diritto viene oggi coltivata prevalentemente da giuristi con interessi filosofici, e solo in minima misura da filosofi con preoccupazioni giuridiche. Tuttavia, la «filosofia giuridica del Diritto», a differenza della «filosofia filosofica del Diritto» – come furono in passato quelle di Kant, Hegel, Schopenhauer o Lask –, sembra concentrata più sull'analisi del diritto e sulla teoria della giustizia che non sugli assunti filosofici che concernono specificamente il

Diritto penale. In più, l'orientamento teorico della Filosofia giuridica dei giuristi mira ad effettuare la descrizione e l'analisi di un complesso di fenomeni che si presentano con veste giuridica (regole, norme, la relazione tra le une e le altre, così come concetti e principi, con le relative argomentazioni) piuttosto che puntare all'essenza del concetto che chiamiamo Diritto. Nemmeno la ricerca sulla giustizia e sui valori giuridici in generale è utilizzabile come prima per la disciplina criminalistica, benché in essa la distinzione tra valore e oggetti valutati, tra idea del Diritto e ideali giuridici, sia determinante per la comprensione dei beni che conformano l'oggetto delle norme anteposte alle fattispecie legali, i caratteri e i compiti della Dogmatica penale, la giustificazione dello *ius puniendi* e il senso della pena statutale e sovrastatuale.

La situazione spirituale era molto differente nell'ultima parte del XVIII e nella prima metà del XIX secolo, quando si trovavano insieme, nello stesso alveo, animate da identici stimoli, la Scienza del Diritto penale e la Filosofia del Diritto. Non è azzardato sostenere perfino, con Bettiol, che lo stesso Diritto penale nacque sul versante filosofico, non inizialmente come scienza giuridica, ma “come un insieme organico di problemi da esporre ad una riflessione filosofica e critica”<sup>1</sup>. In effetti, a parte la sua risonanza legislativa nella riforma del Diritto comune e nella Codificazione del secolo decimonono, l'opera penale dell'Illuminismo, durante la seconda metà del settecento, e in seguito nell'ambito della cosiddetta Scuola Classica, consistette soprattutto in una maestosa discussione filosofico-punitiva<sup>2</sup>. Questo tratto caratteristico si riconosce

---

<sup>1</sup> Termine che assume un duplice significato, di cui tratteremo *infra*, capitolo II, paragrafo 1. Bettiol lo adopera nel senso della disciplina scientifica il cui oggetto è lo studio sistematico di un ordinamento punitivo.

<sup>2</sup> La distinzione tra un Illuminismo giuridico riformatore e uno rivoluzionario, dovuta, tra altri storici e filosofi del Diritto, a Giovanni Tarello, benché sia molto adeguata per la rappresentazione delle due tappe di questo movimento culturale, non può essere sviluppata in questa sede. Ai nostri fini, è sufficiente segnalare che la riforma penale del Settecento fu dapprima illuminata, poi, ben presto, con il Codice penale francese del 1791, decisamente rivoluzionaria.

Non possiamo nemmeno aggrovigliarci nel dibattito, se i classici formarono veramente una scuola. È più probabile che la risposta debba essere negativa, e che i suoi membri fossero uniti solo dal comune temperamento liberale e dal metodo di lavoro, un metodo logico-astratto applicato al Diritto penale come categoria della ragione. Su que-



nel precipuo oggetto di studio degli autori classici, che non era costituito dal Diritto penale positivo di quell'epoca, ancora zavorrato da incrostazioni dell'abominevole apparato punitivo dell'antico regime, ma dal Diritto penale inteso come un puro concetto razionale, cioè una categoria universale, assoluta ed incondizionata, che doveva essere esaminata al margine dei dati offerti dall'esperienza, mediante un metodo deduttivo provvisto di un marcato accento speculativo, lo stesso dei discorsi che sono definiti teoretici proprio perché si rivolgono alla mera conoscenza, non all'azione o alla pratica. Anche il punto di partenza di simili speculazioni conferma quel tratto caratteristico: l'origine della società civile, la giustificazione del potere politico, il rapporto degli individui tra di loro e di ciascuno di essi con la comunità organizzata, le condizioni di legittimità dello *ius puniendi*, ecc. Ciò che, detto di sfuggita, è assai rivelatore della coscienza che si aveva allora della dipendenza del Diritto penale rispetto allo Stato e al Diritto politico in generale, e del tipo di relazione giuridica esistente tra i giustiziabili e l'entità statale come titolare dello *ius puniendi*, una relazione che pone l'individuo come titolare di una sfera di diritti che lo Stato deve rispettare, pena il rischio di degenerare in tirannia, in una forza prepotente che supera e trascende le sue singole parti, i suoi singoli membri o sudditi.

Le stesse preoccupazioni si mantennero durante il XIX secolo dentro e fuori dall'Europa<sup>3</sup>. Tuttavia, vanno decrescendo man mano che si consolida il processo di Codificazione penale con gli ultimi corpi legislativi del periodo classico. La ragione di questa perdita di interesse filosofico salta agli occhi. Molte delle esigenze poste dalla speculazione erano divenute nel frattempo Diritto penale positivo, per cui ora diventava necessario dedicarsi allo studio di esso, con la conseguente posposizione dei suoi condizionamenti *a priori*. Tale atteggiamento raggiunge il suo apice con il concettualismo di Binding, al quale daranno segui-

---

sto discute in modo limpido Bettiol nel suo riesame dei presupposti filosofico-politici e dei principi della "Scuola". Si veda anche quanto affermato di seguito nel testo.

<sup>3</sup> Si pensi solo a quel classico epigono che fu Enrico Pessina e a un autore di grande originalità come il brasiliano Tobias Barreto, il quale, a differenza del suo omologo italiano, seppe rompere gli schemi dell'idealismo filosofico tedesco con la sua affermazione che la pena, prima di essere una conseguenza giuridica logicamente fondata, è pertanto una nozione giuridica, è un concetto politico.

to in Italia Rocco, Manzini e Grispigni. Allo stesso modo, i filosofi del Diritto, fatta eccezione per alcuni con formazione penalistica, come Radbruch e M.E. Mayer, e per la poderosa figura di Giorgio Del Vecchio, non si occupano più dei temi e dei problemi del Diritto penale. I penalisti torneranno a fare incursioni in questi argomenti indotti da una dura esperienza. L'orrore del totalitarismo in Europa dimostrò la fragilità del positivismo giuridico che aveva plasmato la Codificazione del diciannovesimo secolo ed evidenziò il rischio di assumere come Diritto penale tutto ciò che può stare sulla carta della gazzetta dove si pubblicano le leggi, se non addirittura semplici ordini segreti dell'autorità. La rinnovata preoccupazione filosofica brillerà in libri ed articoli pubblicati al di qua e al di là delle Alpi, come il profondo studio di Bettiol sul problema penale e la monografia di Schmidhäuser sul senso della pena. Questa tendenza è proseguita negli ultimi decenni, ma con un'importante modifica, dovuta agli sforzi riformistici che hanno caratterizzato l'ultimo terzo del secolo scorso – la ricodificazione – e la situazione di sconcerto dei nostri anni – la decodificazione e lo smembramento interno dei nuovi e vecchi Codici –, la cui nota distintiva è costituita dalla mania di espandere senza fondamento, ordine, né misericordia la legislazione penale. Nell'ambito di queste limitate possibilità, l'attuale discussione filosofico-giuridica torna a porsi il problema dei fini del punire, ma cercando di affrontarlo con le informazioni delle scienze empiriche, e con il concetto e il metodo di una Scienza penalistica che vive tempi di elefantiasi legislativa.

Per il resto, del carattere permanente di questi e altri problemi della Filosofia del Diritto in riferimento al settore penalistico parla il fatto che ogni esposizione dogmatica di questa disciplina nel suo insieme deve confrontarsi con essi. Appaiono dovunque nel tavolo di lavoro del criminalista. Non solo al momento di definire il Diritto penale, di profilare i saperi che se ne occupano, di stabilire i suoi rapporti con gli altri rami dell'ordinamento giuridico, di identificare la metodologia corretta per studiarlo, ecc., le difficoltà dei penalisti in quanto scienziati sono considerevoli. Altrettanto si rileva riguardo al fondamento del diritto di punire, agli elementi universali e ai concetti primari dello *ius poenale*, al senso della pena e, scendendo in questioni particolari, al fondamento e alla natura delle sue istituzioni più importanti, alla elaborazione dei

concetti secondari e delle teorie settoriali, che pure affondano le loro basi nella Filosofia giuridica e necessitano di un approccio di questo tipo. Il fatto è che la Filosofia giuridico-penale, benché rappresenti un sapere distinto dalla Dogmatica penale, è strettamente relazionata con essa e, in buona misura, la costituisce e la informa di sé. In sostanza, non c'è né potrebbe esserci una Dogmatica penale senza una concezione filosofica che le serva da sostegno, anche quando la Dogmatica rinnega questa dipendenza, come nel caso del concettualismo vecchio e nuovo, perché anche chi ritiene che si debbano accettare senza discuterli i dati legislativi fa filosofia, solo che si tratta di una filosofia pessima e assai pericolosa.

Ora, come anticipa il suo stesso nome, la Filosofia giuridico-penale è un settore differenziato della Filosofia del Diritto, allo stesso modo in cui quest'ultima rappresenta una parte della Filosofia generale. Con questa affermazione, tuttavia, diamo per risolto uno spettro di problemi molto dibattuti da filosofi e giuristi. Non sono pochi i filosofi che negano la Filosofia del Diritto, così come qualunque altra Filosofia "particolare", adducendo come motivo che i problemi filosofici, radicali e universali per loro natura, sono a tal punto relazionati gli uni con gli altri e si vincolano tanto strettamente ad una concezione onnicomprensiva dell'insieme della realtà, che non potrebbero isolarsi nella forma di ontologie, gnoseologie o deontologie "regionali", si chiamino esse del Diritto, dell'arte, dell'educazione, dell'antropologia o di qualunque altra cosa. D'altro canto, anche tra i giuristi non mancano coloro che pensano che il Diritto non possa essere oggetto di una riflessione filosofica autonoma, con l'eccezione di quella meditazione che si riduce all'analisi degli elementi costanti e generali del Diritto positivo, quella cioè che viene definita Teoria generale del Diritto. Comunque sia, per l'una o per l'altra via si giunge ad un rifiuto della Filosofia giuridica o, ciò che in pratica è lo stesso, alla sua mancanza di autonomia<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Meritano un particolare interesse le considerazioni che la legittimità e i temi della Filosofia del Diritto devono a Norberto Bobbio, che fu l'autore della distinzione tra Filosofia del Diritto dei filosofi e Filosofia del Diritto dei giuristi, e ad Enrico Opocher, con la sua esposizione delle obiezioni di filosofi e giuristi alla Filosofia del Diritto, nelle opere citate nella bibliografia.

Per noi, la Filosofia del Diritto, e con essa la Filosofia giuridico-penale, è filosofia, e fa parte senza dubbio della Filosofia generale. L'elemento filosofico in essa risiede nel fatto che, nonostante il carattere limitato dell'oggetto delle sue indagini, applica ad esso gli stessi concetti e metodi della Filosofia *tout court*. In questo suo particolare terreno si presenta la medesima inquietudine per i fondamenti ultimi dell'essere, del conoscere e dell'operare, solo che si tratta dell'essere, del conoscere e dell'operare giuridico. Da ciò deriva che nella Filosofia del Diritto ci deve essere un'ontologia e una metafisica, una teoria della conoscenza, un'assiologia giuridica. E lo stesso oggetto, il Diritto, nella sua essenza, conoscenza e valore, è contemplato da essa in funzione di totalità più grandi dell'essere in generale, specialmente degli aspetti dell'essere che sono più vicini a questo oggetto e con i quali esso potrebbe confondersi, come la religione e la morale. In Diritto penale, questo problema di delimitazione ontologica è di enorme importanza, perché religione, consuetudine, morale e pena sembrano aver avuto un'origine comune nella protostoria dei popoli. È stato lo sviluppo della cultura il fattore che è riuscito a disgregare questo insieme indifferenziato, benché questo compito non si sia ancora concluso, dato che permangono tuttora precetti la cui violazione è qualificata come contraria alla religione, antisociale, immorale ed anti giuridica, come quello di testimoniare il falso<sup>5</sup>. In ogni caso, la Filosofia del Diritto è connessa, proprio come la stessa Filosofia, ad una determinata concezione del mondo. E per determinare il concetto e i compiti della Filosofia giuridico-penale è indispensabile realizzare in primo luogo la stessa opera di delimitazione rispetto alla Filosofia del Diritto in generale.

## 2. *Sua nozione e suoi temi*

Se la Filosofia giuridico-penale, secondo quanto stiamo affermando, è parte della Filosofia del Diritto, e questa a sua volta si incardina nel

---

<sup>5</sup> Mayer, al quale si deve questo esempio, ritiene, tuttavia, che quando una norma implica più sanzioni e pertanto fa parte contemporaneamente di più ordinamenti sociali offre un solido fondamento (culturale) al sistema di garanzie della condotta sociale.

più ampio panorama della Filosofia, si deve presentare davanti a noi un problema grave, davvero fondamentale.

In effetti, mentre sono grandi le controversie che circondano la Filosofia del Diritto, fino all'estremo che ci sono filosofi del diritto che considerano un'inutile perdita di tempo lo sforzo di cercare una definizione per essa, ancora maggiore è la *vexata quaestio* consistente nel determinare che cos'è la Filosofia. Gli studiosi della metafilosofia, cioè della fondazione filosofica della Filosofia come tale – la spiegazione della sua essenza in quanto sapere –, ma anche gli storici della materia, evidenziano che nel corso del tempo sono state date risposte diverse a questa domanda, un mutamento concettuale dovuto a condizionamenti di tempo e di luogo<sup>6</sup>, e che renderebbe “impraticabile il reiterato intento di forgiare un concetto generale e definitivo di essa partendo da comparazioni storiche” (Windelband).

Tuttavia, l'evoluzione storica evidenzia anche alcuni elementi più o meno costanti, che possono considerarsi altrettanto comuni al patrimonio filosofico. Tali elementi ci presentano la Filosofia come un sapere completo e radicale, un'ansia di conoscenza della totalità dell'essere nei suoi ultimi principi, ambizione che si proietta tanto nella riflessione dello spirito su se stesso quanto nella comprensione del mondo esterno. Il primo porta il nome di *auto-contemplazione* e abbraccia due settori: a) la teoria della scienza (Epistemologia), divisa in Logica e Teoria della conoscenza e b) la teoria dei valori, divisa in Etica, Estetica, Filosofia della religione e Filosofia del Diritto<sup>7</sup>. Il secondo, che convenzionalmente viene denominato *concezione del mondo* – la *Weltanschauung*

---

<sup>6</sup> “Il nome filosofia o filosofico ha, secondo l'epoca ed il luogo, significati distinti, e le creazioni spirituali che hanno ricevuto questo nome dai loro autori sono tanto diverse che parrebbe che le distinte epoche abbiano associato alla bella parola filosofia, coniata dai greci, immagini spirituali sempre distinte” (Dilthey).

<sup>7</sup> La Filosofia come “auto-coscienza del sapere” (Bruno Bauch) ha una matrice neokantiana, ma molti dei suoi campi, in particolare l'Etica e l'Estetica, risalgono molto più indietro nel tempo. In ogni caso, intese come critica o giudizio di valori assoluti, Logica, Etica ed Estetica sono inscindibili dalla corrente neo-kantiana e, certamente, dalla Filosofia dei valori. Per questo nell'ambito del neokantismo la Filosofia del Diritto avrà senso solo quando appaia trattata “non in senso metafisico, ma in senso critico, dal punto di vista di quelle tre discipline filosofiche fondamentali [...], come ramificazioni, proiezioni o complementi di esse” (Windelband).

dei tedeschi –, comprende l'Ontologia (teoria generale dell'essere), la Metafisica (che indaga le relazioni, l'essenza e il principio unitario del reale) e la teoria della concezione del mondo in senso stretto (lo studio delle questioni più elevate dell'esistenza: Dio e il suo rapporto con l'universo, il destino ultimo dell'uomo e del mondo, il senso finale della storia)<sup>8</sup>.

Ora, sistemata come ambito della Filosofia generale, quella del Diritto indaga esattamente su quei problemi, si addentra negli stessi due grandi ambiti filosofici che abbiamo appena delineato, ma riferendoli al Diritto<sup>9</sup>. Di conseguenza, ben si può dare di essa la nozione che postulò Stammler: la Filosofia del Diritto è l'insieme di quelle dottrine generali che si possono proclamare all'interno del campo giuridico in modo assoluto, che vuol dire incondizionato e universale, illimitato e libero da ogni rapporto spazio-temporale. I suoi ambiti tematici sono i seguenti: 1) il concetto del Diritto e i concetti giuridici fondamentali o *a priori*: si tratta di una questione ontologica e metafisica allo stesso tempo, in cui l'essere proprio del Diritto (la sua ontologia) si ottiene razionalmente mediante opposizione e contrasto con altre entità reali. Questa indagine, che dovrebbe riguardare, inoltre, lo studio dei principi costitutivi del Diritto – secondo la nostra opinione, quelli di comunità e di cultura –, si estende ai problemi della validità, della giustificazione, della genesi e della evoluzione del Diritto, il tutto in un senso metafisico, non storico-genetico; 2) la epistemologia e, pertanto, la metodologia della conoscenza giuridica. In questo caso, la Filosofia del Diritto si occupa di identificare i saperi giuridici e determinare la loro natura, i loro caratteri e i loro rapporti, con i metodi propri di ciascuno di essi. Occorre specificare che questa indagine dipende e si origina dalla precedente; 3) l'i-

---

<sup>8</sup> Johannes Hessen, sul quale ci basiamo per questa caratterizzazione della Filosofia, riduce la teoria della concezione del mondo ai problemi capitali dell'esistenza *umana*. Crediamo di poter prescindere da questo antropocentrismo, poiché pensiamo che la realtà può comprendere entità altrettanto o ancor più perfette dell'uomo e che, in ogni caso, nulla ci autorizza a definire lo statuto ontologico degli esseri situandoci da una prospettiva superiore, analoga a quella di Dio.

<sup>9</sup> “La Filosofia del Diritto ha esattamente la stessa missione della Filosofia generale, ma deve realizzarla in quel settore della realtà che le è assegnato come oggetto, ovvero nel Diritto positivo” (Mayer).

dea del Diritto, ma un'idea portatrice di contenuto assiologico, non già un mero *focus imaginarius*. La rappresentazione del Diritto come idea, ciò che implica un valore in senso assoluto, sprovvisto di qualunque vincolo con beni determinati, impone il compito di illustrare ciò che il Diritto dovrebbe essere, il punto di riferimento, inoltre, dei suoi elementi, concetti e istituzioni fondamentali. Di sicuro, uno di tali elementi e concetti è la pena.

### *3. Problemi principali che implica la sua proiezione penalistica*

Come considerazione astratta ed onnicomprensiva del Diritto penale, o, detto altrimenti, come insieme delle dottrine generali che può proclamarsi nell'ambito punitivo con un carattere assoluto, la Filosofia giuridico-penale dovrebbe riprodurre fedelmente tutti i temi che interessano la Filosofia del Diritto, solo modellati secondo la loro veste penalistica.

Tuttavia, di solito la costruzione speculativa di questo ramo dell'ordinamento si è ridotta a pochi assunti. A seconda delle preferenze o delle necessità storiche, la riflessione filosofica si è soffermata sui fini della pena o sul fondamento e la natura dello *ius puniendi*, molto meno sulla metodologia adeguata per studiare il reato e la pena, l'interesse per la quale è contemporaneo, e meno ancora sugli elementi universali che costituiscono il Diritto punitivo, una questione più dibattuta nell'età moderna e nel XIX secolo che nell'esperienza presente. Il problema del *télos* della punizione è servito per classificare le scuole penalistiche. Ma le scuole, "le dottrine di carattere filosofico riguardanti il Diritto dei crimini e delle punizioni" (Rivacoba y Rivacoba), si estendono al di là del senso della punizione. Del resto, questo e tutti i punti che deve chiarire la Filosofia penalistica sono connessi tra di loro. Il senso della pena si fonda sulla sua essenza, su ciò che è il reato e sul perché del potere di sanzionare il secondo con la prima. Tale senso non può essere chiarito senza prima esaminare la dipendenza politica del Diritto penale come parte del Diritto della comunità statale o internazionale e conoscere i suoi connotati logico-astratti, sicché l'aspetto del «fine» della punizione riposa nella metafisica delle regole che consentono di irrogarla. Anche

la vasta area della metodologia giuridico-penale è inscindibile dal concetto di Diritto punitivo e dalla dottrina sulla scienza che se ne occupa, e tutto ciò presuppone di avere fissato i suoi elementi e concetti universali e necessari. Da ultimo, lo studio del diritto di punire, che potrebbe figurare alla testa delle indagini di cui si è parlato, non è, tuttavia, indipendente da esse, giacché chi lancia uno sguardo verso il perché e come punire deve previamente stabilire che cos'è che consideriamo meritevole di sanzione.

Risulta così evidenziata l'interconnessione dei temi che conformano la Filosofia giuridico-penale. Solo in omaggio a propositi didattici possono essere esposti separatamente, come fa anche questo libro; però nel fondo, nel sistema interno della Filosofia del Diritto criminalistica, essi sono tutti uniti o relazionati tra loro, senza che sia possibile prescindere da alcuno. Rimandano gli uni agli altri: l'essenza del Diritto penale alla sua conoscenza, e viceversa; la giustificazione dello *ius puniendi* e il significato della pena, all'essenza del Diritto punitivo, con gli elementi che compongono il suo concetto, ecc. In questo andirivieni di problemi si manifesta lo spirito di sistema di tutte le dottrine filosofiche, ma anche "l'incomunicabilità e la sterile belligeranza che separa le dottrine nel corso della storia della Filosofia" (Millas Jiménez). E con il suo zelo nello stabilire e dimostrare sistemi filosofici, o semplicemente nell'applicarli nella sfera giuridica<sup>10</sup>, la speculazione dei criminalisti è propensa a trascurare gli stessi problemi, a concentrarsi più sulla coerenza delle dottrine, "perfino quelle che hanno attraversato il campo del diritto in modo eccezionalmente fugace" (Jiménez de Asúa), che sulla effettiva comprensione della realtà del Diritto penale.

Per noi, i problemi in questione sono i seguenti: 1) il fondamento o la giustificazione (il perché) dello *ius puniendi*. Nelle sue due dimensioni, ovvero come fondamento ideale e come fondamento reale, siamo di fronte ad una parte, probabilmente la più significativa, della ragion d'essere del Diritto nel suo ruolo di ordinamento regolatore di condotte; 2) gli elementi universali e i concetti necessari di questo settore dell'ordinamento, nonché i principi che lo costituiscono e lo informano, coppia di assunti che deriva dai concetti e dai principi giuridici fonamen-

---

<sup>10</sup> Ciò che è comune tra i giuristi che coltivano temi di Filosofia giuridico-penale.



tali, e che impone di affrontare l'indole e i rapporti del Diritto penale all'interno dell'albero giuridico; 3) le discipline criminalistiche, cioè i saperi a cui spetta di occuparsi di reato e pena, con i rispettivi metodi e connessioni logiche; a questo riguardo la Filosofia giuridico-penale è l'enciclopedia delle scienze criminali<sup>11</sup>; 4) il senso della pena, capitolo che appartiene nelle stesse proporzioni ai concetti giuridici fondamentali e all'idea del Diritto in generale.

È importante avvertire che il ventaglio dei problemi che abbiamo descritto non rappresenta un sistema chiuso. Tutto al contrario, l'esame del fondamento e della natura di ogni concetto giuridicamente rilevante e di ogni istituzione del Diritto penale positivo, nella Parte generale della Scienza del Diritto penale, così come la ragion d'essere di ciascuna delle famiglie di reati in particolare, con le modalità generiche di violazione dei rispettivi beni giuridici, sono questioni anteposte alla Dogmatica, ed entrano con pieno diritto nel dominio della Filosofia che qui trattiamo. Perfino disposizioni penali isolate e in apparenza di infima rilevanza nella loro particolarità ammettono una valutazione filosofico-giuridica se si è capaci di esaminarle *sub specie aeternitatis*<sup>12</sup>. Su di esse e sugli assi razionali del Diritto punitivo si erge la grande domanda, il giudizio supremo sulla essenzialità o accidentalità del diritto penale nella vita umana<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> O filosofia positiva, sistema dei rapporti interni fra tali scienze, in una parola, epistemologia, come ricorda Dilthey nel suo studio sull'essenza della filosofia.

<sup>12</sup> “Nella scienza come nell'arte, il particolare ha valore solo in quanto coglie in sé il generale e l'assoluto”. Questa frase di Schelling contiene una parte di esagerazione idealista, ma rappresenta anche una profonda verità.

<sup>13</sup> Tuttavia, il problema della Filosofia religiosa e del Diritto penale, se quest'ultimo «sia non solo prezioso, ma funga anche da sostegno per la sua stessa essenza» (Radbruch), dovremo affrontarlo incidentalmente *infra*, capitolo IV, paragrafo 3, a proposito della giustificazione del diritto di punire.



## CAPITOLO SECONDO

### IL DIRITTO PENALE IN GENERALE

*Traduzione di Elena Maculan*

SOMMARIO: *1. Il Diritto e la definizione del Diritto penale; 2. Caratteri e natura; 3. Rapporti nell'ordinamento giuridico; 4. Dipendenza dal Diritto politico.*

#### *1. Il Diritto e la definizione del Diritto penale*

Per determinare concettualmente cos'è il Diritto penale, in altre parole, per definirlo, non è possibile procedere per via induttiva.

Invero, la raccolta di materiali storici sull'oggetto o fenomeno il cui concetto dobbiamo determinare, finalizzata ad ottenere un complesso di tratti esterni che sia possibile presentare come giuridico-penali, è un'operazione indispensabile per la definizione di cui siamo alla ricerca, dato che la nostra conoscenza, anche giuridica, deve partire dall'esperienza. Ma qualificare semplicemente quei tratti come Diritto penale richiederebbe l'esistenza di un previo consenso su cosa possa definirsi giuridico-punitivo, e ciò è appunto quello che si cerca di sapere. Ecco perché l'individuazione degli elementi costitutivi del concetto, e quindi la sua essenza logica, deve poter contare su un determinato punto di vista che ci indichi di quali caratteri deve essere dotato il materiale raccolto per meritare il nome che dà titolo a questo capitolo. Tali caratteri devono essere prima di tutto elaborati. Solamente allora, con l'elaborazione dei presupposti logico-astratti del concetto oggetto di definizione, nel contesto «di un'attività creatrice, simile alla creazione artisti-

ca, al pari di qualsiasi lavoro scientifico in generale»<sup>1</sup>, è possibile costruire la definizione.

Accade in questo caso la stessa cosa che avviene con il concetto di Diritto in generale. Quest'ultimo e ciascuna delle sue declinazioni – il Diritto politico, civile, amministrativo, internazionale, ecc. – devono essere determinati od ottenuti in via deduttiva, come nozioni *a priori*, indipendenti dall'esperienza, universali e necessarie. Il Diritto, ed il Diritto penale con esso, non è tale perché certi fenomeni specifici permettano di giungere alla sua definizione, fenomeni che in certi casi non sono nulla più che pratiche più o meno primitive<sup>2</sup>; al contrario, i fenomeni che vengono presentati come giuridici saranno completamente tali solo se il concetto di Diritto li comprende. Quest'ultimo indica la possibilità di giuridicità, sebbene non possiamo aspettarci da tale concetto una risposta alle domande relative all'esistenza fattuale degli ordinamenti che si vogliono esaminare, come alla loro genesi, evoluzione e vigenza<sup>3</sup>.

È comprensibile dunque che la definizione del concetto di Diritto penale imponga di determinare in primo luogo cos'è il Diritto in generale: compito, questo, estremamente complesso, a fronte del quale non si ha una risposta univoca, in parte per la diversità di prospettive dalle

<sup>1</sup> «Ogni definizione implica dunque modellare un materiale o, meglio, dato che lo stile è l'omissione di tutto ciò che non è essenziale [...], stilizzare una materia con la misura di un compito scientifico» (M.E. Mayer).

<sup>2</sup> Al riguardo, si pensi non solo a quelle proprie delle comunità preistoriche, ancora esistenti in istituzioni del mondo antico, del Medioevo e della modernità, ma anche alle pratiche eseguite con incredibile coerenza da popoli civilizzati contemporanei, tacciate a posteriore di essere «Diritto non valido», «arbitrarietà legale» o, meglio ancora, «non-Diritto».

<sup>3</sup> L'impossibilità di ottenere per via induttiva ed empirica il concetto di Diritto è un insegnamento di cui siamo debitori ai filosofi del diritto neokantiani, soprattutto Stammler, Del Vecchio e Radbruch, come sottolinea Jorge Millas. A questi nomi dobbiamo poi aggiungere il già menzionato M.E. Mayer.

Al di là di questo, alla critica kantiana si deve l'avvertimento nei confronti della confusione di un predicato logico con uno reale. Da un concetto non si può ricavare la sua esistenza reale, poiché la proposizione che afferma o nega l'esistenza di una cosa non è analitica, ma sintetica. «*Essere* non è evidentemente un predicato reale, vale a dire, un concetto di qualcosa che può unirsi al concetto di una cosa, è semplicemente la posizione di una cosa, o di certe determinazioni di per sé» (Kant).

quali si è tentato di elaborare il concetto, in parte per la difficoltà nell'includere in un'unica formula astratta le molteplici manifestazioni del Diritto<sup>4</sup>.

A tal fine, è necessario esporre le basi a partire dalle quali elaboriamo la definizione, che assumiamo come metafisica di qualsiasi Diritto. Noi partiamo dalla comunità e dalla cultura. La comunità è non un'aggregazione meccanica o naturale di individui, descrizione che si adatta invece al concetto di società, bensì l'associazione di un insieme di uomini intorno ad un'unità teleologica, ad un fine comune. La cultura, dal canto suo, è «la lavorazione (o fomento) di un interesse comune e della situazione che ne risulta, situazione che è contrassegnata da una sfumatura valutativa» (M.E. Mayer). Poiché la cultura, questo prodotto della comunità, non è solo valore, né solo realtà, ma è una realtà che aspira ad avere valore, un valore trasformato in qualcosa di reale, ne consegue che neppure il Diritto, prodotto culturale, può essere un puro concetto ontologico né un puro concetto assiologico. L'essere culturale del Diritto rivela che è un ente riferito a valori<sup>5</sup>. Essendo tale, lo si può concepire come un *ordinamento prevalentemente oggettivo di regolazione dell'agire inter-individuale per mezzo di norme, la cui prescrizione, sancita in base alla legittima possibilità di uso della forza organizzata socialmente ed esercitata in via esclusiva dallo Stato o da enti sovrastatali ai quali esso abbia deciso di essere subordinato, è orientata al conseguimento di fini valutati da ogni comunità secondo il corrispondente stadio della propria evoluzione culturale.*

Partendo da questa nozione, segnaliamo i seguenti elementi costitutivi della giuridicità. In primo luogo, la personalità, il riconoscimento del fatto che il Diritto disciplina e vincola esseri che attraverso le loro

---

<sup>4</sup> Lo stupore per il fatto che «poche domande riguardo alla società umana sono state formulate in modo così persistente, e poche hanno ricevuto da pensatori seri risposte così diverse, strane e addirittura paradossali, come la domanda “cos'è il Diritto?”», con il quale Herbert Hart inizia la sua celebre ricerca, scompare nel momento in cui rammentiamo la necessità di elaborare previamente gli elementi del concetto. Per questo motivo è erronea l'opinione secondo cui per ogni concetto, incluso quello che qui ci interessa, potrebbe esserci solo una definizione giusta.

<sup>5</sup> Non dunque un valore puro, e tantomeno un puro fatto, per quanto fatti e valori siano decisivi per la comprensione delle norme e dei beni giuridici (od oggetti valutati giuridicamente) sottostanti.

reciproche relazioni acquistano coscienza di sé, della propria libertà e della propria capacità di proporsi dei fini. La personalità discende dal concetto di comunità, che presuppone la convivenza. Senza quest'ultima, l'uomo sarebbe incapace di captare la propria individualità e rimarrebbe uguale agli esseri puramente naturali, privato della prospettiva di superare la propria sfera biologico-emozionale. La personalità, dal canto suo, implica due esigenze giuridiche: oggettività e alterità. Oggettività, perché se il Diritto determina se l'azione umana è adatta alla vita in comune oppure no, in base ai fini valutati dalla comunità, è naturale che consideri sufficiente la semplice coincidenza tra l'atto che il soggetto realizza e ciò che la norma giuridica prescrive, che consideri un dovere l'azione, e non il motivo sottostante, come fa invece la morale. Tuttavia, l'oggettività è una nota sfumata dall'avverbio che indica predominio. La disposizione interiore della persona che agisce acquista importanza quando la norma giuridica non è osservata nella realtà, in altri termini, se sopraggiunge un'infrazione giuridica<sup>6</sup>. Ma l'oggettività del Diritto è di tale portata che pure di fronte a tale dilemma la posizione logica dell'aspetto esterno della condotta, con il suo disvalore giuridico, precede la considerazione della soggettività dell'autore, al contrario del giudizio morale, che si muove nell'opposta direzione, muovendo dalla coscienza interiore a ciò che essa esteriorizza, «applicandosi prima di tutto ai motivi che lo hanno indotto ad agire in un senso o nell'altro» (Del Vecchio). Il punto è che le norme giuridiche, nella loro forma originaria, si contraddistinguono perché sono regole per la convivenza prima ancora che ordini rivolti agli individui. Sono in primo luogo norme di valutazione, che trasformano certe cose ed aspirazioni in oggetti e fini giuridici, valutando positivamente la loro preservazione e nel con-

---

<sup>6</sup> L'illecito significa illecito non colpevole, come si è accennato *supra*. Vi sono però casi eccezionali in cui il fine cui il soggetto aspira o la sua disposizione d'animo rendono anti-giuridica la manifestazione della sua volontà esteriorizzata. Li si chiama convenzionalmente elementi soggettivi dell'illecito (nella tradizione penalistica italiana, che è restia ad ammetterli, sono ipotesi di dolo «specifico»). In questi casi, avviene che «lo stesso avvenimento psicologico richiede una doppia considerazione, una volta per stabilire l'anti-giuridicità, un'altra per reggere l'imputazione riprovevole dell'azione al suo autore; oppure che due diversi avvenimenti della coscienza sono importanti, l'uno con riferimento allo scopo cercato, l'altro con riferimento ai motivi» (M.E. Mayer).

tempo valutando negativamente gli atti che attentano contro di essi. Ma il Diritto, oltre a giudicare la condotta umana, intende promuovere gli atti che si adattano alle sue esigenze ed impedire quelli che vi si oppongono. Le norme delle quali parliamo sono anche imperativi, vale a dire, ordini o proibizioni che mirano a determinare la volontà, da cui il nome di norme di determinazione. Per il resto, questo aspetto delle norme giuridiche è un corollario necessario della qualità di persona, da intendersi come soggetto e non oggetto, propria dell'uomo, un riconoscimento elementare della sua capacità di scegliere, di agire e motivarsi in base alle aspettative della comunità<sup>7</sup>. E questo aspetto è intimamente connesso alla seconda esigenza racchiusa nella personalità del Diritto: la sua alterità. Alterità significa intersoggettività, significa che il Diritto disciplina la condotta dell'uomo di fronte agli altri uomini, non di fronte a se stesso, essendo quest'ultimo terreno proprio ed esclusivo della morale (ad esempio, il suicidio o l'autolesione).

Inoltre, il Diritto è un ordinamento autarchico. Quest'elemento si esprime nell'idea che il Diritto sottrae le sue valutazioni e i suoi imperativi alla volontà degli individui. Preme qui sottolineare che l'autarchia, nella quale non è l'acquiescenza dei soggetti vincolati ciò che determina l'obbligatorietà del vincolo, non è sinonimo di eteronomia, né denota arbitrarietà. Un obbligo eteronomo, generato da una volontà aliena al sedicente destinatario dell'obbligazione, costituisce una contraddizione in termini, poiché un volere inesorabile come l'ordine di un ladro o di un tiranno è pura compulsione e non genera alcun dovere. Inoltre, caratteristica dei dettami del potere arbitrario è che il loro autore nutre l'intenzione di non sottostarvi egli stesso. In altri termini, essi «proclamano una volontà vincolante che il titolare del potere osserverà

---

<sup>7</sup> Il fatto che la norma adempia ad una funzione determinativa (o di comportamento, come talvolta si dice) non implica però che il nucleo dell'antigiuridicità risieda nella risoluzione volitiva, con la conseguente insubordinazione o disobbedienza al comando giuridico, come correttamente osserva García-Pablos. Seguendo questa via, anziché riconoscere la primazia della persona umana, si incorre nel rischio di confondere Diritto e morale, e di trasformare l'apparato giuridico-statale in un fine in sé.

*si voluerit*» (Stammler). L'arbitrarietà, tipica dello Stato di polizia<sup>8</sup>, è l'esatta contropartita delle norme giuridiche. Citando di nuovo Stammler, il Diritto è un assetto permanente della vita in comunità, e non può disporre di nuove discipline alla mercé delle velleità di chi occupa il potere, perché costui è il primo ad essere vincolato da tale assetto, essendo quest'ultimo autarchico, «inviolabile».

Infine, l'autarchia è completata dalla capacità coercitiva del Diritto, dalla possibilità legittima – l'unica legittima – di far ricorso all'uso della forza socialmente organizzata per ottenere l'osservanza delle norme giuridiche ed eventualmente imporre le sanzioni con le quali si cerca di ristabilire l'equilibrio spezzato dalle condotte trasgressive.

Orbene, compito della Filosofia del Diritto è fissare il suo concetto, certo, ma lo è pure tracciare le suddivisioni o branche, le declinazioni di questo oggetto gnoseologico. Purtroppo, non vi è consenso neppure a tal riguardo. Anzi, attualmente, e ormai da decenni, assistiamo ad una crescente e sostenuta proliferazione di branche del Diritto, abbondanza fondata su criteri arbitrari come la qualità dei soggetti che intervengono nelle relazioni giuridiche, la loro complessità o il carattere frondoso e intricato della loro disciplina. In realtà, l'unico fondamento della individuazione di un'area differenziata dell'ordinamento deve essere oggettivo. Come spiega Rivacoba, questo fondamento è la materia disciplinata dalle norme, materia che a sua volta è condizionata da un plesso di relazioni di carattere omogeneo, intendendo con ciò che tali norme individuano con precisione un determinato ambito della vita sociale. Il Diritto penale gode di questa separatezza, anche se solo nei confronti di altre branche del Diritto parimenti indiscusse, come il Diritto civile e costituzionale, dato che nel corso del ventesimo secolo si è cercato di separarlo o differenziarlo rispetto ai cosiddetti Diritti penali speciali.

Giunto il momento di tratteggiarne la *definizione*, si capisce che il concetto adottato cercherà di esplicitare le note essenziali che integrano il Diritto penale, note che permettono di delimitarlo rispetto ad altri concetti. Ogni definizione è una forma di esclusione, mediante la quale

---

<sup>8</sup> «Stato di polizia è quello che si regge sulle decisioni di chi è al governo», e nel quale «la sottomissione alla legge è sinonimo di obbedienza al governo», non alle regole prestabilite (Zaffaroni).



il concetto si chiude in se stesso e si difende dagli altri<sup>9</sup>. In compenso, però, la definizione ci manifesta il contenuto del concetto oggetto di definizione, gli elementi che lo compongono e senza i quali non potrebbe essere ciò che è. La definizione del Diritto penale, dunque, deve essere un giudizio determinativo, secondo la nomenclatura kantiana, un giudizio analitico *a priori*. Il vero problema è che ogni definizione risponderà ad una determinata concezione dell'oggetto definito, a dei modi particolari di considerarlo. Per questo non deve stupire che le definizioni del Diritto penale siano così numerose da avvertire la necessità di classificarle.

Vi sono così definizioni soggettive ed oggettive. Le prime si riferiscono ad un diritto soggettivo, come propone Emilio Brusa, che, dopo aver indicato che il Diritto penale in senso soggettivo è *ius puniendi*, e che punire è propriamente un atto della potestà esterna umana<sup>10</sup>, aggiunge che esso, per la Filosofia del Diritto, è «l'insieme dei principi razionali che giustificano il potere punitivo e determinano i modi e i limiti entro i quali deve essere esercitato». Sebbene Brusa presenti la definizione come se rispondesse all'aspetto oggettivo del termine, in realtà il suo nucleo poggia sulla giustificazione del potere di punire, ed essa è quindi soggettiva o tutt'al più mista<sup>11</sup>. D'altra parte, le definizioni oggettive concepiscono il Diritto penale come un complesso di prescrizioni che disciplinano il reato, la pena e, secondo alcuni, anche altre conseguenze giuridiche associate alla commissione del reato. Celebre capostipite di una famiglia di analoghe definizioni fu quella di Franz von Liszt: il Diritto penale è l'«insieme delle regole giuridiche fissate dallo Stato, che associano il reato, come fatto, alla pena come legittima conseguenza». Le definizioni oggettive sono anche formali o descritti-

---

<sup>9</sup> «Il prodotto principale che mostra il concetto – commenta Radbruch, un po' esageratamente – non è quello di “comprendere”, cioè cingere un contenuto determinato di pensieri, bensì “delimitare”, come un muro di difesa con cui il concetto si chiude verso l'esterno contro altri contenuti della mente. Insomma, il pensiero concettuale della tradizione è un pensiero “disgiuntivo” che disgrega e distrugge le totalità della vita».

<sup>10</sup> Insomma, un atto di potere o di forza, o politico, come preferisce chiamarlo Zafaroni, richiamando Tobias Barreto.

<sup>11</sup> Oggettiva è invece la sua definizione positiva o dogmatica del Diritto penale: «complesso di regole giuridiche vigenti in relazione a reati e pene».

ve, poiché tentano di evidenziare gli elementi fondamentali del concetto: reato, pena e, secondo certi autori, misure di sicurezza. Al contrario, sono chiamate definizioni materiali o sostanziali quelle che si concentrano su determinati valori ed oggetti che il Diritto penale proteggerebbe. Quindi, «il Diritto penale è un settore dell'ordinamento giuridico cui [...] spetta il compito di proteggere i beni vitali fondamentali dell'individuo e della comunità» (Cerezo Mir), oppure

l'insieme di norme giuridiche che proteggono i valori fondamentali della vita comunitaria, attribuendo ad un potere transpersonalista superiore la facoltà di esigere che gli individui si comportino in consonanza con le norme e di imporre pene e misure di sicurezza a coloro che attentino contro quei valori (Sáinz Cantero).

A questo punto occorre chiarire due aspetti. Tradizionalmente, la rubrica «Diritto penale» si adopera indistintamente nel duplice significato di complesso di norme che costituiscono l'ordinamento punitivo e di scienza che si occupa della conoscenza sistematica di quest'ordinamento. Tuttavia, l'ambivalenza terminologica, trasposta alle definizioni, può ridurre l'oggetto di questa scienza, assoggettandolo alla legislazione punitiva, e può inoltre confondere tale ordinamento con il potere di imporre reati e pene<sup>12</sup>. Questa circostanza suggerisce di separare nitidamente le due nozioni – indipendentemente dal fatto che la definizione della scienza penale debba basarsi sul suo oggetto e con esso coincidere – e, d'altra parte, di tenere presente che questo oggetto deve includere il diritto di punire. Quest'ultimo, infatti, svincolato dalle norme che gli conferiscono dignità, non è più diritto, bensì un puro potere o un atto di violenza di alcune persone ai danni di altre<sup>13</sup>. In secon-

---

<sup>12</sup> Nel caso in cui si concepisca la legislazione in materia come un puro atto del potere politico (Zaffaroni). Si tratta tuttavia di una visione parziale del tema, come si spiega *infra*.

<sup>13</sup> «Di un *Diritto penale pubblico* in senso soggettivo si può parlare soltanto con il presupposto che il *potere* dello Stato di punire, potere illimitato in sé, abbia stabilito con prudenza, limitandosi a sé stesso, il *presupposto* ed il *contenuto* del suo operare (il reato e la pena)». Questa frase di von Liszt dimostra l'impossibilità di dissociare soggettivo e oggettivo nella nostra disciplina, la natura giuridica dello *ius puniendi* nel

do luogo, si noti che le definizioni valutative o materiali peccano di eccesso e di imprecisione. Le disposizioni giuridico-penali concernono oggetti valutati, ma non sono le uniche né le principali, dato che la costituzione di beni giuridici riguarda l'intero ordinamento, a cominciare dal Diritto politico e costituzionale. Parimenti, nessuna regola giuridica, penale o no, tratta di valori fondamentali la cui posizione non è il concetto di Diritto positivo o le sue divisioni, bensì l'idea di Diritto, allo stesso modo di come lo studio dei suoi valori assoluti appartiene alla giusfilosofia, non alla Dogmatica giuridica.

Sembra dunque opportuno accontentarci di una comprensione descrittiva, a condizione che gli elementi del Diritto penale comprendano le regole relative alla potestà del suo esercizio. Lo definiamo allora come *il settore dell'ordinamento giuridico formato da un insieme di disposizioni che disciplinano l'esercizio del potere punitivo dello Stato o della comunità di Stati, stabilendo il concetto di reato, nonché la responsabilità del soggetto attivo, come presupposto dell'azione statale o sovrastatale, ed associando una pena all'infrazione della norma.*

Seppure ispirata a Jiménez de Asúa, la nostra definizione differisce da quella del penalista madrileno in vari punti. Innanzitutto, il Diritto penale è formato da disposizioni o regole giuridiche, proposizioni in senso logico inserite in una o più leggi punitive, non da norme, espressione che utilizziamo nell'accezione loro assegnata da Binding e Mayer, anziché nel significato generale di norma giuridica. Anche se questo tema cruciale sarà sviluppato spiegandone la natura, anticipiamo che i comandi e le proibizioni non sono creati dal Diritto penale, il quale non dispone neppure di beni giuridici propri, pur dovendo tenerli sempre in considerazione. Senza beni giuridici, infatti, le leggi penali non avrebbero ragion d'essere, fluttuerebbero nello spazio ideale prive di riferimento, contenuto e giustificazione. Per questo sottolineiamo che simili proposizioni associano pene all'infrazione di una norma, o più precisamente, norme di cultura create dalla comunità nazionale o da quella internazionale e riconosciute dallo Stato o dalla società cosmo-

---

momento in cui il potere penale è adeguatamente regolato da esso, nonché l'errore di immaginarlo a partire da quel momento come un semplice fatto politico.

polita. E non a qualsiasi infrazione, ma solo a quelle costitutive di reato<sup>14</sup>.

Il reato, che unitamente alla pena è elemento fondamentale del Diritto penale, appare nella definizione come presupposto dell'esercizio del potere punitivo, posto che l'aspetto soggettivo di quest'ultimo, la potestà o il diritto di esercitarlo, non è estraneo all'aspetto oggettivo, ma è regolato da esso e in un certo senso forma un tutt'uno con esso. Ne è prova il fatto che anche gli ordinamenti più rudimentali richiedono la pre-esistenza di un reato, o il sospetto che esso sia stato commesso, perché possa intervenire la pretesa punitiva, l'azione penale<sup>15</sup>. Inoltre, a quest'area del Diritto spetta stabilire le condizioni della responsabilità del soggetto attivo del reato, responsabilità espressa nella pena. Solo in essa, poiché il reato, come atto antiggiuridico e colpevole, se indubbiamente può dare origine ad altre conseguenze giuridiche (costituzionali, civili, giuslavoristiche, ecc.), non deve per questo confondere le proprie sanzioni con sanzioni che gli sono estranee e che rispondono a regole differenti di imputazione e irrogazione. Ecco perché escludiamo dalla nostra concezione le misure di sicurezza: primo, perché il loro fondamento non è il reato, ma la pericolosità, e secondo, perché per secoli è esistito il Diritto penale senza tali famose misure e senza il criticabile titolo di soggetti pericolosi.

Infine, la titolarità del potere il cui esercizio è regolato dal Diritto penale spetta allo Stato o alla comunità di Stati, quella che Kant chiamò

---

<sup>14</sup> È opportuno avvertire che parlare del reato come di una infrazione di norme fraintende il suo vero oggetto, errore nel quale è incorsa una radicata tendenza idealista che risale ai penalisti hegeliani del XIX secolo, passa per Binding e giunge fino ai giorni nostri con Armin Kaufmann, Jakobs e altri. In realtà, una norma non può essere contraddetta da una condotta umana, ma solamente da un'altra norma, fenomeno che la Filosofia del Diritto chiama «antinomia». Il reato lede beni giuridici. Tuttavia, poiché tutti i beni giuridici sono il prodotto di una valutazione normativa, ci sembra adeguato includere le norme nella nostra definizione del Diritto penale.

<sup>15</sup> Dovrebbe essere chiaro pertanto che un'azione penale posta in essere senza neppure un'apparenza del fatto che si è realizzata un'azione punibile e che in realtà tende ad altre condotte o persone, rientra pienamente nel terreno dell'arbitrarietà, la radicale negazione del concetto di Diritto.

società delle nazioni, oggi portatrice del Diritto internazionale penale<sup>16</sup>. Va da sé che questo segmento della definizione è unito alla natura pubblica della nostra disciplina, in cui prevale il principio di comunità sul principio di personalità, come si spiega in seguito.

## 2. Caratteri e natura

Chiamiamo caratteri di un oggetto quei tratti che lo distinguono da altri oggetti, profilandone la specificità o, almeno, l'appartenenza ad un certo genere.

Nel Diritto penale occorre tener presente che questa operazione cerca di differenziarlo *in abstracto* all'interno dell'Enciclopedia giuridica – la visione delle varie branche del Diritto –, perciò a prescindere dalla sua configurazione in un determinato momento storico. Al contrario, non poche caratteristiche che i penalisti assegnano al Diritto penale in generale sono in realtà applicabili solamente agli Stati contemporanei, e nemmeno a tutti gli ordinamenti punitivi del pianeta, e in nessun caso al Diritto penale delle società del passato.

Ad esempio, il suo carattere frammentario (Binding), il fatto che il Diritto penale costituisca un sistema discontinuo di illeciti (Soler), è un tratto solamente del Diritto penale della nostra epoca e dei paesi retti dalla tipicità dei reati e dalla legalità delle sanzioni. Parimenti, costituisce un'inesattezza attribuirgli una caratteristica personalistica, dato che personale è la responsabilità penale per gli ordinamenti che si ispirano all'Illuminismo settecentesco, specialmente alle idee di Robespierre nella sua critica della trascendenza e nella sua apologia del carattere personale delle pene. Personalità significa che la pena presuppone la

---

<sup>16</sup> Società che, «tuttavia, non dovrebbe essere uno Stato di nazioni», dice Kant, al fine di salvaguardare l'eguaglianza dei suoi membri. L'idea è assolutamente esatta, dato che una delle cause del ritardo del Diritto internazionale nell'emergere come ordinamento giuridico è il fatto che la comunità internazionale è un rapporto giuridico, anziché un soggetto di Diritto. Questo spiega, ad esempio, le debolezze quanto alla competenza della Corte Penale Internazionale, istituita nel 1998 dallo Statuto di Roma, ed il potere unilaterale che su di essa esercita un organo così poco ispirato all'eguaglianza e alla bilateralità quale è il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.

colpevolezza del soggetto attivo del reato, che non può essere trasmessa giuridicamente ad altre persone, e che il dovere di eseguirla si estingue con la morte del colpevole. Tuttavia, per secoli il Diritto penale è esistito senza nessuna di queste tre conseguenze del principio di personalità, e persino ordinamenti attuali che si proclamano personalistici continuano ad ammettere eccezioni che smentiscono questa caratterizzazione, come la *strict liability* o la responsabilità oggettiva, quella basata sulle *actiones liberae in causa* e i reati aggravati dall'evento. D'altra parte, ritornando al piano logico-astratto, nemmeno l'affermazione per cui il Diritto penale avrebbe carattere valutativo riesce nell'impresa di differenziarlo dagli altri settori del Diritto. In realtà, l'orientamento secondo fini valutativi informa il concetto di Diritto e ciascuna delle sue declinazioni a tal punto che se ve ne fosse qualcuna priva di valutazioni, vi sarebbero buoni motivi per negarne il carattere giuridico.

Esistono due caratteri indiscutibili ed indipendenti da qualsiasi variabile storica che consentono di valorizzare il Diritto penale nel suo genere e nella sua peculiarità.

Il primo lo contraddistingue come categoria all'interno del più ampio genere del Diritto positivo. Il Diritto penale, a prescindere che sia esercitato dallo Stato o da una comunità di Stati, appartiene al Diritto pubblico. Tale qualità permane sia adottando uno sguardo retrospettivo, sia avendo riguardo alla realtà attuale. Vero è che ancora nel XIX secolo vi era chi pensava che il Diritto penale fosse privato, dato che i reati sono frutto di azioni dei privati. Furono adottati anche argomenti storici, come il sistema di composizione dei popoli germanici durante l'Alto Medioevo e i delitti privati del Diritto romano. Orbene, mentre la prima interpretazione sottace il fatto che il rapporto giuridico-penale emerge solamente quando è stato commesso un reato, e che dopo tale momento non ha come soggetti due individui privati, bensì il reo e lo Stato, il secondo ignora che gli antichi *delicta privata* non compaiono nell'ordine pubblico dei giudizi, ma appunto nel Diritto civile<sup>17</sup>. Anzi, in tempi an-

---

<sup>17</sup> Dobbiamo questa dimostrazione a Jhering. L'elemento punitivo fu predominante nel Diritto civile romano fino all'epoca classica e, d'altra parte, in tutto il trascorso storico del Diritto romano esistettero reati e pene privati. Tutto ciò dipende dal fatto che all'origine di qualsiasi ordinamento l'elemento penale impregna i rapporti giuridici, caratteristica questa che Jhering collegò alla sete di vendetta. Il sistema germanico di

cora remoti, quando l'autorità sociale organizzata non esisteva o era assai elementare ed il capo della famiglia o della tribù era incaricato di punire le infrazioni commesse in seno ad essa, lo faceva nell'esercizio di una autorità politica e, quindi, pubblica<sup>18</sup>.

Ma nella metafisica giuridica sembra indubbio soprattutto che il Diritto penale rientri nel Diritto pubblico. Quale che sia il punto di vista adottato per fondare questa divisione dell'ordinamento, il risultato è la natura pubblicistica della disciplina dei reati e delle pene. Innanzitutto, questa si occupa di interessi collettivi. Persino i beni personali degli individui, come la loro vita, libertà e onore, rientrano nella sfera penale solamente nella misura in cui la loro lesione costituisca un interesse generale<sup>19</sup>. Ciò spiega il regolare carattere pubblico dell'azione penale, l'obbligatorietà del suo esercizio per il Pubblico Ministero e finanche la presenza di reati perseguibili a querela di parte, con i quali il Diritto penale cerca di non generare un danno ulteriore alla persona offesa a causa della sua esposizione all'angoscia del processo, e per tal motivo preferisce l'interesse (pubblico) a prendere in considerazione le decisioni della stessa persona. Inoltre, il Diritto penale regola uno speciale rapporto giuridico tra l'individuo e lo Stato, soggetti che occupano posizioni non coordinate o equiparate, ma subordinate. «Non esiste un rapporto di sovranità o sottomissione più nitido di quello in base a cui lo Stato sottopone coercitivamente l'individuo ad una pena» (Maurach).

---

composizioni, cui si ispirarono anche i fori spagnoli precedenti alla Ricezione, era anch'esso Diritto privato, come si può dedurre, rispettivamente, dagli studi di Achter e Hinojosa.

<sup>18</sup> Contrariamente all'opinione degli autori della dottissima Enciclopedia Pauly dell'Antichità (*Realencyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft*). Giustamente Bettiol afferma che al soggetto privato non appartiene la punizione come tale, ma la vendetta, «attività emozionale e disordinata, negazione del concetto (per quanto embrionale) di sanzione».

<sup>19</sup> Interesse che scompare o, se si guarda allo stato attuale delle legislazioni, dovrebbe essere scartato quando rileva il consenso dell'interessato. In tal caso neppure vi sarà offesa né, quindi, un interesse pubblico, posto che «è impossibile offendere qualcuno che non voglia accettare l'offesa» (Schlegel). In Diritto penale prevale il principio di comunità sul principio della personalità, come abbiamo accennato, ma affinché la comunità realizzi i propri fini, che hanno sempre carattere strumentale, è indispensabile «che protegga e faccia rispettare la persona» (Federico de Castro).

Le domande che emergono oggi intorno alla discrezionalità od opportunità dell'esercizio dell'azione penale pubblica, la «giustizia negoziata» tra le parti processuali, così come i meccanismi di conciliazione e riparazione tra vittima e carnefice, non rappresentano una vera confutazione del carattere pubblico di cui stiamo discutendo. Ma per comprendere questo dobbiamo esaminare il secondo tratto del Diritto penale, ciò che lo distingue definitivamente, come sua differenza specifica, nell'albero giuridico.

A differenza di tutte le altre branche del Diritto, il Diritto penale è attuabile solo per via giurisdizionale. Non può essere esperito da privati, né da funzionari non giudiziali, ma soltanto all'interno di un processo e da parte degli organi del Potere giudiziario dello Stato o della comunità internazionale competenti a seconda dei casi. Ricardo Núñez individuò questo tratto nel 1959, quando affermò che il Diritto penale è attuabile solo per via giurisdizionale. L'idea era corretta, ma non del tutto esatta. Il dato autentico dei tribunali è l'esercizio della giurisdizione, lo *ius dicere*, la dichiarazione coercitiva del Diritto applicabile ad un caso concreto particolare, sebbene essi realizzino anche attività non giurisdizionali che diventano giudiziali proprio perché da essi svolte. Il Diritto penale, dal canto suo, può essere applicato solamente in un processo, una volta instaurato un conflitto tra le parti, un contraddittorio che deve risolvere il giudice esercitando la sua giurisdizione.

Da tale caratteristica derivano alcune conseguenze. La consuetudine non può essere fonte incriminatrice, né può quindi creare reati o pene<sup>20</sup>. Inoltre, si spiegano così gli intimi rapporti del Diritto penale con il processo, l'inerenza del primo al secondo. Per poter prendere forma nella vita individuale e sociale, il Diritto penale necessita il processo penale, così come l'uomo necessita l'aria che respira, idea giocosamente espressa da Beling nel dire che i delinquenti potrebbero rallegrarsi se ci fossero solo disposizioni penali per sanzionare i loro reati, ma non norme

---

<sup>20</sup> Cosa che non osta alla rilevanza della consuetudine nel suo ruolo di fonte di cause di esclusione della responsabilità penale, come l'esercizio legittimo di alcuni diritti, e di istituti propri di altri settori dell'ordinamento nei quali essa ha capacità di generare norme giuridiche.



processuali<sup>21</sup>. Ora, nonostante lo stretto rapporto tra di essi, non si deve dimenticare il carattere strumentale del processo, che è il mezzo per rendere effettivo lo *ius poenale*, al pari della precedenza logica di quest'ultimo rispetto al primo, che «è logicamente secondario e non può essere immaginato senza il Diritto penale» (Beling). Questo legame logico trae con sé un'ulteriore ripercussione, vale a dire, che i principi che reggono il processo penale devono essere congruenti con quelli del Diritto penale «sostanziale». Quindi, nemmeno nei casi di sottoposizione volontaria e spontanea del reo alla pena, per ammissione dei fatti o perché vi sono prove contro di lui, consentita nei procedimenti per contravvenzioni e reati minori di alcuni paesi, si può sostenere che un privato realizza o applica il Diritto penale. Anzi, in questo modo sarà possibile evitare alcune formalità, finanche il processo propriamente detto, ma in nessun modo scompare la necessità di una decisione giudiziale nel processo. «In ogni caso, la pronuncia sulla situazione creata rispetto all'esistenza del reato, alla responsabilità e alla sanzione dell'autore, dovrà promanare da un organo pubblico, fosse anche solo per dichiarare che il fatto non è perseguibile» (Núñez), o che la responsabilità si è estinta per effetto della sospensione del procedimento o di un accordo tra persona offesa e responsabile dell'offesa.

Insomma, la natura giurisdizionale si erge come ultimo bastione a preservare l'essenza pubblica del Diritto penale di fronte ai moderni moti privatizzanti. Nella misura in cui la discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale e gli accordi tra Pubblico Ministero e reo, o tra quest'ultimo e la vittima del reato, richiedono un procedimento giudiziario che li autorizzi, queste incrostazioni amministrative o privatistiche fanno parte del Diritto penale<sup>22</sup>. E poiché la pronuncia sull'oggetto di una controversia può tranquillamente essere resa da un tribunale non statale, laddove si riconosca la giurisdizione indigena (come già accade in vari paesi americani: Bolivia, Canada, Ecuador, Honduras, etc.) anche il Diritto applicato dalla giustizia tribale sarà punitivo.

---

<sup>21</sup> A quest'idea segue la metafora secondo cui «il Diritto penale non tocca al delinquente neppure un capello sugli abiti; glielo tocca il Diritto processuale penale».

<sup>22</sup> Senza che per questo motivo si ignorino le insidie che la giustizia negoziale tende alla proporzionalità delle pene, alle garanzie del processo e all'eguaglianza delle persone dinanzi alla legge.

La natura del Diritto penale si collega al suo carattere, dato che nella posizione che gli spetta nell'ordinamento giuridico nel suo complesso e in ciò che esso rappresenta rispetto alle altre branche del Diritto già si prefigura la sua indole.

Si contendono questo problema due visioni antagonistiche che, in fondo, fanno intravedere concezioni opposte e inconciliabili sull'antigiuridicità come concetto giuridico fondamentale. La prima afferma la natura costitutiva e il conseguente carattere primario del Diritto penale. Ciò significa che esso convertirebbe alcuni oggetti in beni giuridici e, parallelamente, gli attacchi contro di essi in illeciti. La seconda visione sostiene che il Diritto penale possiede natura di garanzia – meramente di garanzia o di sanzione ulteriore, come pure si dice<sup>23</sup> – e di conseguenza carattere secondario, giacché non può autonomamente creare beni giuridici, e giacché neppure l'offesa ai danni di questi ultimi costituisce un'antigiuridicità propria, un illecito penale. Al contrario, il Diritto penale si limita a rafforzare la protezione che altre porzioni del Diritto, quelle veramente costitutive, assegnano a quei beni. Tale rafforzamento avviene mediante la sanzione pubblica più grave di cui dispone l'ordinamento, vale a dire, la pena.

Questa vecchia discussione racchiude un problema giusfilosofico di enorme portata e carico di importantissime implicazioni scientifiche. Anche se ce ne occuperemo più avanti, in un capitolo successivo, basti osservare per ora che Adolf Merkel dimostrò nel 1867 la caratteristica unica dell'antigiuridicità all'interno dell'ordinamento: che l'antigiuridicità non significa contraddizione con una norma o con un fascio di norme, bensì con l'insieme unitario e complessivo nel quale esse sono inserite. In tal modo, se l'illiceità di un atto deriva dalla sua contrarietà rispetto a tutto l'ordinamento giuridico, non può esistere un'antigiuridicità specifica e parziale, civile, penale o qualsiasi essa sia<sup>24</sup>. Al contrario,

---

<sup>23</sup> Perché qualsiasi Diritto protegge, e la sanzione appartiene a tutto il Diritto, ma la funzione del Diritto penale è nient'altro che proteggere i beni giuridici eretti a tali da altre aree giuridiche, assegnando la propria specifica sanzione, più drastica di quelle esistenti in tali altre aree.

<sup>24</sup> «Non si tratta di un'antigiuridicità contro il Diritto penale», né di un'antigiuridicità che sia tale *solamente* per il Diritto *penale* e non per l'ordinamento giuridico in generale», commenterà Beling alcuni decenni dopo.

se si dichiara che il Diritto penale rende antigiuridiche le condotte cui si riferiscono le sue disposizioni o alcune di esse, esisterebbe in tal caso un'antigiuridicità penale speciale, dotata di sfumature particolari, diversa da quella esistente in via generale nell'ordinamento, ed esisterebbero dei «beni giuridico-penali». In tal modo, un atto potrebbe essere penalmente antigiuridico ma conforme ad altri Diritti e, viceversa, potrebbe contravvenire a questi ultimi ma essere giustificato ai sensi del Diritto penale. Questa soluzione è differente da quella raggiunta dall'altra posizione summenzionata, ai sensi della quale l'unità dell'illecito implica la possibilità che l'atto antigiuridico produca effetti solamente civili, politici o amministrativi ed eventualmente anche penali.

La definizione del Diritto penale come ordinamento solamente di garanzia risale ad Hobbes, Pufendorf e Bentham<sup>25</sup>, ma fu Rousseau a darle la forma più conosciuta, nel passaggio della sua opera in cui traccia il vincolo tra la disobbedienza alle leggi e la sanzione, laddove afferma che le leggi che la stabiliscono, «in fondo, non sono altro che la sanzione di tutte le altre». Come gli rispose Carrara un secolo più tardi, «con questa formula si riduce il compito del Diritto criminale alla sola sanzione, senza considerare la proibizione, che pure ne costituisce parte integrante». Venne in tal modo inaugurata questa fondamentale e decisiva diatriba, dalla quale dipendono la concezione del Diritto penale e i suoi rapporti con le rimanenti branche dell'ordinamento giuridico.

La natura di garanzia del Diritto penale può essere spiegata da tre prospettive differenti. Primo, sulla base della teoria delle norme di Binding, posto che secondo essa le norme, vale a dire, gli imperativi o divieti che ordinano o proibiscono una condotta per evitare che vengano lesi determinati beni meritevoli di protezione giuridica, non appartengono al Diritto penale. Neppure il delinquente viola la legge punitiva – che questa teoria concepisce come una «proposizione giuridica secondo cui da una determinata infrazione sorge un diritto o un dovere di imporre una pena oppure no», proposizione che «consegue concettualmente al fatto antigiuridico» –; tutt'altro: egli adegua il proprio comportamento all'enunciato legale, dato che è colui che «uccide», «ruba», ecc. Ciò

---

<sup>25</sup> Che anticiparono di molto questo dibattito, il quale avrebbe poi acquisito rilevanza a partire dalla seconda metà del XIX secolo, come ricorda Cattaneo citando direttamente i suoi principali protagonisti.

che il reo viola è la norma, il mandato incondizionato che determina cosa è antigiuridico, mandato che «non è mai componente della legge penale né una proposizione del Diritto penale», che è privo di precetti<sup>26</sup>. In modo simile si espresse M.E. Mayer, che però si allontana dalla teoria suddetta perché secondo lui le norme che determinano ciò che è antigiuridico sono norme di cultura, non giuridiche, generate dalla comunità e non dallo Stato. Di conseguenza, il fondamento del Diritto avviene dal basso verso l'alto e non viceversa, come accade nella teoria di Binding<sup>27</sup>.

Un'altra via, più formalista e derivante dal pensiero kelseniano, fu percorsa da Grispieni. A differenza di Binding, il giurista italiano pensava che il Diritto penale non è privo di precetti, ma semplicemente che «tutti i precetti primari del Diritto penale sono già espressamente o implicitamente contenuti nei precetti di altre norme giuridiche», di Diritto pubblico o privato, cosicché le attività umane punite come reati sono parimenti vietate, in un momento logicamente anteriore, da qualche altro settore dell'ordinamento. Da ciò discende la sua idea che il Diritto penale abbia un carattere ulteriormente sanzionatorio e che la sua funzione specifica sia «rafforzare con la sanzione che gli è propria i precetti e le sanzioni di altre branche del Diritto»<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Le norme, che definiscono il contenuto dei precetti giuridici, possono essere legalmente formulate oppure no; in quest'ultimo caso, l'interprete le dovrà estrapolare dalle ipotesi fattuali delle leggi penali. E poiché secondo Binding esse pretendono tutte un diritto all'obbedienza da parte dei sudditi, ne consegue che appartengono al Diritto pubblico e mai a quello privato. Pare difficile conciliare questo modo di vedere, e allo stesso modo la considerazione della pena come un «diritto di sottomissione trasformato», con la posizione preminente dell'individuo di fronte all'entità statale. In simili diritti e doveri di sottomissione «si può avvertire un risvolto autoritario della concezione bindinghiana» (G. Fernández).

<sup>27</sup> Secondo Mayer, le norme di cultura «precedono dal punto di vista logico e cronologico il precetto penale» e «non è lo Stato, ma la cultura che rifiuta il comportamento antisociale a fondare l'antigiuridicità degli atti».

<sup>28</sup> Se ad un precetto punitivo venisse a mancare una norma extra-penale esplicita corrispondente, Grispieni fa presente che nei Codici civili esistono disposizioni che fungono da ricettacolo degli atti illeciti non specificamente formalizzati, con l'ordine di risarcire il danno colpevolmente causato ad altri.

Infine, dal punto di vista della metafisica giuridica si può considerare che la disciplina dei vari aspetti della vita relazionale richiede indubbiamente alle diverse branche del Diritto che ordinino la vita sociale mediante la creazione di beni che ogni comunità considera degni di protezione in ciascuno di questi ordini, e, di conseguenza, la determinazione dell'illiceità degli atti che li ledono. Qui non compare ancora il Diritto penale, e il suo intervento non avrebbe senso se alcuni di questi attacchi ai danni dei beni più importanti secondo le differenti branche dell'ordinamento non richiedessero quella protezione, più severa di quella che esse potrebbero assicurare, chiamata pena. La situazione del Diritto penale appare dunque secondaria rispetto a queste altre branche, dato che non crea beni giuridici né è fonte autonoma di antiggiuridicità.

In questo modo non solo si tutela l'unità dell'illecito nell'ordinamento e si ribadisce il carattere necessariamente sussidiario dell'intervento penale nella tutela dei beni giuridici, chiamato anche principio di *ultima ratio*<sup>29</sup>. Dalla funzione di garanzia del Diritto penale discende poi una miriade di conseguenze per la politica legislativa, le scienze criminali e l'intero sistema del Diritto penale. In primo luogo, si esclude la possibilità di concepire reati privi di un bene come oggetto di tutela. Se la tipicità di un atto indica o concretizza sempre ciò che è antiggiuridico, non essendo mai in grado di crearlo, si traccia un limite resistente agli eccessi del legislatore. Inoltre, in virtù del carattere secondario, le disposizioni che disciplinano l'esecuzione delle pene devono formare parte del Diritto penale, la cui autentica funzione si manifesta compiutamente proprio nell'esecuzione delle punizioni, rimanendo in tal modo escluse sia l'autonomia del Diritto penitenziario, sia la pretesa che lo studio sull'esecuzione costituisca un settore indipendente della Dogmatica penalistica<sup>30</sup>. In terzo luogo, l'indole di garanzia del Diritto penale permette di risolvere in seno alla Parte Generale quasi tutti i problemi dell'antigiuridicità e i motivi della sua esclusione (carattere dell'illecito, consenso dell'avente diritto, disponibilità dei beni giuridici, fonte e por-

---

<sup>29</sup> «In tal senso dunque, il carattere secondario o accessorio non è altro che un equivalente linguistico della sussidiarietà del Diritto penale» (Fiandaca e Musco).

<sup>30</sup> Per la concezione del Diritto penale costitutivo di beni giuridici, invece, «la mera minaccia penale nella legge deve proteggerli, mediante la funzione dissuasoria che esercita sull'insieme degli individui» (Rivacoba).

tata delle cause di giustificazione, ecc.) e, nell'ambito della Parte speciale, permette di costruire la classificazione dei reati. Ma soprattutto, l'interpretazione di quegli elementi tipici che rimandano a settori giuridici che hanno stabilito i concetti corrispondenti dovrà considerarli nel loro significato primigenio, «conservando, per quanto possibile, le loro caratteristiche originali» (Muñoz Conde).

Gli esempi portati dai sostenitori di un concetto di illiceità specificamente penale – punibilità del tentativo e di alcuni reati, quali l'omissione di soccorso e il maltrattamento di animali – non sembrano sufficientemente convincenti per dimostrarne la validità. Semplicemente, talvolta la legge assegna pene ad atti antigiuridici che sarebbero inadatti ad una sanzione di compensazione extra-penale: caratteristica, questa, che lascia impregiudicate misure civili, amministrative o processuali destinate ad impedirli<sup>31</sup> e che, più spesso, sottrae le condotte alle suddette sanzioni a causa della vastità del panorama degli illeciti colpevoli, affidandone la repressione al generico risarcimento danni.

Orbene, il carattere secondario del Diritto penale non implica affatto che esso sia carente di autonomia, né che sia il servile scudiero delle altre branche dell'ordinamento. Tutt'altro: esso è perfettamente indipendente nel determinare gli atti che costituiscono oggetto di disciplina (i reati), a condizione che essi siano di per sé antigiuridici, e nel fissare il proprio sistema di sanzioni (le pene). In entrambi i campi potrà poi creare concetti giuridici specificamente penali, come il dolo eventuale, la desistenza dal tentativo, ecc., semplicemente rispettando i concetti extra-penali presupposti dalle fattispecie penali<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Misure che Grispigni qualifica come sanzioni. In ogni caso, è giustissima la prova che egli propone, secondo cui tutte le norme giuridiche, nel tutelare un bene, lo proteggono sia dalla sua lesione, sia dalla sua esposizione ad un pericolo: la legittima difesa, cui aggiunge determinate interdizioni possessorie del Diritto privato, e, diremmo noi, le misure cautelari del processo civile e, in generale, l'attività di polizia volta ad impedire illeciti *in itinere*.

<sup>32</sup> Persino un sostenitore dell'autonomia del Diritto penale, Pulitanò, ammette che «non può introdurre soluzioni incompatibili con la disciplina extrapenale del settore di materie su cui interviene».

### *3. Rapporti nell'ordinamento giuridico*

Alla luce della sua natura di garanzia e della sua posizione secondaria, il Diritto penale si trova in un rapporto assai stretto con tutte le branche del Diritto, sia interno che esterno. Sono esse infatti che, per ordinare i vari aspetti della vita sociale, contemplanò oggetti meritevoli di protezione, assegnano loro tale protezione e li elevano così al rango di beni giuridici. Nel contempo, rendono anti-giuridici gli attacchi ai loro danni, alcuni dei quali, i più gravi o quelli contro i beni più essenziali, vengono incriminati e assoggettati ad una pena ad opera del Diritto punitivo. Tra questi rapporti risultano specialmente interessanti, vista la loro notevole importanza, quelli che lo legano al Diritto processuale e, come già si è detto, al Diritto politico.

Tuttavia, prima di immergerci in questi ultimi, è opportuno ritornare al fenomeno contemporaneo di disintegrazione delle tradizionali branche del Diritto positivo, della cui esistenza e materialità non si può dubitare, come conseguenza della separazione di intere parti del suo contenuto, per formare con esse branche nuove ed indipendenti dalla loro origine. Abbiamo già avuto occasione di denunciare come sia artificiale e infondata questa operazione, che ha compromesso anche il Diritto punitivo. Con queste fittizie frammentazioni, confrontate con settori consolidati dell'ordinamento giuridico, accade ciò che Hegel mostrò delle diverse forme dell'arte:

La ricerca filosofica deve limitarsi alle distinzioni fondamentali, sviluppare e rendere comprensibili le vere forme che corrispondono loro. In natura vi sono specie miste, anfibi, esseri in fase di trasformazione; anche nell'arte esistono generi misti, i quali possono essere ancora di nostro gusto e di pregio, ma non vi è nulla di veramente perfetto.

Questi esseri ibridi hanno investito il Diritto penale contemporaneo da vari lati, anche se i fenomeni principali sono l'avanzamento del Diritto amministrativo in campo penale e, viceversa, incursioni punitive nei domini amministrativi.

Il caso senza dubbio più importante è il Diritto penale amministrativo o contravvenzionale, che da alcuni sostenitori è concepito come un ordinamento nuovo, separato rispetto a quello penale e differente dal

Diritto amministrativo, mentre da altri è ascritto a quest'ultimo, seppure come un gradino intermedio – insomma, di transizione – tra il Diritto penale e quello disciplinare. James Goldschmidt, il suo teorico più influente, affermava all'inizio del XX secolo che il Diritto penale amministrativo nasce dalla potestà «penale» dell'Amministrazione, e che quindi in queste disposizioni,

per esigenze di benessere pubblico e statale affidato all'Amministrazione dello Stato, alla trasgressione di una disposizione amministrativa, concepita come condotta tipica, si collega, nel contesto dell'autorizzazione statale e nella forma di disposizioni legali, una sanzione in qualità di risposta amministrativa.

In tale problema confluiscono variabili storiche ed elementi incondizionati, sebbene entrambi ruotino intorno alla natura delle contravvenzioni, vale a dire, alla domanda se esse costituiscano reati, per quanto minori o veniali, oppure siano un *aliud*, qualcosa di qualitativamente differente, motivo per cui si trovano a richiedere una branca giuridica diversa da quella penale. Tale questione non poteva sorgere nel Diritto dell'*ancien régime*, nel quale non esisteva neppure una vera differenza tra giurisdizione ed Amministrazione. Ma con l'avvento del mondo liberale e l'irruzione del principio di legalità dei reati e delle pene, divenne una questione di primaria importanza separare i temi penali da quelli di polizia o di buon governo. Tutti gli sforzi teorici con i quali si cercò allora di distinguere le contravvenzioni dai delitti sono permeati di un'inconfessabile ispirazione giusnaturalista. Così ad esempio Feuerbach, secondo cui il delitto viola diritti dell'individuo o dello Stato, mentre le contravvenzioni costituiscono mere disobbedienze a leggi di polizia stabilite dallo Stato per proteggere in via mediata i propri fini; Carmignani, il quale affermò che, mentre i delitti ledono la sicurezza pubblica ed appartengono al Diritto penale, le contravvenzioni, che egli chiama «trasgressioni», sono di per sé indifferenti, e violano solamente le leggi che la società si dà per garantire il proprio benessere o la propria prosperità, e per tale motivo appartengono al Diritto penale di polizia o amministrativo; Carrara, nella cui opera traspare l'indifferenza etica dell'illecito di polizia, che riguarda solamente il magistero del buon governo; Mayer, che definì le contravvenzioni come culturalmen-



te indifferenti e, soprattutto, Goldschmidt, secondo cui il carattere speciale delle contravvenzioni risiede nel fatto che esse ledono l'attività statale di per sé, tesa al conseguimento del benessere sociale, cosa che trascende il piano individuale (quello degli uomini come individui, che commettono reati) e riguarda l'ordine amministrativo dello Stato.

Nessuna di queste concezioni, né quelle successivamente sviluppate, riesce a tracciare una distinzione ontologica tra delitti e contravvenzioni. Molte contravvenzioni, di fatto, sono degli autentici delitti in miniatura, e tra i delitti ve ne sono alcuni che ledono nulla più che il benessere pubblico o la prosperità generale, come quelli relativi alla guida di automobili, alla salute pubblica o all'ambiente. Non è esatto neppure ritenere che l'illecito di polizia sia culturalmente neutro o estraneo ai beni giuridici, poiché provoca un danno immediato agli individui oppure arreca pregiudizio al benessere collettivo, danneggiando così in via mediata le persone<sup>33</sup>. Queste semplici considerazioni sono sufficienti per rendersi conto che l'ansia di definire un Diritto penale amministrativo, mediante la separazione delle contravvenzioni rispetto ai principi e alle regole applicabili ai reati, non risponde affatto ad un'esigenza filosofico-giuridica, ma al risultato storico di una specifica decisione politica. La possibilità di configurare un simile Diritto dipende dal concetto di Stato cui aderisce ciascun Paese. Sostenerne l'esistenza sfocia nell'accrescimento della potestà di comando dell'Amministrazione, iniziativa che raggiunge il suo climax se la legge assegna a quest'ultima il compito di giudicare ed imporre pene alle contravvenzioni, con il conseguente crollo delle garanzie penali e processuali che discende dalla loro appartenenza al Diritto penale propriamente detto, e la cui applicazione è demandata al potere giudiziario. Per questo motivo in alcuni paesi, nei quali la crescita dell'attività amministrativa determinò non l'ipertrofia del Diritto penale, bensì lo sviluppo smisurato del potere di sanzione dell'Amministrazione, si registra oggi la tendenza op-

---

<sup>33</sup> Al punto che si è scritto che se una contravvenzione non lascia trasparire un qualche bene giuridico su cui lo Stato debba vegliare, si tratterà di un precetto arbitrario e inammissibile in uno Stato liberale (Roxin).

posta, di applicare alle contravvenzioni e alle sanzioni amministrative i medesimi principi che regolano i reati e le pene<sup>34</sup>.

Neppure il Diritto penale disciplinare gode di autonomia, trattandosi della potestà di cui è investita la Pubblica Amministrazione di imporre pene ai funzionari pubblici a causa dell'infrazione della disciplina amministrativa in cui venga in rilievo un rapporto gerarchico, per quanto nel Diritto penale precedente alla riforma illuminista molte sanzioni disciplinari fossero indiscutibilmente e formalmente punizioni<sup>35</sup>. Tuttavia, «l'esercizio della giurisdizione disciplinare è Amministrazione, quello della giurisdizione criminale è giustizia» (Mayer), e ciò colloca lo Stato in una posizione differente, di superiore nel primo caso e di giudice nel secondo. Nonostante tutto, a contrastare il residuo di giustizia patriarcale che tuttora presuppone questo segmento sanzionatorio del Diritto amministrativo, si consideri che l'illecito disciplinare dei funzionari non è una questione puramente interna all'entità statale, giacché dal suo corretto funzionamento dipende il buon servizio che essa deve rendere alla popolazione. Fintantoché l'infrazione disciplinare non si riverbera all'esterno dell'organismo pubblico e non provoca un danno immediato nel conglomerato sociale, la sua sanzione può regolarsi con regole proprie, con le garanzie indispensabili ad evitare che l'Amministrazione violi il principio di legalità con il pretesto di essere un datore di lavoro privilegiato<sup>36</sup>. D'altro canto, quando l'infrazione riguarda un bene di interesse generale diretto, come accade con la malversazione di fondi pubblici, essa può anche generare responsabilità penale. Al contenuto doppiamente antigiusdizionario corrisponde in tal caso un duplice ordine di sanzioni: disciplinari e penali.

---

<sup>34</sup> O almeno, alcuni di essi, come quelli di legalità, retroattività della legge favorevole, colpevolezza e il divieto di duplice valutazione, in altre parole, «l'applicazione del principio *ne bis in idem* in relazione alle sanzioni penali e amministrative», nel commentario di Cerezo Mir sul caso spagnolo.

<sup>35</sup> Ecco perché il Codice spagnolo del 1848 (art. 22) ordinava di non considerare pene le *correzioni* imposte dalle autorità superiori ai loro subordinati.

<sup>36</sup> Da cui deriva la necessità di avere a disposizione una lista esaustiva e precisa di infrazioni disciplinari, nonché un sistema differenziato di sanzioni, la più grave delle quali, la destituzione, con la sua conseguente inabilitazione del soggetto per quell'impiego o altri impieghi pubblici, debba essere imposta o almeno controllata da un tribunale di giustizia (Zaffaroni).

Sappiamo che l'esecuzione delle pene appartiene fondamentalmente al Diritto penale, non al processo né a un Diritto penale esecutivo o penitenziario. La pena acquista davvero senso nell'esecuzione, mai prima o al di fuori di essa, laddove neppure esiste una pena. Per tale motivo il Diritto penale, che definisce i reati e ne determina le punizioni, reclama per sé la disciplina del settore di rapporti giuridici che ne assicura il coronamento o completamento, ovvero, in altri termini, l'esecuzione della pena determinata e imposta dal giudice<sup>37</sup>. L'esecuzione racchiude ciascuna delle sue circostanze, incluse le sanzioni disciplinari imposte ad un detenuto, che richiederanno comunque il processo (dell'esecuzione) indispensabile alla loro applicazione giuridica. Nessun elemento ibrido, come la dipendenza amministrativa del Diritto penitenziario preconizzata dai sostenitori italiani della sua autonomia, può intervenire in questa sequenza.

Infine, la maggior parte dei presunti ordinamenti originali che alcuni autori concepiscono come derivanti dal Diritto penale, non sono nient'altro che ordinamenti punitivi speciali. Ciò significa che essi hanno la medesima natura del Diritto penale, ma che non sono codificati e che vengono disciplinati in leggi differenti, subordinate al Diritto comune. Tale è, in particolare, la situazione in cui versano il Diritto penale militare e il Diritto penale minorile, dato che chiaramente la funzione, l'età o il sesso del soggetto attivo non forniscono alcun fondamento per provare un ordinamento indipendente. La medesima conclusione si applicherebbe anche se quei rapporti giuridico-penali particolari fossero dotati di un proprio codice, poiché nemmeno il fatto puramente storico e di tecnica legislativa costituito dalla Codificazione è in grado di deter-

---

<sup>37</sup> Ciò che abbiamo appena spiegato non si oppone al significato giuridico-penale delle vicende della pena concreta commisurata nella sentenza. Queste occorrenze possono presentarsi come decisioni preliminari all'esecuzione, nella sentenza stessa, ad esempio sulla particolare modalità di esecuzione della pena, sulla sua sostituzione con un'altra, sulla sua sospensione condizionale, o semplicemente sulla sua remissione incondizionata o sulla rinuncia ad essa mediante il condono, la grazia o un altro meccanismo riconosciuto. Ma possono anche insorgere nel corso dell'esecuzione, nella forma della semilibertà, della libertà vigilata o della liberazione condizionale, della riduzione della detenzione grazie al comportamento in carcere o la sua sostituzione con una pena di diversa natura, ecc., e addirittura, una volta scontata la condanna, con la cancellazione dal casellario penale e delle inabilitazioni ad essa connesse.

minare una differenza ontologica. A tale riguardo l'unica eccezione è costituita dal Diritto internazionale penale, ma non perché i rapporti di cui si compone non siano più Diritto penale propriamente inteso, bensì perché appartiene all'ordinamento esterno, promana dalla comunità delle nazioni ed è appoggiato (o dovrebbe esserlo) da organizzazioni politiche sovrastatali.

#### *4. Dipendenza dal Diritto politico*

Con il Diritto politico, il Diritto penale intrattiene il vincolo più rilevante, tanto che nessun'altra area del Diritto esercita su di esso un'incidenza davvero paragonabile a questa. Tali rapporti manifestano perfino un'attestazione storica. Il Diritto dello Stato e quello penale costituivano in precedenza un solo campo. La successiva differenziazione del secondo, che intervenne a separarlo dal primo, non impedisce, neppure oggi, «che la trattazione di più di qualche problema del Diritto penale intenda ricordarci che essi, proprio in quanto problemi giuridico-penali, sono al tempo stesso problemi del Diritto dello Stato» (Freudenthal).

In questa sede preme analizzare la ragion d'essere di questi legami, le loro basi metafisiche, più che le modalità della loro manifestazione. Si noti in tal senso che essi collegano il Diritto penale con il Diritto politico, non con il Diritto costituzionale, né con la politica di per sé. Il Diritto costituzionale è solo una parte del Diritto politico, benché quella centrale<sup>38</sup>, essendo codificato per ragioni contingenti in una Costituzione. Il genere più ampio, invece, cioè il Diritto politico, designa il complesso di norme che organizzano la vita politica di un'unità sociale, norme di carattere fondamentale, poiché vi trovano la propria base giuridica e validità le altre branche dell'ordinamento. Se si rammenta che esistono paesi privi di Costituzione scritta, senza che per questo manchi loro un'organizzazione giuridico-politica, e che, al contrario, un paese

---

<sup>38</sup> Nelle Costituzioni recenti, specialmente in alcune iberoamericane, come quelle del Brasile (1988) e della Bolivia (2008), è anche la parte più estesa, sebbene contribuiscono a gonfiarla disposizioni non propriamente politiche, ma civili, giuslavoristiche, penali, ecc. È la manifestazione più visibile dell'odierna «costituzionalizzazione» del Diritto.

può aver codificato il proprio Diritto politico e purtuttavia non disporre di alcuna garanzia dei diritti individuali, ne emerge che ciò che veramente conta è attenersi alla realtà precettiva di quest'organizzazione, anziché limitarsi alla sua presentazione esterna, e, dietro di essa, addentrarsi nella «concezione che riflette o che le conferisce sostanza e la anima» (Rivacoba).

D'altra parte, il Diritto penale non coincide semplicemente con la politica. La frase di Bettiol – «il Diritto penale è una politica» – va intesa come egli stesso la spiegò, vale a dire, che senza la comprensione del momento e del mezzo politico in cui nasce ed agisce una legislazione penale, non è possibile neppure comprenderla nella sua portata e nel suo intimo valore. Spesso, comunque, l'interesse immediato dei partiti o la pressione delle circostanze contingenti prevalgono sulle ideologie, di modo che l'azione politica, nell'esercitare il suo compito di configurare il Diritto, può allontanarsi dal fondamento filosofico su cui poggia la corrispondente corrente di pensiero o ideologia del gruppo al governo. Questo spiega la mancanza di coerenza e le contraddizioni di una simile prassi, così come il carattere altalenante della legislazione penale emersa in tali condizioni.

La ragione profonda dell'influenza dell'ambito politico in quello penale non dipende tanto dal fatto che il Diritto politico crea beni giuridici, anche quelli di maggior rilevanza<sup>39</sup>, la cui tutela richiederebbe senza dubbio l'apparato corazzato che fornisce il Diritto penale. Il fatto è che il Diritto politico, nel tratteggiare e concretizzare una determinata concezione dell'uomo nelle sue relazioni con gli altri, traccia anche la struttura della società, delimita la situazione dell'individuo al suo interno e la possibile intensità dell'azione statale a tal riguardo, e condiziona la gerarchia dei beni giuridici. In altri termini, determina il tipo di organizzazione sociale che il Diritto penale deve proteggere, imprimendogli un orientamento ben preciso. Ma per giungere alle concezioni politiche su cui si fonda tale orientamento, occorre considerarne la provenienza a livello assiologico, e quindi, chiamare in causa un frammento dell'idea

---

<sup>39</sup> A cominciare dalla vita e libertà delle persone, che per lo stesso motivo compaiono all'inizio della Parte dogmatica delle Costituzioni. In materia di beni giuridici di portata politica, non è necessario pensare in primo luogo a quelli di cui è titolare lo Stato.

del Diritto<sup>40</sup>. Ogni ideologia, ogni programma, anche semplici fini politici, racchiudono in sé, in modo cosciente o no, una determinazione valutativa, un sistema assiologico.

I sistemi assiologici somigliano alle posizioni generali esistenti nell'Etica. Da una parte, vi è l'assolutismo valutativo. Dato caratteristico del valore assoluto è la sua validità universale, nata dal suo essere incondizionato e destinato ad una obbligatorietà senza limiti di spazio, tempo e destinatari. Il suo culmine è l'unità e l'oggettività dei valori. Al contrario, caratteristica del relativismo valutativo è la validità condizionata, nonostante che «il condizionamento può essere maggiore o minore, e la relatività, quindi, più o meno debole» (M.E. Mayer). Dato che qualsiasi valore relativo è culturale, il relativismo ci offre il panorama di una miriade di valori che pretendono validità allo stesso tempo, sebbene siano in parte compatibili e in parte contrapposti. Orbene, l'impossibilità di verificare scientificamente la verità delle varie concezioni assiologiche, dinanzi alle quali si può solamente assumere una decisione, non significa che il relativismo debba rinnegare ogni aspirazione assoluta, che debba convertirsi in scetticismo<sup>41</sup>. La possibilità stessa della coesistenza di concezioni differenti presuppone l'eguaglianza essenziale degli uomini e, di conseguenza, la tolleranza fra di loro. Ecco perché «il relativismo può tollerare qualsiasi opinione, tranne quella che afferma di essere assoluta» e si arroga il diritto di annullare le altre; «relativismo è tolleranza, in generale, tranne che rispetto all'intolleranza» (Radbruch). Preservando questa base inviolabile, il relativismo può inoltre albergare l'ambizione di ordinare i valori, separare quelli perituri e propri di una determinata epoca da quelli che costituiscono una costante di ogni tempo e luogo, nonché di individuare al vertice di questa gerarchia un valore supremo e incondizionato.

---

<sup>40</sup> Altri aspetti racchiusi nell'idea di Diritto, intesa come un valore puro, compariranno riguardo al più importante dei principi del Diritto penale (il principio di umanità) e al significato della pena, *infra*, capitoli V e VII, rispettivamente.

<sup>41</sup> «Contro il relativismo si fa valere un argomento basato sul fatto che se nulla è assolutamente vero, non lo è neppure il relativismo; ma questa obiezione è più azzeccata contro lo scetticismo», e in questo modo vi controbatte M.E. Mayer nella sua difesa del relativismo critico.

I sistemi assiologici che abbiamo ora abbozzato si riflettono in altrettante concezioni del Diritto con le corrispondenti ideologie correlate. Conclusione giuridica del relativismo è una concezione individualista, che pone il Diritto e lo Stato al servizio della persona. Manifesta la propria essenza nella figura del contratto e presuppone come idea del Diritto la certezza giuridica. L'assolutismo, dal canto suo, deriva in condizioni giuridiche superindividualistiche e transpersonali, che considerano come soggetto dei fini la collettività (lo Stato, la razza, la nazione, ecc.). La sua metafora sociale è un organismo nel quale il tutto non esiste a causa delle sue parti, ma le sue membra esistono grazie al tutto; la sua idea di Diritto è il potere.

Anche le ideologie politiche congruenti con queste concezioni giuridiche essenziali mostrano segni ben definiti. L'individualismo, nel contemplare il Diritto come rapporti tra persone, immagina lo Stato come il frutto di un contratto, affermando a tal riguardo non che gli Stati reali debbano aver avuto origine in esso, ma che lo Stato è tale solo se può essere concepito in ogni momento come il frutto di un accordo liberamente concluso tra i suoi membri, se si può considerare che ciascuna delle sue disposizioni giuridiche esiste nell'interesse degli individui. Ecco perché il liberalismo, prima che come ideologia – che è contemporanea – e considerato come tendenza fondamentale del pensiero politico (quella individualista), è stato sempre al servizio dell'umanità, lottando contro l'intolleranza e in favore dell'emancipazione del genere umano<sup>42</sup>.

In materia penale, la mentalità individualista reclama l'eguaglianza degli uomini dinnanzi alla legge, la legalità dei reati e delle pene, la riduzione dell'arbitrio giudiziale, il rispetto del foro interno e del diritto a manifestare liberamente le proprie idee e a dissentire da quelle altrui, la considerazione del reato come un attacco oggettivo contro beni di interesse generale, il carattere personale della responsabilità penale, la proporzione e l'umanità delle sanzioni, e il rifiuto di qualsiasi forma di strumentalizzazione degli indagati, imputati o condannati per fini che vanno al di là di essi. Questi caratteri generali si adattano al cosiddetto Diritto penale liberale, inteso però come un'astrazione analoga ai tipi

---

<sup>42</sup> «Per questo è una mentalità che può essere accettata da qualsiasi partito» (Mayer).

ideali o puri descritti da Max Weber nella Sociologia<sup>43</sup>. Il fatto è che nella realtà storica del liberalismo penale possono presentarsi linee divergenti, sfumature, persino vere e proprie deformazioni. Se il liberalismo considera l'uomo non come individuo, né all'interno di tipi umani, ma come pura astrazione, sfocia in un individualismo conservatore o di destra, il cui passo successivo è la Scilla di scambiare la sicurezza dell'individuo con il potere oligarchico, e il Diritto penale liberale con un «Diritto penale del privilegio» (Mantovani). Invece, quando il liberalismo frammenta l'uomo in tipi umani concreti, più prossimi alla realtà sociale, sorgerà una varietà penale trasformatrice o di sinistra, la cui Cariddi, non meno temibile, è il precipizio dell'«assalto alla ragione», l'amplificazione dei poteri del giudice, la temuta individualizzazione della pena<sup>44</sup>. Al di là di questo, l'astrazione teorica del liberalismo è sempre sottoposta ad una pleora di morsi della realtà storica. Per questo non v'è mai stato né probabilmente mai vi sarà un Diritto penale liberale puro. Ma costituirebbe una falsificazione dei fatti storici affermare che il liberalismo penale, questo affannoso avvicinamento ad una idea, non è mai esistito.

D'altro canto, il superindividualismo e il transpersonalismo trovano un canale politico nell'autoritarismo, il governo basato nel potere di dominio. L'autoritarismo deposita la propria fiducia in quest'ultimo, non nel concetto di autorità. Di conseguenza, limita i diritti politici, che

---

<sup>43</sup> Diritto penale liberale e Diritto penale autoritario (di quest'ultimo parleremo in seguito), sono paradigmi dotati di un senso culturalmente significativo, per quanto la sua stessa astrazione finisca per allontanarli dalla realtà e per quanto essi servano a conoscerla «nella misura in cui, mediante l'indicazione del grado di *approssimazione* di un fenomeno storico ad uno o a vari di questi concetti, questi fenomeni vengono concettualmente orientati» (Weber). Anche Manuel de Rivacoba utilizza in questo modo i concetti del Diritto penale liberale, totalitario e autoritario, dal quale abbiamo tratto le caratteristiche generali del liberalismo (individualismo) punitivo.

<sup>44</sup> Che non è neppure autentica individualizzazione. Prodotto di generalizzazioni naturalistiche, l'individualizzazione preconizzata da alcune scuole penalistiche del XIX e XX secolo non ha mai aspirato a cogliere tutte le infinite sfumature della personalità del reo, ma ha inserito quest'ultima all'interno di tipi o archetipi umani suscettibili solo di una certa quantificazione, basata sulla maggiore o minore intensità dei tratti di gruppo in lui presenti, come la sua tendenza a delinquere o il modo in cui ha fatto del reato uno stile di vita.



ostacolano il potere statale; combatte i diritti individuali, poiché debilitano l'organizzazione che esso cerca di mantenere; si difende da qualsiasi accenno di attacco, perfino delle idee che ritiene possano mettere a repentaglio la sua superiorità. Non è indispensabile soffermarsi su dettagli ulteriori ai fini di una compiuta caratterizzazione del fenomeno, posto che tutti gli elementi che si potrebbero addurre per completarlo costituiscono un sistema unico. In effetti,

non si deve iniziare domandandosi come si comporterebbero i politici conservatori riguardo a una questione costituzionale o giuridica, poiché adotteranno sempre la decisione che contribuisca a conservare o accrescere il potere dello Stato<sup>45</sup>.

Il Diritto penale autoritario riflette perfettamente questo modo di pensare. Non concorda con la legalità dei reati e delle pene, che rappresenta una limitazione; non simpatizza neppure con l'eguaglianza dei soggetti passibili di essere giudicati dalla legge penale, poiché il suo asse portante è la totalità; persegue la dissidenza e convertirà in reato la manifestazione di pensieri; concentra il suo obiettivo non nell'attacco oggettivo a beni giuridici, bensì nella disposizione interna criminosa o nella pericolosità; punirà con pena gli atti preparatori e tratterà in ugual modo il tentativo e il reato consumato, come negli *Unternehmensdelikte* che idearono i giuristi nazisti; richiederà all'uomo di rispondere per la sua condotta o il suo percorso di vita, anziché per atti specifici; vedrà nel delinquente un essere inferiore, disadattato, un nemico; infine, aumenterà e renderà sproporzionate e disumane le pene, imponendo loro un timbro di pura difesa della collettività.

La realtà offre tonalità e gradi nel Diritto penale autoritario, sebbene l'asse portante sia sempre lo stesso: il principio di dominazione e la negazione dell'umanità nel diverso. Per questo l'autoritarismo punitivo rischia di distruggere la personalità del Diritto e di diventare un apparato di potere. Questo è particolarmente evidente nelle forme estreme della mentalità autoritaria, quando il suo *élan* transpersonale, alleato al so-

---

<sup>45</sup> «Per la stessa ragione – continua Mayer – sono sostenitori della pena di morte, della politica delle armi e delle conquiste mediante guerre: rafforzamento degli strumenti di potere dello Stato».

stanzialismo filosofico, genera organizzazioni totalitarie. Tuttavia, non è assente neppure nelle varianti meno estreme, siano esse oligarchiche, dittatoriali o tiranniche. Indizi infallibili dell'autoritarismo penale sono la sua fragilità, la tendenza ad assolutizzare il potere, il breve tratto che separa il Diritto penale «del nemico» (o autoritario) dal Diritto penale totalitario, l'inclinazione a negare i rapporti giuridici e a sostituirli con legami di sottomissione o situazioni speciali di dominio. Le democrazie liberali devono prestare attenzione alla comparsa di questi indizi nella loro legislazione, giurisprudenza e dottrina penalistica, poiché la storia, e finanche il presente, dimostrano fin troppo bene come e con quanta facilità possa l'irrazionale impadronirsi della Politica criminale.

CAPITOLO TERZO

L'ENCICLOPEDIA  
DELLE SCIENZE CRIMINALISTICHE

*Traduzione di Emanuele Corn*

SOMMARIO: 1. *Nozione, fondamento e panorama*; 2. *La Dogmatica penale*; 3. *La Politica criminale e la Criminologia*.

*1. Nozione, fondamento e panorama*

Chiamiamo enciclopedia delle scienze criminalistiche l'insieme delle scienze che si occupano esclusivamente del reato e della pena.

Tanto la denominazione del tema in generale come la determinazione dei saperi in esso compresi, così come le classificazioni e le relazioni tra essi, suscitano controversie tra i criminalisti. Tuttavia, non dovrebbe sollevare dubbi il fondamento filosofico dell'argomento. Infatti, è un compito indiscutibile della Filosofia esaminare le fonti del sapere scientifico, il livello della sua giustificazione e la connessione logica delle scienze tra di loro. Tutto questo si può ricondurre all'Epistemologia, «un terreno che si trova oltre le scienze settoriali» e che costituisce «l'*enciclopedia delle scienze* in un senso filosofico superiore» (Dilthey); ancora, tocca all'Epistemologia tracciare i confini di ogni scienza, come passo preliminare al disegno del panorama scientifico. Ciò che vale per le scienze in generale, vale altrettanto per la Scienza del Diritto e le altre che di esso si occupano<sup>1</sup> e a maggior ragione per lo

---

<sup>1</sup> Principalmente: la Sociologia giuridica, la Storia del Diritto e il Diritto comparato. Che quella giuridica, come ogni scienza, non possa creare da sé il proprio oggetto, ma solo riconoscerlo, in modo tale che «la positività del Diritto deve essere un presupposto necessario della Scienza giuridica» (Beling), dipende dalla radice epistemologica indicata nel testo, dal condizionamento filosofico delle scienze.

studio del reato e della pena, settore che si è prestato a invasioni reciproche di scienze spesso contrapposte anziché collaboranti<sup>2</sup>.

La causa della particolare difficoltà dell'epistemologia criminalistica si capisce subito dalla pluridimensionalità della sua materia. Reato e pena, oltre che essere elementi universali e necessari del Diritto penale, e pertanto, oggetto precipuo di studio della Dogmatica giuridica, interessano una molteplicità di discipline scientifiche – Medicina, Biologia, Psicologia, Antropologia, Sociologia, Statistica, Storia, etc. –, ciascuna delle quali cerca di focalizzare, dalla propria prospettiva, gli aspetti che considera importanti del fenomeno criminale, non essendo strano che tali scienze estendano l'operazione fino ad abbracciare spazi estranei alla loro competenza. La vocazione alla conquista raggiunse il suo zenit nell'ultimo terzo del XIX secolo con la nascita e la formazione di una nuova scienza, la Criminologia, volgendo poi verso il tramonto sebbene non si possa affermare in alcun modo che sia scomparsa. Di fatto, esiste ancora una viva polemica circa il contenuto della Criminologia e le sue relazioni con la Dogmatica penale e non sono pacifiche nemmeno la natura e le funzioni della Politica criminale.

Questo capitolo si centra sui tre saperi che abbiamo appena nominato: Dogmatica penale, Criminologia e Politica criminale. Lasciamo fuori dalla nostra considerazione le applicazioni di altre scienze alle questioni di rilevanza per il Diritto penale, perché sono molte di più di quelle che solitamente sono indicate come le più importanti – Statistica criminale, Medicina legale e Psichiatria forense<sup>3</sup> –, non versano esclusivamente sulla criminalità e, soprattutto, perché è loro attribuita l'ingiusta etichetta di «ausiliarie» con la quale sono soliti indicarle i penalisti, titolo che impedirebbe assolutamente la loro considerazione in una enciclopedia scientifica, soprattutto tenendo conto che nessuna scienza è suddita di altre scienze e che, dal punto di vista delle presunte ancelle,

---

<sup>2</sup> Delle dispute tra scienze contigue per la natura del loro oggetto, si è scritto in passato che «è il *diritto criminale* quello che forse [più] ha sofferto ingiuste usurpazioni» (Tobías Barreto), sia dal di fuori, per le incursioni dei saperi empirici, sia dal di dentro, per la tentazione dei criminalisti di andare oltre il circolo degli studi giuridici.

<sup>3</sup> Che, invero, è parte della Medicina legale, per la stessa ragione per cui la Psichiatria è parte della Medicina, come giustamente osserva Cerezo Mir, che si sbaglia, tuttavia, quando afferma che entrambe apparterrebbero alla Criminalistica.

ausiliare potrebbe essere la stessa scienza penalistica (Zaffaroni). D'altra parte, non tratteremo di Criminalistica, ossia dell'insieme di conoscenze pratiche tendenti a far luce sul reato, a scoprire e identificare il delinquente e a costituire la base fattuale delle prove del fatto illecito. L'esclusione, questa volta, non obbedisce all'ignoranza della sua innegabile importanza, ma al fatto che la Criminalistica costituisce una tecnica o un'arte, o meglio, l'applicazione di saperi somministrati da una serie di scienze o tecniche (Antropologia biologica, Psicologia, Informatica, Dattiloscopia, Grafologia, etc.) funzionali all'obiettivo di far conoscere e comprendere le attività del mondo criminale ai membri dell'Amministrazione della Giustizia punitiva. A nostro modo di intendere, questo renderebbe scorretto un suo inserimento in una enciclopedia scientifica<sup>4</sup>. Per questo, tra l'altro, abbiamo scelto per questa trattazione di ricorrere all'espressione «*scienze criminalistiche*», anziché «*discipline*»<sup>5</sup>.

Ebbene, l'unica maniera per fare chiarezza nell'aggrovigliato e a tratti belligerante panorama delle scienze criminalistiche, consiste nell'ordinarle in base a una concezione filosofica che offra loro un fondamento. Ciononostante, se ogni epistemologia è «un indirizzarsi verso una concezione universale del mondo che abbia validità generale» (Dilthey), nessuna classificazione filosofica delle scienze possiede la capacità di eliminare i loro punti di contatto. E che non possa esistere tra esse una separazione netta si spiega col fatto che la conoscenza umana, anche se divisa in settori, è sempre una e una soltanto. Ordina, anche se non sopprime quest'unità, quella classificazione delle scienze che gode di insegnamento nella Filosofia giuridica nata dal genio di Heinrich Rickert, nel seno del neokantismo sudoccidentale tedesco, il cui sviluppo nella metodologia giuridica esamineremo a tempo debito. Questa

---

<sup>4</sup> Agli albori del XX secolo, Hans Gross, padre della Criminalistica, «si accontentò di collocarla al rango di arte» (Jiménez de Asúa).

<sup>5</sup> Questo pur consapevole dell'opposta postura di Rivacoba che, ciononostante, riteniamo avesse ragione su altri punti affrontati in questa unità tematica, compresa l'aggettivazione di «criminalistica» per l'enciclopedia, giacché non tutte le scienze che la compongono si riferiscono solo alla pena e, in ogni caso, perché, come lui diceva, «la pena è sempre conseguenza e concetto complementare al reato». Di un'enciclopedia di scienze penali parlano invece Jiménez de Asúa e Sáinz Cantero.

classificazione è stata ben valutata dai criminalisti, come rileva l'accoglienza generalizzata dell'idea che la scienza penale è una scienza d'indole culturale mentre la Criminologia è un'altra d'indole, ovvero naturale, empirica o descrittiva.

Rickert diede il nome di scienze naturali a quelle che si occupano di realtà sensibili che appaiono e scompaiono di continuo, succubi di leggi generali che governano il loro accadere con atemporale immodificabilità e alle quali si guarda senza riferimenti valutativi, ma cercando di mettere in luce in esse nient'altro che relazioni generali.

La parola 'natura' – spiega questo filosofo – le caratterizza tanto riguardo al loro *oggetto* come riguardo al loro *metodo*. In quanto agli oggetti, considerano un essere e un accadere liberi da ogni riferimento a valori, mentre il loro interesse è concentrato sul riconoscimento delle relazioni concettuali universali e, nella misura del possibile, delle leggi che valgono per questo essere e questo accadere.

Da parte loro, le scienze culturali si occupano di oggetti generati dalla cultura, intendendosi per essi «tanto ciò che è prodotto direttamente da una persona che agisce secondo finalità valoriali, sia, se la cosa esiste da prima, ciò che è *coltivato* intenzionalmente dall'uomo, con riguardo ai valori che risiedono in esso». Le scienze di questo gruppo sono immerse nell'individualità della loro materia, individualità che deriva dall'importanza di questo materiale per un certo valore culturale.

Per questo le scienze culturali, procedendo in modo *individualizzante*, selezionano dalla realtà quello che, con il nome di «cultura», si differenzia completamente dalla «natura», che le scienze naturali determinano quando esaminano quella stessa realtà in modo *generalizzante*.

Questa spiegazione di Rickert deriva dal predominio formale o metodologico della sua distinzione scientifica, in questo debitrice del criticismo kantiano e, in parte, della nozione di valore, tipica del neokantismo sudoccidentale: se guardiamo la realtà in riferimento all'universale, essa si fa natura; mentre si fa cultura quando la osserviamo concentrandoci sul particolare e individuale secondo i valori che essi includono o meno. Un'idea simile era stata espressa da un altro esponente di

questa scuola filosofica, nel senso che l'antitesi metodologica è una classificazione che riguarda il trattamento del sapere, non il suo contenuto, per cui «è perfettamente possibile e si dà la realtà per cui gli stessi oggetti possono essere materia di una ricerca nomotetica e, allo stesso tempo, parallelamente di un'altra idiografica» (Windelband)<sup>6</sup>.

Dopo tutto, tanto la ricerca naturale come la ricerca culturale prendono le mosse dall'esperienza, anche se da esperienze differenti, e per questo motivo il principio naturale può trasferirsi nel campo delle scienze naturali e, viceversa, il criterio individualizzante può applicarsi a processi che permangono immutabili all'interno di un periodo storico, per modificarsi nel successivo, circostanza che permette di farne risaltare l'individualità.

Con questo fondamento si ottiene nella nostra enciclopedia una sintesi formata da due scienze: una culturale, valorativa o normativa, perché versa su disposizioni normative, su principi di giudizio in base a un valore: la Dogmatica penale; e una naturale, descrittiva o esplicativa, perché tratta della spiegazione di fatti in base a leggi generali: la Criminologia. La sintesi potrebbe fissarsi così: bicefala. Infatti, abbiamo già detto che non pare epistemologicamente giustificato estendere l'enciclopedia ad applicazioni settoriali di scienze che non si occupano esclusivamente del reato e della pena, come la Statistica criminale, né alla semplice arte della Criminalistica.

Fra poco dovremo tratteggiare l'indole della Politica criminale, che con frequenza è abbandonata nello scomodo spazio della terra di nessuno, tra le opposte trincee di Dogmatica e Criminologia. Per ora ci limitiamo a due osservazioni. La distinzione tra Dogmatica e Criminologia è relativa, come relativa è anche la delimitazione reciproca delle scienze culturali e naturali. Il presupposto di fatto delle regole giuridico-penali include processi naturali, si basa su conoscenze della natura, e, al contrario, l'oggetto centrale dello studio della Criminologia, il reato, è stabilito da norme. Ci sono, poi, zone di transizione che portano dallo studio della natura a quello della cultura e che tornano dalla cultura alla

---

<sup>6</sup> Windelband chiamò nomotetico il pensiero scientifico che cerca il generale sotto forma di legge naturale e idiografico quello che cerca ciò che è speciale nella forma determinata dalla storia. Le une sono scienze di leggi, di ciò che succede sempre; le altre sono scienze di accadimenti, di quello che è successo qualche volta.

natura, sicché in queste zone saperi naturali e spirituali sono mescolati (Dilthey). Ciononostante, il formalismo della distinzione ha una rivincita nella sedicente autonomia scientifica della Penologia. L'esecuzione delle pene può contemplarsi come un puro fatto, caso nel quale sarà di interesse criminologico, oppure come un fatto riferito a valori, passando così nel campo della teoria della pena e alla Dogmatica penale. La Penologia, dunque, manca di un proprio contenuto che le dia sostanza di scienza<sup>7</sup>.

## 2. *La Dogmatica penale*

La scienza del Diritto penale, anche detta Dogmatica penale, è una parte della scienza giuridica in generale che Radbruch definiva come quella che si occupa del senso oggettivo di un ordinamento giuridico positivo.

Il termine «Dogmatica», preso dalla teologia, è figlio di un'altra epoca. Quando i pratici degli albori dell'Età Moderna cominciarono ad utilizzare nei loro commentari giuridici le metodologie di studio della scolastica medioevale, lo studio del Diritto poteva considerarsi una teologia secolarizzata<sup>8</sup>. Malgrado permangano ancora alcuni residui del trasfondo materiale di questa giustapposizione metodologica, per la maggior parte proprio nel campo penale – per esempio, la confessione del reato come motivo attenuante e il permanere di illeciti imprescrittibili, che evocano l'idea tomista del male assoluto –, il fatto è che i procedimenti intellettuali della scienza giuridica si differenziarono decisamente da quelli scolastici a partire dall'ultima parte del XVIII secolo,

---

<sup>7</sup> Per alcuni esso è distribuito tra la Dogmatica e la Criminologia (Cerezo Mir e Muñoz Conde), per altri, tra la Sociologia criminale, il Diritto penale, il Diritto penitenziario e la Politica criminale (Jiménez de Asúa).

<sup>8</sup> Solo questo, «una trasposizione delle metodologie proprie della teologia al Diritto» (Bettiol). Secondo il diverso punto di vista di Leibniz, la teologia antica e medioevale si baserebbe in gran parte sulla Giurisprudenza e come prova dà l'esempio della remissione dei peccati, un omologo dello *ius aggratiandi*, e la dottrina della condanna eterna, che sarebbe costruita a immagine della pena capitale! Si veda, ciononostante, ciò che indichiamo di seguito nel testo.



ed oggi l'unica analogia che si può ravvisare con la teologia si sostanzia nel fatto che, qualsiasi sia l'opinione che il giurista abbia delle norme giuridiche, queste gli si impongono in tutta la loro imperatività, «come i dogmi ai credenti delle rispettive religioni» (Rivacoba). Ma anche questa comparazione ha bisogno di precisazioni.

La dogmatica del giurista non è equivalente a quella del teologo, allo stesso modo per cui i fondamenti di qualsiasi sistema scientifico non sono uguali ai dogmi religiosi. Il teologo deve aderire interiormente alla dottrina della sua fede. I dogmi sono proposizioni descrittive che hanno un'immediata pretesa di verità, cosa che non vale per le norme giuridiche, il senso delle quali è regolare condotte e giammai postulare asserzioni con aneliti di verità. Basta che il giurista presti esteriormente sottomissione, o meglio, che non ne rifiuti la vigenza oggettiva, anche se può e anzi deve criticarle aspirando alla loro riforma o sostituzione con altre<sup>9</sup>. Insomma, resta di dogmatico nella Dogmatica giuridica soltanto il fatto che lo scienziato del Diritto deve sempre pensare *ex datis*, partendo dall'entità giuridica e dalla validità correlativa delle norme e proposizioni sulle quali lavora, senza mettere in discussione la loro legittimità<sup>10</sup>.

Tornando alla definizione di questa scienza, essa si occupa di un ordinamento giuridico positivo; il suo oggetto è il Diritto vigente, non il Diritto storico (campo della Storia del Diritto, ramo, a sua volta, della scienza storica), né il Diritto che dovrebbe essere in base a una certa

---

<sup>9</sup> In questo senso, l'idea di considerare l'ordinamento giuridico «come se» fosse un insieme di dogmi, pur nella consapevolezza che non lo è, che pur si legge in Autori del calibro di Legaz e Lacambra, è rifiutata tanto da giusfilosofi come da penalisti, sia perché la filosofia del «come se» è tanto assurda come il fatto di collocare effettivamente le norme nel ruolo di dogmi (Millas Jiménez), sia perché la scienza moderna parte da problemi da risolvere e dalla discutibilità dei relativi risultati, al contrario di quanto accade per il paradigma dogmatico (Pulitanò).

<sup>10</sup> Un problema la cui soluzione riguarda la Filosofia del Diritto. Come afferma Kaufmann, il giurista opera intrasistematicamente anche quando critica il Diritto positivo. D'altra parte, violenta l'indole della Dogmatica, o confonde le nostre concezioni al riguardo, asseverare che essa si occupa di questioni di legittimazione e di depurare il concetto di Diritto fino ad arrivare al suo fondamento, e che solo chi «si mantiene all'interno del sistema giuridico può effettivamente contribuire al sistema, ma non per questo realizzerà un lavoro scientifico» (Jakobs).

idea (dominio della Filosofia giuridica). Questo oggetto è formato da norme e disposizioni giuridiche, che sono fatti immediatamente riferiti a valori, e non da fatti della vita giuridica, lo studio dei quali appartiene a scienze empiriche, come la Sociologia del Diritto o la Criminologia. Ed è una scienza del senso oggettivo del Diritto, perché spiega in che modo esso debba essere inteso, ma non necessariamente come fu pensato da chi lo creò. La Dogmatica svolge il proprio compito in quattro fasi successive.

In primo luogo l'interpretazione, che si sostanzia nel cogliere il senso oggettivamente valido di uno o più precetti giuridici a partire dai suoi segni esterni, servendosi di certi metodi.

In secondo luogo, la costruzione. Come in altre scienze, quella giuridica consiste nella ricomposizione in una unità delle parti che la formano e che fino a quel punto sono isolate dal ragionamento, in modo tale da assumere coscienza della relazione necessaria che esiste tra di loro in base a un principio unificatore. Per questo, è necessario elaborare concetti giuridici, che sono «procedimenti unitari per comprendere e determinare certe norme giuridiche nelle loro caratteristiche coincidenti» (Stammler), e, una volta colto l'obiettivo comune a un gruppo di disposizioni di Diritto, formare le istituzioni giuridiche corrispondenti, cioè, plessi di norme relative a una stessa materia e ispirate da uno stesso fine valoriale, che si riproducono in lungo e in largo attraverso tutto l'ordinamento positivo<sup>11</sup>.

In terzo luogo si pone il sistema: la riduzione di tutti i concetti e istituzioni in una costruzione di costruzioni, l'unità totale del pensiero giuridico, in cui ogni concetto si articola armonicamente con gli altri in una unità di carattere teorico. Quest'unità si dà sul piano del pensiero, perché è la scienza, non le leggi, ad essere in grado di conoscere un si-

---

<sup>11</sup> L'affermazione secondo la quale «la Dogmatica, nella sua attività di costruzione, è significativamente “libera” rispetto alle regolazioni del Diritto positivo» (Silva Sánchez), va presa con somma circospezione se non le vogliamo attribuire – come l'Autore citato – caratteristiche volitive o creatrici e vestire lo scienziato coi panni del legislatore.

stema; tuttavia è fattibile soltanto se l'ordinamento ricostruito ospita effettivamente un'unità, un principio comune di fondazione<sup>12</sup>.

Le antinomie, intendendo per esse le incompatibilità logiche e, soprattutto, le contraddizioni assiologiche delle regole giuridiche, cospirano contro il sistema e riducono il campo della Dogmatica. La denuncia di queste sfasature è una delle dimensioni dell'ultima fase: la critica. A questo punto va valutato se gli oggetti studiati (norme e disposizioni giuridiche) corrispondono effettivamente ai valori dominanti nel tessuto sociale, se sono o no congruenti con gli ideali della comunità, proponendo basi per la loro riforma o postulando la loro conservazione.

In questo aspetto la Politica giuridica può a pieno titolo affacciarsi sul campo della Dogmatica e grazie a lei contribuire alla correzione dell'ordinamento con l'aiuto di altre scienze<sup>13</sup>.

La Dogmatica penale, questa parte specifica della scienza giuridica che consiste nella ricostruzione scientifica di un ordinamento punitivo dato, ha la stessa missione del genere cui appartiene. Si occupa della legislazione penale e delle norme soggiacenti, pertanto, del complesso di valori, principi, esigenze e finalità riconosciuti dallo Stato o dalla comunità degli Stati, che servono da fondamento a quella legislazione. In quanto scienza culturale, è un sapere comprensivo, non spiega fatti, come le discipline naturali, bensì comprende disposizioni giuridiche, e comprendere significa «penetrare nella costellazione speciale del valore di una connessione spirituale» (Spranger), riconoscere ciò che rende uniche e irripetibili queste disposizioni, verificare qual è il loro significato oggettivamente valido e perché lo è, in accordo con i beni protetti in ciascun caso dal Diritto<sup>14</sup>. Da questo deriva che essa è anche una

---

<sup>12</sup> Il principio in oggetto assieme alle classi di costruzioni giuridiche saranno affrontati in un altro capitolo, dedicato alla metodologia nel Diritto penale. Per ora ci limitiamo a dire che l'Autore che seguiamo qui, Radbruch, propende decisamente per la costruzione teleologica, aiutata occasionalmente dalla costruzione categoriale.

<sup>13</sup> La funzione critica della Dogmatica, che non può limitarsi a interpretare e sistematizzare il Diritto vigente ma deve, inoltre, evidenziare le sue lacune e imperfezioni, è messa in particolare risalto dai criminalisti spagnoli, tra gli altri: Antón Oneca, Cerezo Mir, Jiménez de Asúa, García-Pablos, Muñoz Conde, Rivacoba, Rodríguez Mourullo, Sáinz Cantero e Serrano Gómez.

<sup>14</sup> Beni che, a loro volta, rispondono a un complesso di valori della vita sociale, che va concepito come un'unità indipendente (Beling).

scienza individualizzatrice e riferita a valori; e proprio il riferimento a valori culturali – precisamente quelli che ispirano il Diritto penale di cui si tratta – salva la Dogmatica penale dallo smarrimento in una molteplicità di fatti individuali rappresentati dalle disposizioni e dalle norme di volta in volta interpretate<sup>15</sup>.

Ora, non bisogna credere che la base fattuale delle regole giuridiche non sia importante per la Dogmatica penale né, d'altra parte, bisogna supporre che dogma e valore siano nozioni contraddittorie. Diritto penale e realtà pregiuridica solo in apparenza si fronteggiano come due regni che non si toccano. È vero che «tutto ciò che penetra nella sfera del Diritto perde il proprio carattere naturale, libero da relazioni valoriali», per impregnarsi di tinte teleologiche, di un incrocio tra mezzi e fini giuridici. Ma non è meno vero che compito di questa scienza è risolvere il problema della «compenetrazione della significazione giuridica con il substrato reale nel caso particolare» e, andando oltre, «la questione così difficile della riduzione dei concetti giuridici a una forma che risulti adeguata al substrato pregiuridico» (Lask). Se il Diritto punitivo deve rispettare un certo nucleo di ciò che si dà sul piano psicofisico, nella misura in cui riguarda il piano della regolazione giuridica, risulta che il normativismo della Dogmatica non può radicalizzarsi, a pena di degenerare in un mero costruttivismo, in un regno di forme senza contenuti e risultati senza valore. Al contrario, la Dogmatica penale deve prestare grande attenzione alle informazioni che riceve dal contesto naturale e sociale. Questo «ancoraggio» al mondo della realtà sensibile appare primordialmente nell'atto delittuoso, il nucleo delle fattispecie descritte nella Parte Speciale, che a sua volta deve essere salvaguardato come punto di partenza e base della teoria del reato<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> «È quest'idea del valore che balza viva davanti alla nostra mente come espressione del rapporto che lega l'individualità al mondo esterno come significato che le cose hanno per l'uomo in quanto persona morale, come ordine che l'uomo deve seguire nella sua attività esterna» (Bettiol).

<sup>16</sup> Non si scordi che l'azione è il punto di contatto tra Dogmatica penale e Criminologia, né che una delle esigenze metodologiche della scienza penale attuale è la sua approssimazione alla realtà sociale, il passaggio dall'astratto al concreto (García-Pablos).

Inoltre, dogma e valore sono reciprocamente in relazione. Le disposizioni che la scienza penale intende chiarire, i suoi «dogmi», includono inevitabilmente valutazioni, un riferimento a finalità valorative, a beni giuridici. «Il Diritto è protezione di beni» (Sternberg), e questo vale anche per il Diritto penale attraverso la sua natura ulteriormente sanzionatoria e il suo carattere secondario nell'ordinamento giuridico. Stando così le cose, un logicismo formalista è semplicemente impossibile nella Dogmatica. Essendo la sua materia in relazione con i valori, il metodo di studio dev'essere segnato da un'impronta teleologica, o meglio – perché non bisogna confondere finalità, che sono sempre empiriche, con finalità valoriali, e queste possiedono un accento ideale –, deve consistere in una logica di contenuti, un *logos* di valutazioni, che complementi e, se del caso, rettifichi le conclusioni della logica formale con le esigenze valoriali, che sono anche la *ratio* o *télos* delle disposizioni giuridiche<sup>17</sup>. Questa circostanza illustra come la «neutralità valorativa», tratto che il positivismo del XIX secolo e un settore della teoria giuridica di quello successivo proclamarono come distintivo della scienza giuridica, sia il prodotto di un'illusione idealista e della esasperazione del dualismo di essere e dover essere. Ogni teoria scientifica trova la sua radice ultima in un sapere precedente acquisito mediante intuizione, come sappiamo grazie ad Aristotele; in definitiva, in una disposizione emozionale che dispone alla captazione immediata della base indimostrabile di tutte le dimostrazioni, pensiero che, trattandosi della scienza penale, può esprimersi negativamente, sostenendo che non è una scienza libera dai valori né dalle implicazioni ideologiche (Serrano Maíllo), o, positivamente, con l'affermazione per cui essa è al servizio dei valori riconosciuti dallo Stato costituzionale di Diritto (Fernández). Tuttavia, una volta che il criminalista è riuscito a comprendere la valutazione soggiacente alla regola che sta esaminando, non deve disconoscerla o

---

<sup>17</sup> «L'elaborazione del midollo della sentenza giudiziale non si ottiene applicando la logica tradizionale, perché essa, tanto quella di Aristotele come quella dei moderni e dei contemporanei, è una logica utile a trattare con idee, o per trattare con *realtà* dal punto di vista di quello che queste realtà sono. Invece, al giudice non importa determinare pure realtà, ma *decidere ciò che si deve fare* rispetto a determinati aspetti di certe realtà. E precisamente gli aspetti che interessano di queste realtà sono coniugati con criteri estimativi» (Recaséns).

rimpiazzarla con le proprie preferenze personali, con quello che lui vorrebbe che fosse stato pensato come Diritto vigente. Ma nemmeno in questo aspetto la Dogmatica è valorativamente neutra, in quanto obbedisce a decisioni valoriali già adottate dall'ordinamento in questione.

### 3. *La Politica criminale e la Criminologia*

Particolarmente discusse sono l'individualità e la posizione della Politica criminale all'interno dell'enciclopedia delle scienze criminali; polemica preannunciata dalla stessa denominazione, in virtù del fatto che le parole che la compongono «prospettano un problema di ordine generale, cioè stabilire il suo coordinamento con l'area del Diritto e con quella della Politica» (Zipf).

In qualsiasi modo si imposti la discussione vi sono, però, due punti fermi. Da Franz von Liszt in poi, compiti indiscutibili della Politica criminale sono la critica delle disposizioni penali che non rispondono più al momento sociale e la formulazione di nuove leggi con le quali meglio affrontare il problema della criminalità; il tutto nel rispetto delle aspirazioni valoriali della comunità. D'altra parte, però, la Politica criminale c'è sempre stata, fin da prima che apparisse il nome e vi fosse una vera presa di coscienza del lavoro che le corrispondeva, nel periodo a cavallo tra i secoli XVIII e XIX, con Beccaria, Filangieri, Kleinschrod e Feuerbach.

Il dato storico ci spiega una vecchia e radicata concezione riguardante la natura di queste ricerche. Così come i riformatori del Diritto penale dell'*ancien régime* videro in esse un aspetto della politica del governo e, allo stesso tempo, una parte della scienza della legislazione (o dell'arte di legiferare), così pure le prime teorie e programmi politico-criminali, nella seconda metà dell'Ottocento, le attribuiranno uno spazio autonomo, a fianco della Dogmatica, della Criminologia e della Penologia, nello spettro dei saperi criminalistici.

Questo modo di vedere si manifesta nella scienza penale integrale di Liszt, all'interno della quale la Politica criminale era definita come

l'insieme sistematico di principi poggiati sulla ricerca scientifica delle cause del reato e degli effetti della pena, osservando i quali lo Stato deve condurre la lotta contro il reato mediante la pena e le istituzioni a lei simili.

Ciononostante, nel penalista austro-ungarico l'opposizione tra Dogmatica e Politica criminale risulta più sfumata rispetto a quello che si è soliti inferire a partire dalla sua nota affermazione secondo la quale il Diritto penale è la barriera insuperabile della Politica criminale. Con queste considerazioni, semplicemente pose l'idea – d'altronde esattissima – per cui non il Diritto penale futuro, ma unicamente quello attuale rappresenta la regola che decide la sorte dell'accusato *hic et nunc*; che non può demolirsi l'intricato edificio di concetti giuridico-penali con il pretesto di sanzionare comunque, per il benessere sociale, un individuo considerato pericoloso per gli altri. Lo stesso Liszt ebbe occasione di commentare che, mentre la Politica criminale «ci dà il criterio in base al quale apprezzare il diritto vigente e ci rivela qual è quello che dovrebbe vigere», pensiero consonante con la sua missione primordiale, «ci insegna inoltre a comprenderlo alla luce del suo fine e ad applicarlo, in vista di questo fine, ai casi particolari». Il passaggio non può essere più nitido per ciò che attiene alla funzione interpretativa assegnata da questo Autore alla disciplina, il laccio che, nella sua opinione, la rende sorella della Dogmatica: l'idea dello scopo nel Diritto penale, che riproduce fedelmente, come vedremo a tempo debito, l'orientamento metodologico (la Giurisprudenza degli interessi) al quale si ascriveva Liszt.

Anche le opinioni che sostengono attualmente l'indipendenza della Politica criminale, cercano di vincolarla il più possibile alla Dogmatica, ora nel ruolo di vaso comunicante tra questa e la Criminologia (Zipf), ora approfondendo il cammino tracciato da Liszt e, tempo dopo, dal suo discepolo Gustav Radbruch, che arrivava ad attribuirle la duplice funzione di fornire alla Dogmatica contenuti di discussione e metterle a disposizione una metodologia con cui elaborare la teoria del reato (Roxin). Si tratta del sistema teleologico o funzionale, che si caratterizza per due attitudini, una che rifiuta che i concetti giuridico-penali debbano essere costruiti in base a realtà pregiuridiche (naturali, logiche o fenomenologiche), e un'altra, propositiva, consistente nell'elaborare il

sistema dell'infrazione delittuosa prendendo come base la moderna teoria delle finalità della pena.

Tuttavia, una cosa è organizzare questo sistema guardando alle valutazioni che animano l'ordinamento nel momento presente – le «finalità valoriali» e la struttura «teleologica» che reclamano per sé i suoi fautori –, qualcosa di perfettamente accettabile in una visione autenticamente valutativa della materia, e un'altra è un sistema strutturato in base a finalità politico-criminali.

Consideriamo che ogni fine viene dall'esperienza, è eticamente indifferente e, pertanto, può essere lecito o illecito. A rigore, i fini sono affare della politica criminale empirica, della *Verbrechensbekämpfung* di Liszt, un lemma affamato di naturalismo: si lotta contro il delitto come si combattono le infezioni e le piaghe. Invece, le idee sono principi di qualificazione etica, valori puri che stanno sopra l'esperienza. Quando a un'idea si associa un certo fine, sorge un ideale. Gli ideali rappresentano «principi etici e pratici allo stesso tempo, valori puri assoluti ed esigenze concrete dirette alla realtà» (Mayer); da ciò deriva che ogni ideale, ogni fine riferito a valori, aspira a una validità non meramente soggettiva.

Ebbene, la Dogmatica penale, che si occupa di oggetti valoriali e, in quanto tali, precisati nella loro individualità, deve trattare precisamente di ideali giuridici espressi nei beni correlativi e delle esigenze empiriche della loro tutela. Giammai si occupa di semplici fini. Ma c'è dell'altro: conviene mettersi in guardia di fronte al pericolo di giudicare secondo finalità politico-criminali, soggettive ed arbitrarie per antonomasia<sup>18</sup>, come poi bisogna reprimere la tentazione di edificare il sistema del reato sulle fragili sabbie delle «necessità preventive». Non è la necessità della pena ciò che determina l'esistenza della responsabilità penale, come succedeva in passato con alcune delle pene straordinarie del

---

<sup>18</sup> Cosa ammessa dal principale architetto del sistema teleologico e alla luce della divisione di competenze che traccia tra Dogmatica e Politica criminale: «la Dogmatica (compresa la sistematica della teoria generale del reato) deve esercitare politica criminale nell'ambito della legge», è vincolata «alle finalità politico-criminali del legislatore», essendo per essa decisivi «i principi deducibili dall'ordinamento giuridico e non le concezioni valoriali personali dell'interprete» (Roxin).



Diritto comune, bensì, al contrario, l'esistenza del reato genera responsabilità penale e, pertanto, l'esigenza della pena.

Un discorso tanto ampio circa i compiti della Politica criminale era necessario perché ne potessimo cogliere l'essenza. La Politica criminale è il momento critico o dinamico della dogmatica penale, ne forma parte come riaffermazione o, in certe situazioni, messa in discussione del sistema penale o di sue parti specifiche. Non è necessario ampliare questa concezione, difesa in special modo da alcuni giureconsulti ispanici, caricando la Politica criminale di funzioni interpretative e sistematiche che, in realtà, sono proprie direttamente a una Dogmatica penale intesa come Giurisprudenza dei valori; tuttavia, non è nemmeno giustificato limarla, come pretendono gli autori che vorrebbero soggiogare la Politica criminale alla Criminologia.

La Criminologia è una scienza naturale o causale esplicativa. Studia la criminalità come fenomeno, il delinquente individuale o collettivo che ne è protagonista<sup>19</sup> e il risultato empirico dell'applicazione della pena. La principale attività criminologica si sostanzia, oggi come ieri, nella spiegazione eziologica del reato, ossia, la ricerca dei fattori individuali e sociali che confluiscono nella sua produzione. Inoltre, osserva il delinquente come un'unità biologica, psichica e sociale; rispetto ad alcuni illeciti, si interessa altresì della vittima, nella misura in cui essa incide nella genesi o nella dinamica dell'infrazione. Infine, si interessa della reale efficacia delle pene, dei sostitutivi penali e degli altri strumenti di sanzione, malgrado quest'ambito si sovrapponga parzialmente con quello di un'altra disciplina naturalistica: la Sociologia del Diritto.

Quanto appena scritto corrisponde a una stretta messa a fuoco della Criminologia tradizionale, chiamata anche empirica (o positiva). Tuttavia, in questi ultimi decenni essa è andata cedendo il passo a una visione estensiva che amplia il campo dell'interesse criminologico per abbracciare lo studio della reazione sociale al reato, espresso con maggiore proprietà, e dei processi di criminalizzazione, per cui questa scienza

---

<sup>19</sup> Perché esiste la criminologia delle moltitudini, delle associazioni criminali e delle coppie delinquenti. Queste ricerche, iniziate da Scipio Sighele e Gustav Le Bon alla fine del secolo XIX, hanno acquistato rinnovata importanza nello studio dei crimini di guerra e contro l'umanità, terribili realtà del XX secolo, e del confuso concetto di «criminalità organizzata», un'autentica ossessione della nostra epoca.

deve analizzare e descrivere l'operazione selettiva realizzata dagli organi incaricati della prevenzione e della punizione della criminalità. Di fatto, le teorie della criminalizzazione affermano che la definizione sociale o istituzionale di un fatto come criminale<sup>20</sup> può essere tanto e perfino più importante delle caratteristiche intrinseche della condotta in questione.

Questo punto di vista, inaugurato nella Psicologia sociale dall'interazionismo simbolico, è stato felicemente portato avanti dalla teoria dell'etichettamento sociale, ma ha finito per essere radicalizzato ideologicamente dalla criminologia critica. Oggi i suoi rappresentanti sembrano aver rinunciato all'idea onnicomprensiva per cui la reazione sociale sarebbe capace di spiegare da sola la delinquenza e, in sostanza, tendono a inquadrarsi all'interno del paradigma criminologico positivista, con proposte precise e, soprattutto, «ipotesi che siano verificabili empiricamente mediante metodi quantitativi» (Serrano Maíllo).

Per il resto, se spettasse alla Criminologia il controllo del problema della criminalità, oltre alla spiegazione causale del fenomeno – in cui certamente possono intervenire gli effetti psicologici e sociali della criminalizzazione secondaria –, non solo si correrebbe il rischio di confonderla con la Politica criminale, ma si infonderebbe la vita in un cadavere, permettendo la fagocitosi della Dogmatica nella Criminologia sognata in passato da Ferri e Garofalo, il primo con la sua Sociologia criminale e il secondo tramite la sua scienza generale della criminalità.

Tuttavia, ridotta alle giuste proporzioni, quest'antica inclinazione offre come contropartita un valore metodologico non disprezzabile, facendoci presente che la Criminologia, questa scienza naturale, non è del tutto aliena a valorazioni. Il reato stesso, per parte sua, non coincide con un concetto naturale, bensì con un altro di tipo giuridico e pertanto risultante da considerazioni sociali e da una valutazione culturale. La Criminologia è anche una scienza della cultura, ma indirettamente, essendo il suo oggetto delimitato dal Diritto.

---

<sup>20</sup> In cui entrano l'indagine del reato da parte della polizia, il comportamento della vittima e di colui che denuncia, l'atteggiamento dei giudici, dei magistrati inquirenti e delle guardie carcerarie, etc.

La positività scientifica del fenomeno criminale studiato dalla Criminologia è ricavata solamente dalla sua valutazione, dalla sua natura di disvalore, che in questo caso sorge dall'ordinamento giuridico vigente (Peláez).

Certamente, questo non implica che ci si debba ingolfare nello studio delle disposizioni giuridico-penali né nella loro riforma<sup>21</sup>; ma non esiste nemmeno una separazione netta tra essa e la Dogmatica, così come nemmeno si dà un taglio netto tra natura e cultura, come già si è avuto modo di sottolineare. In particolare, nella Dogmatica penalistica le conoscenze criminologiche sono indispensabili per addentrarsi nella realtà dei fenomeni regolati dal Diritto punitivo – l'unico antidoto contro l'oppio del concettualismo giuridico –, e per interpretare adeguatamente le disposizioni sul reato in generale, i reati in particolare e le loro pene rispettive. «Spesso non è possibile verificare il contenuto della norma senza ricorrere alla Criminologia» (Gimbernat). Manca ancora, però, la formulazione di una teoria generale circa il valore delle conoscenze criminologiche nell'intelligenza normativa delle leggi penali, in modo che si possano coniugare i metodi ermeneutici tradizionali (grammaticale, storico, logico-sistematico e teleologico) con la metodologia criminologica, basata sull'osservazione e sull'esperimento.

---

<sup>21</sup> Hermann Mannheim, un criminologo, e Heinz Zipf, criminalista, coincidono affermando la necessità di preservare la neutralità politico-criminale della Criminologia, per evitare che questa sia condotta unilateralmente e al solo scopo di confermare determinati punti di partenza ideologici. In fondo, si tratta di evitare che questa disciplina costruisca un proprio concetto di reato.



## CAPITOLO IV

### LO IUS PUNIENDI

*Traduzione di Andrea Perin*

SOMMARIO: 1. Concetto, contenuto ed estensione; 2. Dottrine sulla sua natura; 3. Il dibattito sulla sua giustificazione; 4. La relazione giuridico-penale.

#### *1. Concetto, contenuto ed estensione*

*Ius puniendi* è l'espressione latina con cui si indica il Diritto penale in senso soggettivo, cioè il potere o la facoltà dello Stato (e oggi anche della comunità degli Stati) di stabilire e definire i reati e di imporre, applicare ed eseguire le pene. Si consideri questa la sua definizione, fatte salve le precisazioni che faremo in seguito considerando il dibattito riguardante gli elementi del concetto.

Il problema giuridico dello *ius puniendi* emerge nel concettualismo del XIX secolo a proposito della distinzione, classica benché molto discussa nella Filosofia giuridica, fra Diritto in senso oggettivo e Diritto in senso soggettivo. Fu Binding, il più grande pandettista dell'epoca in materia penale, «chi meglio definì il concetto di Diritto penale soggettivo dello Stato»<sup>1</sup>. Il problema politico e morale del potere di punire i reati, con le relative discussioni, risale invece a molto tempo prima, benché spesso, come per certi versi tuttora, venne confuso con la diversa questione relativa alla finalità o al senso della pena.

Si noti fin d'ora che i termini del dualismo Diritto oggettivo e diritto soggettivo, *ius poenale* e *ius puniendi*, non sono tra loro indipendenti. Si tratta di concetti opposti ma al tempo stesso complementari. Nelle

---

<sup>1</sup> Ma lo intese come diritto di obbedienza che lo Stato può pretendere dai suoi sudditi, come a ragione sottolinea Jiménez de Asúa, al quale appartiene la citazione, e come vedremo di nuovo tra poco.

pagine precedenti, occupandoci del Diritto penale in generale, abbiamo osservato che comprendere nella sua definizione la facoltà punitiva risponde a un'esigenza strettamente giuridica, perché se fosse svincolata dalle norme e dalle regole che le conferiscono lo statuto di *facultas agendi* sarebbe solo un mero fatto o un atto di violenza. La relazione biunivoca tra queste nozioni, tale per cui in definitiva si tratta di due aspetti di uno stesso ente in ragione del fatto che il Diritto penale soggettivo altro non è che l'attuazione del Diritto penale oggettivo, riguarda ciascun elemento del triplice contenuto dello *ius puniendi* (determinazione dei reati e delle pene, sanzione dei primi con le seconde ed esecuzione), ma soprattutto quello più genuino e caratteristico, cioè il potere di applicare ed eseguire le pene. In sintesi, il Diritto penale soggettivo si fonda sul Diritto penale oggettivo, che lo regola e lo limita. Per questa ragione, riflettendo anche sulle relazioni giuridiche ad esso soggette, la dottrina italiana della metà del XX secolo elaborò la teoria della 'subiettivazione della norma penale', cioè il passaggio che porta dalla astrattezza dei precetti generali alla concretezza delle situazioni storiche dal punto di vista intersoggettivo, ovvero ai due soggetti di una stessa relazione giuridica<sup>2</sup>. Così, i limiti dello *ius puniendi*, dei quali così tanto si discute nella dottrina penalistica contemporanea – erede sotto questo profilo dell'Illuminismo del secolo XVIII –, rispondono in realtà ai limiti del potere di stabilire reati e punizioni che derivano dal Diritto dello Stato in quanto Stato di Diritto<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Tra gli autori che svilupparono l'argomento a livello monografico spiccano Aldo Moro e Giuliano Vassalli. La data delle loro opere (1942), così come l'orientamento generale del loro pensiero, riflettono le conseguenze che il totalitarismo aveva nel frattempo prodotto in Europa, emarginando il valore scientifico e politico del diritto di punire. «Il vero significato dello *ius puniendi* fu evidente quando lo Stato totalitario violò il confine della sfera libera dalla pena» (Maurach). La volontà di subiettarlo fu una risposta alla crescente de-giuridicizzazione del Diritto penale.

<sup>3</sup> Scrive Mir Puig che «l'utilità principale dello studio del fondamento dello *ius puniendi* dello Stato consiste nel farvi derivare dei limiti al suo esercizio». Più avanti ci occuperemo di questo fondamento. Per il momento va sottolineato che presupposto logico-astratto dello *ius puniendi* è che esista un Diritto penale e, di conseguenza, un Diritto *tout court*. Pertanto non condividiamo l'idea che il potere di comminare le pene sia assoluto e incondizionato in quanto fondato sulla sovranità (Grispigni), né che la questione dei suoi limiti non riguardi il Diritto positivo ma soltanto esigenze superiori

Per quanto riguarda l'ampiezza di questa facoltà, essa non supera quella delle relazioni giuridiche in generale; anzi, dovendo essere il Diritto penale un ordinamento garantista<sup>4</sup>, essa può e deve essere più limitata rispetto alla totalità degli illeciti rimproverabili. Per profilare meglio i suoi contorni generali è dunque indispensabile definirli in base alle materie e ai soggetti che considera il diritto punitivo, oggettivamente e soggettivamente. L'aspetto obiettivo riguarda l'oggetto di cui si può occupare, cioè le relazioni giuridiche suscettibili di essere definite come reato e sanzionate con la pena. Opportunamente Filangieri mette in relazione i due estremi di questa grandezza: «Il campo delle pene, racchiuso ne' limiti dell'umanità, è molto ristretto, se si paragona con quello de' delitti». Come vedremo al momento opportuno, l'idea di umanità appartiene al concetto di Diritto e da ciò deriva che è possibile riconoscere la qualità di pena giuridica solo alla sanzione che rispetta la condizione di persona del condannato. Persino Arturo Rocco, nonostante la sua dura concezione del soggetto passivo del diritto di punire come oggetto o suddito (*servitus poenae*), riconobbe che tale diritto non è assoluto e che trova il proprio limite nell'esigenza di rispettare la personalità, la qualità di soggetto di diritto e il valore di fine in sé del reo, ciò che implica il rifiuto, in quanto illegittimo, di qualunque trattamento crudele e di qualunque mezzo che non rispetti tale essenziale dignità. Di più: «La pena che giungesse a negare la personalità umana negherebbe se stessa come istituto giuridico»; «se con la pena si negasse il diritto di personalità nel delinquente, si negherebbe pure il suo debito giuridico di soggiacere alla pena» (Pessina). La relazione giuridica che deriva dall'esercizio di questa facoltà implica corrispondenti diritti del reo nei confronti dello Stato, i quali, secondo lo stesso Rocco, sono diritti di libertà. Il concetto stesso di Diritto consente a sua volta di delimitare il secondo estremo dell'aspetto obiettivo del diritto di punire, i reati. Da tale concetto si desume un criterio formale per i legislatori in

---

di giustizia (Bettiol). La sovranità non è illimitata; la giustizia, invece, è indeterminabile. V. *infra*, in questo stesso capitolo, par. 2.

<sup>4</sup> Fu l'Illuminismo, che mai dubitò della natura meramente sanzionatoria del Diritto penale, che portò alla luce il principio di minimo intervento. La necessità della pena emerge chiaramente nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789 e nella Costituzione francese del 3 settembre 1791 che la contiene.

ambito penale, quello secondo cui possono essere considerate penalmente rilevanti solamente le condotte che rappresentano un attacco ai beni la cui conservazione risponde a un interesse generale della comunità, ciò che i fondatori del Diritto penale contemporaneo chiamarono ‘danno pubblico’ (Beccaria) o ‘sociale’ (Carmignani).

Soggettivamente, il diritto di punire riguarda gli individui o gli enti passibili di pena in quanto resisi responsabili di un delitto. Non c’è dubbio che l’essere umano lo sia. Restano quindi da determinare le condizioni che consentono di ritenere un individuo giuridicamente imputabile o ‘capace di pena’ (Radbruch). Si tratta di un problema sia empirico che speculativo, relativo, da un lato, alla conoscenza scientifica delle fasi evolutive e involutive dell’essere umano e, dall’altro, al concetto generale di essere umano assunto da ciascun ordinamento giuridico. Il Diritto che lo intenda come essere essenzialmente libero, benché debba costruire la propria libertà nel rapporto con gli altri, sarà incline a valutare la sua ‘capacità penale’ in relazione alle circostanze concrete – biologiche, psicologiche, sociali – di esercizio individuale della libertà e ai cambiamenti della personalità che possono intervenire dopo la commissione del reato<sup>5</sup>. Il Diritto secondo cui l’uomo è un essere determinato nel suo agire, invece, non avrà alcuna difficoltà a considerare soggetto passivo dello *ius puniendi*, inteso allora come puro strumento di difesa e profilassi sociale, chiunque si meriti l’etichetta pubblica di ‘pericoloso’.

Anche un insieme di individui liberi associati può considerarsi soggetto passivo di questo diritto, sempre che l’ente creato si caratterizzi per un’identità teleologica, un fine autonomo che ne rappresenti l’unità. Cionondimeno, l’attribuzione della responsabilità penale alle persone giuridiche porterà sempre con sé un’intima contraddizione. La persona

---

<sup>5</sup> Si tenderà pertanto a consentire una valutazione individualizzata dell’imputabilità degli accusati, evitando di ricorrere ad archetipi, e a considerare i cambiamenti che con il tempo possono intervenire nell’identità delle persone, per sostenere ad esempio il carattere prescrivibile dei reati e delle pene. Attenersi alla mera identità fisica tra autore del reato e soggetto passivo della pena significa non considerare i profondi cambiamenti che il tempo può portare alla personalità di ciascun individuo. Chiunque abbia raggiunto una certa età sa bene che «l’identità personale non esclude una certa ‘inidentità’»(Silva Sánchez).



giuridica è formata da individui, ma questi non potranno mai essere considerati semplici parti di un tutto. La teoria della responsabilità penale delle persone giuridiche dovrà necessariamente ricorrere a concetti ed elementi della tradizionale teoria del reato pensata per l'essere umano; di ciò è un esempio la nota teoria della 'colpa di organizzazione', elaborata secondo il modello della *actio libera in causa* e della *culpa in vigilando* del Diritto civile. Così come qualunque imitazione produce un risultato ibrido, la deformazione del modello emulato – un congegno rigido e mostruoso –, allo stesso modo la teoria penale delle persone giuridiche non sarà mai davvero una teoria del reato, ma una teoria dell'attribuzione<sup>6</sup>. Questa difficoltà, d'altronde, non si presenta in relazione ad altri tipi di rapporti giuridici (civili, commerciali e amministrativi, principalmente), che assumono le persone giuridiche come meri centri di imputazione di conseguenze favorevoli o sfavorevoli. Ciò conferma l'opportunità di valutare l'attività di questi enti al di fuori del diritto penale, opportunità non già empirica o politico-criminale, ma al tempo stesso ontologica e politica.

Restano infine gli animali e la natura organica e inorganica in generale. Lungo il corso della storia incontriamo numerosi processi penali ad animali e oggetti inanimati. In particolare, sono tipici della giustizia punitiva medievale i processi condotti contro animali ritenuti responsabili di presunti delitti o calamità.

Mai come allora – scrive uno dei più autorevoli studiosi della materia, Constancio Bernaldo de Quirós – l'azione penale e la giurisdizione sugli animali furono assimilate alla persecuzione e alla punizione dei crimini umani, con gli stessi caratteri e le stesse procedure.

Ammettiamo che la questione sulle ragioni di simili imputazioni e processi – una certa personificazione dell'animale (Welzel), una visione schematica e unitaria della realtà (una metafisica panteista o materialista) determinante un'estensione delle relazioni giuridiche alla giustizia

---

<sup>6</sup> Nel senso di attribuzione di fatti altrui. In uno studio citato nella bibliografia spieghiamo le radici politiche di tale costruzione, che si trova a metà strada tra autoritarismo e totalitarismo. La dottrina liberale, come noto, è contraria di principio alla responsabilità penale degli enti collettivi.

sub-umana (Rivacoba) o una concezione animista della realtà tipica dell'uomo primitivo (Amira) – sia meno importante per il soggetto passivo dello *ius puniendi* che per la giustificazione della stessa giustizia sub-umana. Di fatto, nel XVIII secolo questi processi cessarono di essere celebrati perché ne venne a mancare la base giuridica. Se occorre rinunciare alla prosecuzione del processo e se la pena non può essere irrogata al reo quando questi si trovi in uno stato di alienazione mentale, è perché il reato richiede una volontà da parte dell'agente e la piena consapevolezza del suo contenuto simbolico e del disvalore racchiuso nella condanna. Le nostre conoscenze fenomenologiche non ci permettono di sostenere che il diritto di punire possa essere esteso ad altri esseri del regno animale, vegetale o minerale.

Altra cosa è che gli animali e l'ambiente naturale nel suo insieme possano essere considerati soggetti passivi di alcuni delitti, cioè che possano essere presi in considerazione nella prima fase del processo di 'subiettivazione' del Diritto penale, quando questo sancisce il dovere di non attentare all'integrità di certi beni giuridici. Siccome la questione fuoriesce dal nostro tema, riguardando il concetto di reato del quale ci occuperemo in un altro capitolo, basti qui ricordare che la soluzione al problema filosofico-giuridico della giustizia sub-umana – l'esistenza di relazioni giuridiche dirette tra l'uomo, gli altri animali e la natura in generale – si trova ancora una volta nel concetto logico-astratto di Diritto. Nella sua regolazione dell'agire intersoggettivo, il Diritto obbliga a considerare la posizione dell'uomo di fronte a ciascuno degli esseri che formano l'ambiente in cui vive. Questa posizione non è illimitata o assoluta. L'esistenza di una comunità di esseri umani è il presupposto razionale del Diritto<sup>7</sup>; né l'uomo ha creato il suo ambiente né del resto potrebbe sopravvivere un solo istante senza di esso. È quindi dovere giuridico di ciascuno rispettare la vita e il benessere degli animali, tanto quanto prendersi cura della terra in cui viviamo, come interesse morale e vitale della nostra specie<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Presupposto che esclude la possibilità di relazioni giuridiche tra gli animali non umani, come invece si pensò in altri momenti della storia dell'umanità.

<sup>8</sup> Ignorando quale sia lo statuto ontologico e il senso più profondo dell'universo e degli esseri viventi, questione noumenica rispetto a cui le religioni non possono dare una risposta razionale, non ci resta che ridurre la giustizia sub-umana ai doveri degli

## 2. Dottrine sulla sua natura

Fino alla metà del XX secolo la soluzione alla questione sulla natura dello *ius puniendi* non andò oltre la sua stessa denominazione, cioè la sua qualità di diritto soggettivo.

Tuttavia, poco dopo essere stata esposta dai concettualisti, questa posizione venne messa in discussione. Anzitutto si sostenne che in questo modo si stava operando una mera trasposizione di concetti civilistici ad un altro ambito, quello giuridico-pubblico, ad essi poco adatto, e, più tardi, che i doveri corrispondenti a un simile diritto ne svelavano il reale volto autoritario. Così, però, non si seppero riconoscere due questioni relative alla ontologia e alla assiologia del Diritto. Da un lato, ‘diritto soggettivo’ non è soltanto un concetto di diritto privato, ma una nozione fondamentale o *a priori* che informa l’intero ordinamento, ricavandosi direttamente dal carattere relazionale del primo elemento – la personalità e l’alterità – contenuto nel concetto generale di Diritto. Il diritto soggettivo e pertanto anche il diritto di punire «non sono generalizzazioni causali di fenomeni empirici, ma categorie imprescindibili del pensiero giuridico» (Radbruch). Dall’altro, la relazione giuridica da cui si desume il concetto di diritto soggettivo non assume affatto un significato liberticida. Al contrario, concepire il vincolo fra soggetto attivo e passivo dello *ius puniendi* come una relazione disciplinata dal Diritto non rappresenta solo un grande merito della pandettistica tedesca e del tecnicismo giuridico italiano ma, soprattutto – come avremo modo di chiarire alla fine di questa sezione –, un modo per tutelare giuridicamente l’individuo di fronte al potere dello Stato.

La tendenza autoritaria di Binding e Rocco si riconosce piuttosto nell’aver sostenuto una netta separazione fra lo *ius puniendi*, con la re-

---

esseri umani nei confronti della natura, senza attribuirle diritti che essa non potrebbe reclamare, ma con la cattiva coscienza che deriva dalla nostra ignoranza sul significato ultimo delle cose. Zaffaroni definisce questa posizione ‘ecologia ambientalista’, che si distinguerebbe dalla ecologia radicale che riconosce agli animali e alla natura in generale diritti propri e indipendenti dagli interessi umani. Secondo l’autore il recente costituzionalismo andino, in Bolivia ed Ecuador, sarebbe passato dal primo al secondo tipo di ambientalismo. Tuttavia, questo cambiamento sembra fondarsi su credenze religiose ancestrali più che sulla conoscenza dell’ontologia delle cose.

lazione giuridica che consente di fondare, e il potere punitivo. Il primo richiede che la legge penale abbia stabilito reati e pene e, perciò, si traduce nella facoltà dello Stato di agire secondo norme prestabilite, il Diritto penale oggettivo. Tuttavia questi autori escludono dalle proprie riflessioni giuridiche il potere penale, perché da essi considerato parte del concetto di sovranità e quindi qualcosa di assoluto e illimitato. Questo spiega il loro modo di intendere la relazione giuridico-punitiva. Derivando da un potere sovrano e infinito, che non abbisogna di altra giustificazione che non sia lo Stato stesso, lo *ius puniendi* troverebbe il proprio fondamento in quella stessa supremazia. Per questa ragione Binding potrà affermare che «la ragion d'essere di questa titolarità statale risiede nel fatto che lo Stato, le cui norme viola il delinquente, deve essere portatore del diritto all'obbedienza insieme al diritto di punire il trasgressore». Così, si instillò per ben due volte nello *ius puniendi* il veleno del 'transpersonalismo', sia perché si diede per scontato il delicato problema politico, filosofico e giuridico del fondamento e della giustificazione del diritto di punire, sia perché si concepì il reato «non come la lesione di un diritto altrui ma semplicemente come la violazione di un dovere di obbedienza generale nei confronti dello Stato» (Cattaneo).

Se il titolare della facoltà di punire fosse portatore di un diritto all'obbedienza, per cui lo si dovrebbe considerare soggetto passivo ultimo, mediato e necessario di tutti i reati<sup>9</sup>, il concetto stesso di Diritto ne uscirebbe pregiudicato; ciò, infatti, significherebbe che non sono Stato e Diritto ad esistere a causa dell'individuo, ma l'essere umano a causa dello Stato e del suo Diritto. L'idealismo filosofico in cui riposano le premesse del concettualismo giuridico degenera qui in un evidente irrazionalismo: la separazione del concetto o dell'essenza delle cose dalla loro esistenza o realtà oggettiva, per cui il Diritto prescinde del tutto dalle relazioni e dagli interessi umani a cui riferiscono le norme, diventando causa di se stesso<sup>10</sup>. E neppure esiste il dovere di obbedienza che

---

<sup>9</sup> L'oggetto giuridico formale del reato, secondo Rocco e Grispigni.

<sup>10</sup> Come nella critica all'esito reazionario della filosofia di Schelling, il quale privando l'esistenza di qualunque contenuto e di qualunque razionalità finisce col ridurre l'essenza delle cose al vuoto del nulla, «presentato con la arrogante e magniloquente

questa dottrina, a causa del suo irrimediabile formalismo, attribuisce agli individui in quanto sudditi. In realtà, ciascun dovere giuridico si giustifica in relazione a concrete ragioni sostanziali, non ad un generale vincolo di sottomissione. «Il dovere è una categoria formale che in quanto tale nulla dice fino a che non lo si ponga in relazione con i valori tutelati, specificandolo e concretizzandolo» (Bettiol). Ciò che conta è lo specifico oggetto giuridico a cui è legato il dovere, i beni giuridici su cui si basano le disposizioni giuridico-penali particolari. Allo stesso modo, ma dalla prospettiva inversa, il diritto soggettivo dello Stato implica l'idea di un dovere specifico, quindi il concreto esame di ciascuna norma e del suo scopo di protezione. Ciò fa sì che soggetto passivo ultimo, mediato e necessario dei reati non sia lo Stato ma la comunità, dalla quale provengono i corrispondenti giudizi di valore, e soggetto passivo primario, immediato e contingente, uno o più individui.

Radicalizzando la distinzione tra potere punitivo – un fatto, ma soggetto a certi limiti e, grazie ad essi, connotato da un proprio fondamento, come vedremo nel prossimo paragrafo – e *ius puniendi*, Binding e Rocco prestarono inavvertitamente il fianco ad alcune critiche che non tardarono a manifestarsi. Legandolo alla sovranità o riferendosi all'obbligatorietà dell'azione penale da parte del pubblico ministero, alcuni autori affermarono che non si trattava di un diritto soggettivo né di una facoltà dello Stato, bensì di un dovere, una funzione sociale, una potestà giuridico-pubblica. Questa fu l'opinione espressa, tra gli altri, da Ferri, Manzini, Maggiore, de Marsico e Vassalli; ma analoga posizione era già stata assunta nel XVIII secolo dal filosofo cartesiano Malebranche, secondo il quale «l'imposizione delle pene è, più che un diritto, un obbligo del principato». Tuttavia, il potere persuasivo di queste argomentazioni è più apparente che effettivo. Certo, non v'è dubbio che per gli organi pubblici incaricati di applicarlo il Diritto penale rappresenti un dovere. E questo sembrerebbe dare ragione a Vassalli quando osserva che la potestà punitiva, come egli la definisce, non sarebbe rinunciabile, prescrivibile né trasmissibile. Ma così non è. La rinunciabilità del diritto di punire, di applicare o eseguire la pena, è dimostrata dal fre-

---

pretesa di una razionalità superiore, divina» (Lukács); ciò che nel nostro caso è la razionalità superiore di un ordinamento giuridico autosufficiente ed ermetico.

quente esercizio da parte dello Stato delle prerogative dell'amnistia e dell'indulto<sup>11</sup>. Inoltre, gli organi giurisdizionali a cui compete la funzione di applicare il Diritto penale non sono lo Stato, che è il vero titolare del diritto di punire, né si identificano o confondono con esso<sup>12</sup>. Essi sono da intendersi come i suoi mandatari, che lo esercitano a suo nome. Per questo lo Stato, attraverso le deliberazioni dei propri poteri politici, può legittimamente rinunciare allo *ius puniendi*. Inoltre, pena e reato sono entrambi prescrivibili. Il diritto di punire è poi suscettibile di trasferimento e trasmissione, come dimostrano, tra gli altri esempi storici, la competenza sussidiaria o principale attribuita dai singoli Stati ai tribunali penali internazionali, la c.d. giustizia penale sostitutiva, in cui uno Stato processa un soggetto che ha commesso un fatto sul territorio di un altro Stato, e il passaggio di titolarità in caso di successione, annessione o riunificazione di Stati<sup>13</sup>.

In conclusione, lo *ius puniendi*, sorto con le leggi che determinano reati e pene, è un autentico diritto soggettivo. Restano però da fare due considerazioni, una accessoria e una di fondo. La prima riguarda l'aspetto processuale di questo diritto. Una volta commesso un reato, lo *ius puniendi* assume veste procedurale, appare cioè come pretesa punitiva, prima astratta, fino a che non si arrivi ad una condanna, poi rappresentata dall'esigenza di dare esecuzione alla pena stabilita dalla sentenza. Ciononostante, la pretesa in parola non consente di ritenere che il diritto sottostante concerna il processo penale; si tratta di un concetto

---

<sup>11</sup> Che i singoli Stati non possano fare uso dello *ius aggratiandi* in materia di crimini e pene internazionali è tutto fuor che pacifico alla luce del vigente Diritto internazionale penale.

<sup>12</sup> A rigore, un dovere penale dello Stato in quanto tale, cioè in quanto distinto dai suoi organi, non esiste (Grispigni).

<sup>13</sup> Ipotesi che rientrano nella categoria generale delle 'trasformazioni della relazione giuridico-punitiva', identificata scientificamente da Binding. La riunificazione della Germania nel 1990 rappresenta un caso di trasmissione, data la sopravvivenza limitata del Diritto penale della Repubblica Democratica nell'ordinamento della Repubblica Federale, in particolare in relazione ai fatti accaduti mentre esisteva la prima, purché le sue leggi risultino più benevole di quelle dello Stato federale. Oggi si tratta di un problema di Diritto interno, come segnalano i giuristi tedeschi, tra i quali Jescheck; tuttavia si trattò in origine della trasmissione politica del diritto di punire da uno Stato ad un altro.

coerente con la caratteristica realizzazione giudiziale del Diritto punitivo, null'altro. Per quanto riguarda invece la questione di fondo, è facile cogliere l'importanza di intendere questa facoltà come diritto soggettivo. Solo in questo modo lo si mantiene sul piano dei concetti giuridici fondamentali, con le relative componenti personali e relazionali, quel 'tuo e mio' evocato da Bettiol. Ogni relazione giuridica implica diritti e doveri reciproci. Per il reo ciò significa che egli non è oggetto di un rapporto di potere, come invece fino al tardo XIX secolo teorizzarono molti pubblicisti, ma un soggetto titolare di diritti e doveri nei confronti dello Stato. Possiamo così concludere che lo *ius puniendi*, se inteso correttamente, è il risultato concettualmente necessario del liberalismo politico e carattere proprio dello Stato di Diritto.

### 3. Il dibattito sulla sua giustificazione

Il problema della giustificazione della facoltà di stabilire reati e irrogare pene può riguardare la filosofia giuridico-penale, inquadrandosi dal punto di vista sistematico nella Introduzione della disciplina criminalistica, oppure essere esaminato come un capitolo della teoria della pena e coincidere con la questione riguardante la sua finalità. Entrambe le vie sono state percorse dalla dottrina contemporanea, ma ciò non significa che la trattazione del tema sia equivalente e che debba condurre agli stessi risultati.

La seconda metodologia, quella che identifica la giustificazione dello *ius puniendi* con la finalità della pena, è strettamente legata al concettualismo e alla rigida separazione fra potere penale e diritto di punire. Essa si percepisce ancora nella distinzione, che si deve ad Aldo Moro, dei due momenti che caratterizzerebbero lo Stato nel processo di 'subiettivazione' della norma penale: uno di sovranità, nel quale appare investito del potere di punire; l'altro di autonomia, nel quale compare come titolare di un diritto soggettivo. Meraviglia il fatto che sia stata portata avanti da giuristi molto lontani dal concettualismo del XIX secolo. Tra i neokantiani, Radbruch sostenne che dalla Rivoluzione francese, la quale distrusse l'opposizione tra individuo e Stato teorizzata dal giusnaturalismo razionalista, la dottrina sul fondamento della pena restò

parte di quella sulla giustificazione dello Stato, ragion per cui smise di interessare al pensiero criminalistico, che dal canto suo avrebbe dovuto occuparsi soltanto del problema della finalità della punizione. Analogamente, Mayer affronta quest'ultimo nell'ambito della teoria e della dogmatica della pena, segnalando che la giustificazione del diritto di punire – la teoria del Diritto penale, come egli la definisce – è questione che riguarda la Filosofia del Diritto o il Diritto pubblico. Anche altri autori, oggi come allora, ritengono di dover affrontare queste questioni dopo la teoria del reato nel capitolo introduttivo allo studio della pena, confondendo di nuovo la ragione della punizione con il suo scopo, sicché per indicarne una specifica finalità occorre previamente individuarne la giustificazione<sup>14</sup>.

Infausta conseguenza della radicalizzazione della contrapposizione fra potere punitivo e diritto di punire, opposizione che al tempo stesso separa i concetti di Diritto penale e *ius puniendi*, fu la riduzione della questione del suo fondamento a un problema di validità giuridica, all'interno del quale la soluzione, come sostiene Mayer, sarebbe fornita dalle teorie della legge penale e del reato. In questo modo, però, si dimentica che le teorie sulla giustificazione del diritto di punire, nel senso che qui interessa, sono contemporaneamente teorie sulla giustificazione del Diritto penale, perciò anche della legge penale e del reato. Se il Diritto penale soggettivo manca di altro fondamento oltre a quello che gli conferiscono le fonti del Diritto, neppure il Diritto penale oggettivo, costituito da tali fonti, può avere una propria giustificazione. È in questo aspetto che sta il difetto della costruzione teorica di Zaffaroni. Per l'illustre giurista sudamericano, mentre il potere punitivo è un fatto politico, la pena è un atto di forza che ammette solo una spiegazione politica, ma nessuna legittimazione intrinseca, analogamente al violento fatto di guerra. Pertanto, la missione del Diritto penale e della scienza che lo studia sarebbe quella di contenere o limitare quel potere, mai di legittimarlo. L'unica possibile legittimazione di quelle dispute attiene al compito spettante a giudici e giuristi di aumentare il potere giuridico e garantire certezza ai soggetti punibili. Ebbene, questa teoria negativa

---

<sup>14</sup> Torneremo su quest'aspetto nell'ultimo capitolo del libro. A quel punto spiegheremo che il senso della pena dipende anche dall'idea di Diritto che ispira ciascun ordinamento giuridico.



del potere penale, agnostica sul piano delle funzioni della pena, getta un velo di sfiducia sul valore del Diritto penale e rappresenta a suo modo un frutto tardivo della confusione tra il fondamento di cui ci stiamo occupando e la finalità della pena, nodo rispetto al quale, secondo Zaffaroni, non esisterebbe alcuna possibile soluzione razionale.

In realtà, la ricerca della giustificazione del diritto di punire, e quindi del Diritto penale, deve porsi come questione antecedente al senso della pena e molto prima del Diritto penale dogmatico, la cui elaborazione scientifica è radicata in entrambe le questioni. Esse – la ragion d'essere del diritto di punire e il senso della pena – formano il nocciolo dell'Introduzione alla nostra materia e il suo studio spetta alla Filosofia, benché «non per questo debbano essere tralasciate dal giurista» (Jiménez de Asúa). Pur avendo entrambe origine metafisica e benché la prima sia presupposto della seconda, occorre distinguere l'una dall'altra. Una volta isolata, la giustificazione dello *ius puniendi*, una sfida filosofica, potrà dare al giurista la sicurezza innata delle certezze assolute, la consapevolezza senza speranza dell'agnosticismo o la cattiva coscienza dello scetticismo<sup>15</sup>.

È possibile avvertire la differenza esistente tra fondamento giuridico e fondamento filosofico del diritto di punire nel triplice significato che assume la parola 'validità' nella teoria del Diritto. Giuridicamente essa indica la pretesa di obbligare che è propria della norma giuridica come regola del Diritto, il che corrisponde alla sua dimensione ontologica; e per verificare se una norma vale, *ergo*, obbliga, occorre rivolgersi alle sue fonti formali, quelle che consentono di renderla valida attraverso un atto storicamente determinato. Dal punto di vista sociologico, inoltre, validità significa che la norma è concretamente rispettata, indicando la

---

<sup>15</sup> La certezza assoluta può fornirla solo una convinzione superiore circa l'origine del diritto di punire acquisita dalla Filosofia religiosa del Diritto. L'agnosticismo si arrende di fronte alla mancanza di speranza e per recuperare la fede dovrebbe sfociare nell'abolizionismo propugnato da alcuni settori della Criminologia critica. Lo scetticismo porta con sé la cattiva coscienza circa qualunque giustificazione relativa del Diritto penale e del suo carattere problematico e discutibile; tuttavia è al tempo stesso consapevole della necessità di questa specie di sanzione pubblica chiamata pena, che considera non come il bene che neppure potrebbe essere ma come il minore tra due mali. È in questo senso che va intesa la famosa 'cattiva coscienza' che Radbruch raccomandò per il buon giudizio del giovane penalista.

questione dell'efficacia delle disposizioni giuridiche, oggetto di studio della Sociologia del Diritto. Resta allora il suo significato metafisico, che si riferisce alla questione relativa al perché è necessaria una norma e, in generale, il Diritto *sub specie aeternitatis*. In altre parole si tratta della giustificazione, della ragione che fonderebbe la legittimità del Diritto nella vita umana. A tale questione si suole rispondere rivolgendosi al Diritto come una profonda necessità dell'uomo, una esigenza che però lo mette al servizio della sicurezza della convivenza, in modo da

eliminare dall'esistenza umana il pericolo che nasce dalla inquietudine della vita sociale, la lotta delle aspirazioni e le passioni umane, e dare a quella esistenza continuità e solidità, sicurezza e prevedibilità (Coing).

Ora, considerato che il nesso tra giustificazione del Diritto e giustificazione dello *ius puniendi* è strettissimo, e dato che, a dire il vero, il secondo dipende dal primo, occorre anzitutto spiegare che cosa si intenda con la parola 'giustificazione'. Dopodiché bisognerà riesaminare sommariamente i termini del problema in relazione al Diritto in generale, per poi rivolgerci alla negazione e alla giustificazione dello *ius puniendi*.

Giustificazione equivale a fondamento del Diritto, indica la sua radice, il suo principio o la sua origine nell'esistenza umana. In Filosofia si incontrano però due grandi accezioni del termine 'fondamento'. Lo si può intendere in senso ideale, come base dal punto di vista logico, come spiegazione razionale di un enunciato o di un insieme di enunciati: esso nulla dice sulla realtà che potrebbe sottendere l'enunciato stesso. Se inteso invece come fondamento reale, sta ad indicare la derivazione di una cosa da un'altra in antitesi al principio d'identità, giacché l'una non è logicamente contenuta nell'altra, essendone l'effetto<sup>16</sup>. Data la

---

<sup>16</sup> La distinzione in commento è di Kant, che la formulò basandosi sulle connessioni di idee e connessioni di fatti di Hume. Le prime sono proposizioni di carattere puramente intellettuale e non dipendono da qualcosa di esistente nell'universo; le seconde si basano sull'evidenza empirica e sulla relazione tra causa ed effetto. Le prime rispondono a ragionamenti dimostrativi; le seconde sono *a posteriori*, enunciati la cui verità o falsità non si può quindi stabilire o risolvere *a priori*. Da ciò deriva la teoria kantiana sul carattere irriducibile della esistenza di un'entità a qualsiasi caratteristica logica (Wahl). L'altro aspetto di questo problema, ovvero l'indipendenza dell'essenza delle

natura del Diritto, che consiste in un insieme di proposizioni ed enunciati normativi, è chiaro come il termine sia stato utilizzato principalmente nella sua prima accezione qualora si sia perseguito l'obiettivo di attribuire una ragion d'essere al Diritto in generale e al Diritto di punire in particolare. Tutte le teorie che negano ad essi una giustificazione, invece, fanno leva sulla mancanza di un fondamento reale sostenendo che entrambi o solo il secondo sono innecessari e perfino dannosi per lo sviluppo della vita umana. Le teorie negazioniste hanno quindi l'accortezza di legare le proposizioni normative all'agire intersoggettivo degli esseri umani; e sulla base di una loro analisi astratta o concreta risalgono di nuovo a quelle proposizioni per metterne radicalmente in discussione la legittimità.

Questa caratteristica è evidente nel problema della giustificazione del Diritto nella sua interezza. La maggior parte delle teorie che danno una risposta affermativa – e quasi tutte ne danno una – si risolvono in giudizi analitici, vacue astrazioni, se non mere tautologie. Ad esempio, quando si dice che il Diritto esiste nella vita umana come mezzo indispensabile alla salvaguardia delle condizioni di sopravvivenza della comunità, non si aggiunge nulla ad un elemento già contenuto nel concetto di Diritto, il quale regola l'agire in un contesto di relazioni bilaterali e presuppone l'esistenza di una comunità. E neppure se si afferma che il suo fondamento sta nella dignità dell'uomo e nell'esigenza di preservare i suoi diritti fondamentali aggiungiamo qualcosa di nuovo al concetto, che resta quindi sospeso in un piano ideale privo di giustificazione<sup>17</sup>. Si può replicare qualcosa di simile anche a chi afferma che il suo fondamento risiede nella necessità di proteggere la società attraverso la tutela dei suoi beni giuridici, poiché il concetto di Diritto implica

---

cose dalla loro realtà, cui abbiamo accennato prima, ritorna con tutta la sua esagerazione idealistica nel discorso che segue nel testo sul fondamento ideale del Diritto.

<sup>17</sup> Uno scrupoloso sforzo recente volto a giustificare lo *ius puniendi* internazionale, quello di Kai Ambos, trova il suo fondamento nel rispetto dei diritti elementari la cui base è la dignità dell'individuo. Tuttavia, la dignità è un'idea che può essere usata anche per confutare la necessità del Diritto penale, come fece l'anarchismo. Comunque, grande merito dell'autore è aver dimostrato che il diritto internazionale penale può esistere come tale anche senza bisogno dello Stato. In realtà, sovrana è la comunità degli Stati, che da questo punto di vista prende il posto del 'terzo assente' (Bobbio), lo Stato cosmopolita.

già l'orientamento delle sue prescrizioni verso fini che sottendono giudizi di valore<sup>18</sup>. L'esacerbazione della circolarità appare infine nella teoria secondo cui il Diritto troverebbe la sua giustificazione nell'idea pura della volontà o libertà autocosciente<sup>19</sup>.

Questa breve esposizione mostra come l'ambito fondamento vada cercato al di sopra o al di sotto del concetto di Diritto. La prima alternativa perse consistenza con la fine dello Stato assoluto. Ormai nessuno sostiene davvero che un principio etico o divino giustifichi l'esistenza del Diritto come mezzo di regolazione della vita sociale<sup>20</sup>. Per questa ragione è stato scritto che caduti i postulati divini o morali a sostegno del suo esercizio si perse anche la buona coscienza all'ora di punire (Radbruch). L'unico fondamento logico-astratto che restò da allora fu la dottrina del contratto sociale, anche se ridotta a principio metodologico. Il Diritto – compreso il Diritto penale – trova in questo senso una giustificazione quando può essere pensato, in ciascuno dei suoi momenti, come frutto di un accordo che lo mette al servizio dei membri della comunità, secondo l'essenza razionale dell'essere umano<sup>21</sup>.

Tuttavia, curiosamente, questo fondamento – che giunge dall'alto pur non essendo metafisico, bensì politico – può essere combattuto dal basso. Le dottrine che nel corso della storia hanno negato la giustificazione del diritto mettono in dubbio la necessità delle leggi a partire dal-

---

<sup>18</sup> Va osservato che questo genere di argomento viene utilizzato anche dai difensori di una giustificazione funzionale del diritto di punire, per esempio Mir Puig.

<sup>19</sup> «Il Diritto è qualcosa di *sacro in generale*, e lo è unicamente perché esso è l'esistenza del Concetto assoluto, della Libertà autocosciente» (Hegel).

<sup>20</sup> *Servata distantia* dai sostenitori del c.d. Diritto naturale, che in questo peccano di incoerenza rispetto al proprio dualismo. Se devono esistere due Diritti, uno naturale e uno positivo, con il primo a fondamento del secondo, non si vede perché debba esistere anche quest'ultimo.

<sup>21</sup> Si tratta della teoria del consenso, quella che utilizzarono Beccaria e Feuerbach come origine razionale dello *ius puniendi*. Mentre essa conduce a una giustificazione individualista della pena, altre teorie di quell'epoca si basano su principi assoluti, indimostrati e autoritari, come la teoria del merito morale (Kant) e quella della riaffermazione dialettica del Diritto mediante l'annullamento della violenza con altra violenza (Hegel). La vuota idea della reintegrazione del Diritto come astrazione servi nel passato e può valere tuttora, quando utilizzata dai suoi moderni seguaci, «per nascondere le più gravi ingiustizie» (Del Vecchio).

la realtà che esse scorgono nella natura umana. Le più antiche vi incontrano la bontà originaria o l'onestà dell'animo umano, per cui un Paese ben governato dovrebbe solo educare i suoi cittadini senza obbligarli e opprimerli per mezzo del Diritto<sup>22</sup>. Le più recenti adducono invece tendenze solidariste e soprattutto la libertà costitutiva dei membri della nostra specie. Sicché la fraternità tra i membri non richiederebbe sistemi di coercizione e imposizione (Krause) e la loro libertà non dovrebbe trovare ostacolo nelle insidie della legge (Bentham).

Però chiediamoci: queste concezioni contengono davvero una negazione del Diritto fondata su un'analisi concreta della costituzione umana o mantengono il soggetto delle relazioni giuridiche, in un livello di astrazione analogo a quello dei difensori idealisti della necessità del sistema giuridico? I termini della questione si ripropongono in relazione all'anarchismo contemporaneo, che rappresenta il punto d'incontro tra la negazione del Diritto e quella del diritto di punire e il traguardo raggiunto dalla fraternità e dalla libertà umana. Partendo dagli ideali del liberalismo e del socialismo e tentando di conciliarli in una sintesi armonica, l'anarchismo preconizza la soppressione dello Stato e l'instaurazione di una società priva di mezzi di sottomissione; una società concepita in modo tale da permettere a ciascuno di convivere in un ambiente libero e di cooperazione spontanea<sup>23</sup>. Siccome questa convivenza implica la sparizione non soltanto dello Stato e del Diritto ma anche dello *ius puniendi*, conviene valutare gli argomenti utilizzati dagli anarchici più autorevoli per capire se l'uomo di cui ci parlano assomigli allo ste-

---

<sup>22</sup> Di quest'idea furono Platone, Crisippo di Soli, San Paolo, Tomás Cerdán de Talada e Frate Luis de León, tra gli altri autori studiati da Joaquín Costa e Pedro Dorado Montero.

<sup>23</sup> «Dal liberalismo prende la sfiducia e il disprezzo nei confronti dello Stato e del Diritto, e così la loro minimizzazione, con la conseguente esaltazione dell'individuo e della sua libertà, portando tali principi al massimo concepibile; dal socialismo ricava invece i sentimenti di simpatia e solidarietà tra gli uomini, che li faranno unire liberamente e volontariamente per le loro affinità in gruppi che, con la stessa libertà, si congiungeranno in entità più ampie» (Rivacoba). In questa relazione non dovrebbe tuttavia figurare il marxismo, nonostante vi sia incluso dall'autore citato. L'esperienza sovietica, soprattutto a partire dal 1930, indica che in esso finì col riaffermare sia in teoria che in pratica la necessità del Diritto come mezzo di imposizione del potere e degli interessi della classe operaia.

reotipo della difesa idealista del diritto di punire o rappresenti invece una figura empirica immersa nelle circostanze dell'ambiente sociale.

A prima vista, il rifiuto anarchico dello Stato e del Diritto sembrerebbe riposare in una visione totalmente concreta del sostrato dei vincoli giuridici. Tolstoj e Kropotkin, ai quali dobbiamo illuminanti dottrine al riguardo, presentano due ordini di argomenti per combatterli<sup>24</sup>. Anzi tutto l'inutilità del sistema penale in relazione alle funzioni che sostiene di svolgere: le pene non prevengono i delitti, le cui cause principali sono le stesse leggi; i tribunali non sono altro che organi incaricati di proteggere gli interessi della classe superiore, compito che svolgono accanendosi sui più deboli; e le prigioni provocano soltanto umiliazione e degrado. Sia perché non esistono criminali, ma soltanto persone che hanno avuto la disavventura di essere etichettate come tali, sia perché tutte le spiegazioni della pena – intimidazione, esempio, correzione – sono prive di un reale fondamento, la funzione di punire è soltanto una crudeltà che disumanizza quelli che la esercitano e l'intera società. Ma l'idea secondo cui «la legge, infliggendo pene, è un abominio che deve cessare di esistere» (Kropotkin) si basa anche su considerazioni nascenti dalla concezione religiosa che anima l'anarchismo di Tolstoj e il punto di vista politico-antropologico che ispira la teoria libertaria di Kropotkin. Per Tolstoj la funzione penale è radicalmente contraria all'essenza umana perché insegna agli uomini a vivere isolati gli uni dagli altri e a credere che si possa trattare il prossimo come una cosa, «senza relazioni da essere umano a essere umano». Un frammento del saggio *Contro la guerra russo-giapponese* rappresenta magnificamente l'ideale Tolstojano.

Lo scopo della vita non è altro che questo: aspirare al perfezionamento che Cristo ci indicò dicendoci: siate perfetti, come vostro padre che sta nel cielo. Questo è l'unico scopo della vita accessibile all'uomo, ed esso non si raggiunge restando chiusi in un monastero o consegnandosi

---

<sup>24</sup> Il rifiuto anarchico dello *ius puniendi* si trova anche in altri autori del XIX e della prima metà del XX secolo, tra i quali spicca il letterato Anatole France. Essi tuttavia non portano argomenti molto diversi da quelli presentati dagli autori citati nel testo. Per un loro esame più accurato si vedano i libri di Jiménez de Asúa e Ferrajoli indicati in bibliografia.

all'ascetismo, ma coltivando il sentimento di unione con tutti gli uomini.

Siccome questo sentimento, secondo Tolstoj, non è altro che amore, non può essere lecito punire i criminali, i quali devono essere perdonati, come comandò Gesù, non sette, ma fino a settanta volte sette<sup>25</sup>. Secondo Kropotkin, «il torrente di depravazione riversato nelle società umane» dal sistema punitivo, con i suoi giudici, ufficiali giudiziari, gendarmi e delatori, sparirà con queste ignobili figure quando al suo posto governerà la cultura del prendersi cura dei malfattori in modo fraterno attraverso un trattamento paritario e la pratica di una vita dignitosa. «La libertà, l'uguaglianza e la pratica della solidarietà sono le sole forze sicure che possiamo opporre agli istinti antisociali di alcuni uomini».

Anche l'abolizionismo dell'ultima parte del XX secolo dà l'impressione di una comprensione concreta della realtà delle relazioni giuridico-penali. Tuttavia esso non proviene dall'anarchismo e consiste in un movimento dalle diverse matrici ideologiche: fenomenologiche, marxiste, storiche, financo strutturaliste. Condivide l'inclinazione utopica verso la società senza pene congetturata dagli anarchici<sup>26</sup>, ma enfatizza la critica alla società punitiva per la sua dimostrata inefficacia preventiva nei confronti della criminalità e per la troppa inutile sofferenza provocata ingiustamente senza produrre alcun effetto positivo a favore dei soggetti coinvolti nel conflitto che sta alla base di ciascun delitto. La sua proposta, peraltro, è più articolata di quella di un tempo: ridefinire i delitti come situazioni problematiche che richiedono una gestione concreta e diretta da parte delle persone in esso coinvolte con l'obiettivo di trovare una soluzione variabile, dipendente dalle particolarità di ciascu-

---

<sup>25</sup> Nel romanzo *Resurrezione*, Tolstoj aggiunge che l'origine dei mali dell'umanità «sta nel fatto che gli uomini riconoscono come leggi cose che non lo sono e negano al contrario la legge eterna e immutabile che Dio ha iscritto nei nostri cuori», e che se la società ha potuto sopravvivere «non è grazie al fatto che criminali legali giudicano i propri simili, ma perché, nonostante questa depravazione, gli uomini provano comunque pietà e amore gli uni per gli altri».

<sup>26</sup> La puntualizzazione per cui tra antico e moderno abolizionismo la differenza sostanziale starebbe nel fatto che, mentre il primo confidava nella fine dei conflitti sociali, il secondo postula l'abolizione del sistema penale come falsa soluzione per i medesimi conflitti (Zaffaroni), è sottile e non rende del tutto giustizia al vecchio anarchismo.

na situazione; si tratterà in generale di una forma di mediazione, conciliazione o composizione. Comunque sia, «si dovrebbe sempre restituire alle persone coinvolte la gestione dei propri conflitti» (Hulsman), e

procedere tentando di trovare soluzioni che obblighino le parti ad ascoltare invece che utilizzare la forza, cercare accordi invece che dare ordini, fare in modo di favorire la compensazione in luogo della vendetta e, in termini oggi non più di moda, spingere gli uomini a fare del bene invece che del male (Christie).

In realtà, né l'anarchismo né l'abolizionismo riescono a privare lo *ius puniendi* del proprio fondamento empirico. La loro considerazione dei fatti è parziale e la fiducia in un avvenire senza pene riposa in un'immagine dell'uomo che, alla luce della conoscenza storica e dell'insegnamento delle scienze che si occupano dell'agire individuale e sociale, appare idealizzata. Per quanto riguarda il primo aspetto, non tutti i reati implicano il 'conflitto' presupposto dall'abolizionismo; esistono infatti molte violazioni senza vittima benché ne derivi comunque un danno sociale. E laddove esiste un conflitto di interessi tra soggetto passivo e autore dell'illecito non è affatto detto che la funzione del Diritto penale sia quella di 'risolvere' quel conflitto. Come dice la sua stessa denominazione, il fine dei precetti penali è quello di punire con la sanzione più grave prevista dall'ordinamento le offese di particolare entità ai beni giuridici che ciascuna comunità considera di maggior valore. Ora, che il funzionamento dei sistemi penali produca conseguenze disastrose per individui e famiglie, specialmente negli strati sociali più umili, e che possa determinare una burocratizzazione delle funzioni giudiziali, accusa e difesa, la corruzione della polizia, un aumento di fatto dei suoi poteri e coprire con un manto di paura e meschinità l'intera società, è innegabile, tanto quanto il fatto che questo terribile apparato riesca ad intervenire soltanto rispetto ad una porzione infinitesimale del plesso dei reati commessi in un Paese; e tutto ciò consente di diffidare fondatamente della sua capacità effettiva di tenere sotto controllo la criminalità. Tuttavia, tali critiche raggiungono l'obiettivo solo concependo il diritto di punire come puro meccanismo di difesa sociale. Solo i teorici della difesa sociale, compresi gli epigoni dell'attuale funzionalismo, credono che il diritto penale debba 'funzionare', produrre



effetti sociali utili negando i quali svanirebbe anche la giustificazione della famosa difesa collettiva contro il delitto. Ma la ragion d'essere del potere penale non consiste nel proteggere la società, che non è neppure un fine in se stessa, bensì nel mantenere le condizioni che rendano possibili la preservazione e lo sviluppo dell'individuo in un'esistenza umanamente dignitosa. È qui che incontriamo l'ideale fondamento del diritto di punire, qualcosa che sta più in alto del concetto di Diritto penale, ma non così tanto da poterlo confondere con le idealizzazioni della giustizia o con una rappresentazione idealizzata della società organizzata<sup>27</sup>. Si tratta soltanto di un risultato e di un'esigenza della cultura, cioè dell'agire volto al perseguimento di scopi fondati su giudizi di valore.

Il simbolismo di quelle condizioni è in molti casi abbastanza forte da rendere innesessarie le pene. Ciò è dimostrato dalla miriade di individui che non delinquono perché si identificano già con esse per ragioni di educazione, cultura, credenze o sentimenti. Può anche darsi che il perfezionamento razionale e morale della nostra specie porti tutti gli esseri umani a riprovare violenza e usurpazione; ciò consentirebbe di rinunciare allo strumento della pena, così come la conosciamo storicamente e ancora oggi, anche nei confronti degli individui che per qualche motivo sono più propensi a delinquere. Altra cosa, però, è che in questa società futura sia possibile rinunciare a qualunque forma di sanzione pubblica di particolare gravità; ciò richiederebbe una trasformazione dell'uomo, un mutamento sostanziale nella sua natura e la conversione in qualche cosa di diverso ma al contempo evoluzione di se stesso, in un essere dotato di infinita saggezza e assoluta bontà. A quel punto risulterebbero inutili, persino impensabili, non solo lo *ius puniendi* ma anche il Diritto e lo Stato.

---

<sup>27</sup> «La nozione trascendentale di pena come intrinsecamente buona e giusta e la nozione trascendentale di società come fine in se stessa seguono vie divergenti: mentre quest'ultima fonda la statocrazia e subordina il Diritto all'utilità sociale, sostituendo l'utile al giuridico, la prima sembra volere l'assoluta e intrinseca giustizia ideale servendosi solo dei mezzi propri della stessa. Tuttavia, tale differenza nelle vie o nelle forme lascia sussistere l'accordo nel principio di una legge dedotta da sistemi di metafisica morale o sociale che ripugna la legge del dovere» (Brusa). Questo dovere non ha natura morale, ma strettamente culturale, preservare le condizioni indicate nel testo.

In fondo, anarchismo e abolizionismo propongono un nuovo modello di società, un progetto sociale fondato sulla solidarietà e sulla fraternità come componenti predominanti dell'essere umano. Ebbene, quest'immagine è astratta e utopica. Essa prescinde dall'individualità di ciascun essere umano, ciò che racchiude la sua essenziale dignità e che, irripetibile in ciascuno, fa sì che la convivenza non possa essere perfetta ma costellata di controversie e di conflitti. A ciò si collega la supposizione utopica secondo cui in questa società scomparirebbero all'improvviso altri elementi della psiche umana, nei quali è racchiuso il reale fondamento del diritto di punire<sup>28</sup>. Grazie alla Psicologia del profondo conosciamo gli effetti psicologici che produce la pena e le forze parimenti psicologiche sulle quali essa opera: quella espiatoria e quella vendicativa. I reati risvegliano sentimenti istintivi che non trovando un appagamento simbolico nella pena scatenerebbero reazioni spontanee di vendetta, individuale o collettiva, comunque sproporzionata e violenta. La necessità emotiva di soffocare i desideri intimi che portiamo tutti dentro, di emulare le gesta del delinquente vendicandoci del nemico esterno per essersi concesso l'ingiusto piacere di realizzare i propri desideri, in altre parole il richiamo dell'istinto di sopravvivenza risvegliato e scosso dal pericolo, trova nella pena una disciplina e uno sbocco razionale. Essa, benché sia nata per combattere la vendetta, inizialmente disciplinata attraverso la sanzione dei delitti privati<sup>29</sup> e poi sublimata nella pena pubblica, conserva tuttora elementi vendicativi<sup>30</sup>. Il fatto è che «la relazione profondamente radicata nell'individuo tra colpa e

---

<sup>28</sup> Gli utopisti del Rinascimento, a cui bastavano poche leggi della natura, sapevano bene che nelle loro città ideali potevano aver luogo reati con la conseguente necessità di punirli. Di più, «la giustizia penale continua ad essere in molte utopie una realtà piuttosto severa», come quelle di Moro e Campanella, studiati dall'autore del passaggio citato, Manuel de Rivacoba.

<sup>29</sup> Ne sono chiara prova le pene pecuniarie imposte alle diverse specie di *furtum* quale crimine privato nel Diritto romano, intriso di penalità, sottoposte ad un calcolato taglione nelle disposizioni della Legge delle XII Tavole.

<sup>30</sup> «Non è una frase vana quella di *vindicta pública*, come opportunamente segnala Durkheim [...] Lo provano le precauzioni che prendiamo per conservare la proporzionalità tra pena e reato. Queste precauzioni sarebbero inspiegabili se non credessimo, almeno incoscientemente, che il colpevole deve patire perché ha causato un male, e nella *stessa misura*» (Ruiz Funes).

espiazione ci costringe a prendere posizione di fronte a questi presupposti irrazionali del Diritto penale» (Alexander e Staub).

Nessuno di questi rappresenta un buon motivo per inorgoglicirci, questo è vero; ma è altrettanto vero che «nella casa della storia perfino le cause riprovevoli trovano applicazione per il bene, finché vengano sostituite da altre più elevate e nobili» (Jhering). Il senso retributivo della pena moderna – di qualunque pena – affonda le proprie radici nel vincolo incosciente tra reato e pena, di fronte al quale si piegano perfino i sostenitori delle finalità esclusivamente preventive riconoscendo nella pena l'essenza della retribuzione. D'altronde, anche le posizioni scettiche sulla legittimità dello *ius puniendi* devono quantomeno ammettere che un Diritto penale antropologicamente fondato, né alienato né idolatrico, deve basarsi sul concreto essere dell'uomo, disdegnando ciò che l'uomo non è ed evitando di dedurre la sua essenza da un preteso dover essere. L'essere umano si trova tra la polvere e le stelle. È nell'incontro fra la sua sostanza biologico-emozionale e le sue aspirazioni assiologiche che risiede la grandezza, il miracolo dell'umanità. Per cui se ammiriamo l'essere buono e fraterno, il cielo stellato che è guida e punto più alto dell'umanità, merita la nostra considerazione e il nostro rispetto, anche se non possiamo vanagloriarcene, questo diritto che consente ad alcuni uomini di aspirare alla bontà e che permette a tutti di vivere in relativa pace. In fin dei conti, il fondamento reale del diritto di punire, questa 'arte ignobile' esercitata con 'cattiva coscienza', ma legata a profonde necessità umane, viene a coincidere con la ragion d'essere empirica del Diritto in generale.

Indubbiamente le teorie che contestano la sua legittimità godono di due punti a loro favore. Il primo è metodologico, perché trasferiscono l'onere della prova della giustificazione a chi la sostiene. Sono i suoi difensori che devono saper replicare in maniera convincente alla sfida abolizionista, dimostrando che i vantaggi del Diritto penale sono superiori agli svantaggi provocati dalla sua esistenza nelle società (Ferrajoli). L'altro riguarda l'Antropologia filosofica. Ma di esso parleremo alla fine di questo libro a proposito del senso della pena secondo l'idea di umanità. Per ora è sufficiente osservare che non c'è ragione per cui le qualità dell'essere umano debbano essere definite una volta per tutte, che il progresso dell'evoluzione della specie umana e del processo di

umanizzazione potrebbe anche condurre, in un futuro più o meno prossimo, all'abbandono della pena come oggi la concepiamo e al passaggio dalla retribuzione alla riparazione. Questo progresso può seguire sentieri emotivi ma anche la strada della ragione, la cui voce – con parole di Dorado Montero – suggerisce che un

cammino sicuro per raggiungerlo è portare nell'animo delle persone l'idea secondo cui è più utile cercare il benessere di tutti che quello individuale, per cui il favore che si fa al prossimo non rappresenta una gratuita mercede ma un servizio la cui ricompensa arriva prima o poi e dei cui benefici tutti godiamo.

Forse quando attraverso la cultura e l'educazione capiremo che «nessuna parte della realtà è indipendente dalle altre, che ciascuna azione influenza le altre e da esse è a propria volta condizionata», se ci abitueremo a non osservare le cose e le relazioni come estranee, «anche quelle che a prima vista possono apparire molto lontane», giungerà la fine della pena retributiva e inizierà una nuova stagione, quella della pena riparatoria.

#### 4. La relazione giuridico-penale

Lo *ius puniendi* è la base di una relazione giuridica il cui soggetto attivo è lo Stato o, eventualmente, la comunità degli Stati, e quello passivo il reo. La legittimazione attiva, però, non deve far pensare che lo Stato sia paziente ultimo, mediato e necessario di qualunque reato, come pensò Bettiol. Già abbiamo detto che questo soggetto può essere identificato nella comunità nazionale o internazionale solo qualora si ritenga che il reato provoca necessariamente un danno sociale, un pregiudizio per gli altri<sup>31</sup>. Lo Stato è soltanto titolare del diritto di creare il

---

<sup>31</sup> È necessario distinguere tra soggetto attivo dello *ius puniendi* e soggetto passivo immediato di ciascun reato. Si tratta di concetti molto differenti, almeno nel Diritto penale pubblico. Per questo la vittima non potrà mai assumere un ruolo nella relazione giuridico-penale. La sua qualità di paziente nella relazione extragiuridica in cui consiste il reato può darle diritto di intervenire come parte civile nel processo, ma mai il potere

Diritto penale, da cui deriva il dovere dei soggetti di diritto di astenersi dalla commissione dei reati previsti, e di far sì che si realizzi attraverso i tribunali di giustizia.

Forme e contenuto della relazione assumono aspetto processuale. Per il titolare del diritto di punire essa implica il diritto di determinare gli elementi di ciascuna fattispecie, di imporre le pene corrispondenti e di dar loro esecuzione. La relazione nasce quindi con la perpetrazione di un reato; essa dà origine a una pretesa punitiva per l'avente diritto, in primo luogo astratta, fino alla dimostrazione giudiziale del fatto e alla sua attribuzione ad una o più persone determinate, e poi concreta, realizzandosi nell'esecuzione della pena. In entrambi i momenti sono possibili alcuni cambiamenti. Può mutare il soggetto attivo, come nei casi della successione fra Stati, del perseguimento in via sostitutiva e dell'esecuzione di una sentenza di condanna emessa da altro Stato. Il soggetto passivo resta invece immutabile, perché «il dovere di sopportare l'esecuzione della pena è strettamente personale» (Binding). Va però considerata la possibilità che il reo diventi incapace di intendere e di volere dopo la commissione del reato, ipotesi che imporrà la rinuncia provvisoria o definitiva alla prosecuzione del procedimento e la sospensione o l'interruzione dell'esecuzione della pena. Il contenuto positivo della relazione – i diritti – è maggiore dal lato del reo che da quello del titolare del diritto di punire: durante il processo l'imputato ha diritto ad essere considerato innocente fino al pronunciamento della sentenza; e una volta decisa la condanna l'esecuzione non può colpire beni giuridici diversi da quelli rispetto ai quali la legge prevede, attraverso la pena, una limitazione o la perdita. Dal punto di vista dell'entità statale, tutto ciò importa degli obblighi (positivi o negativi) nei confronti degli accusati e dei condannati.

Tradizionalmente, invece, un più intenso dibattito ha riguardato il contenuto negativo della relazione giuridica dal punto di vista di questi ultimi. La questione è se al reo corrisponda il dovere giuridico di subire la pena. Al riguardo, i teorici che elaborarono il concetto trattato in questo capitolo non ebbero esitazioni. Binding affermò categoricamente

---

di partecipare alla realizzazione giurisdizionale del Diritto penale o all'esecuzione della pena.

tale obbligo nei seguenti termini: «il reo non deve attivarsi affinché avvenga o si verifichi l'esecuzione; deve solo sopportarla». Di dovere di subirla e di astenersi dal resistere agli organi competenti parla anche Grispigni. Molto prima, Carrara scrisse che di fronte all'azione penale non esiste un obbligo positivo ma negativo, e da ciò l'Autore toscano dedusse l'impunità degli atti di autofavoreggiamento ma, per altro verso, la punibilità delle forme di resistenza attiva contro la società quali la corruzione dei giudici, la falsificazione documentale, l'evasione realizzata con violenza e altre simili<sup>32</sup>. Prescindendo ora dal profilo tecnico-formale del problema, i teorici del contratto sociale quale fondamento dello *ius puniendi* erano giunti alla medesima conclusione facendo leva su di un ipotetico consenso alla pena prestato dall'individuo nel momento di perpetrare il misfatto<sup>33</sup>. Chi, conoscendo la legge, commette un reato, acconsente attraverso l'atto condizionato a ciò che lo condiziona, ragion per cui gli può essere applicata la pena con lo stesso diritto con cui si può pretendere di onorare la parola data in un contratto<sup>34</sup>.

Questo dovere, anche se circoscritto al dovere di non opporsi agli atti necessari all'inizio o al proseguimento dell'esecuzione, incontrò e incontra tuttora alcuni detrattori. Nei secoli della Scuola classica del Diritto naturale gli furono avversi Hobbes e Pufendorf, i quali ritennero contrario alla natura umana obbligare qualcuno a non resistere alla pena e falso che il reo avesse in qualche momento acconsentito a riceverla.

---

<sup>32</sup> Idee avanzate nel 1730 da Christian Thomasius, la cui teoria sulla questione è riassunta da Cattaneo in questo modo: il reo ha il dovere non già di subire passivamente la pena ma di non resistere agli atti di esecuzione. Da questa lambiccata sottigliezza trae origine l'incomprensione del tema nella filosofia giuridico-penale del XX secolo.

<sup>33</sup> Nel 1625 Grozio scrisse che «colui il quale delinque volontariamente sembra che si obblighi alla pena, giacché un grave crimine non può non essere punibile, sicché chi vuole peccare vuole anche meritare la pena».

<sup>34</sup> Con la consueta perspicacia, Radbruch nota la simmetria tra questa dottrina e la teoria del riconoscimento come fondamento della validità della norma giuridica. Come il ladro intende basare il suo dominio sull'esistenza della proprietà altrui, così il falsario conferisce all'oggetto falsificato la stessa fede pubblica che egli stesso offende con la propria azione. Riconoscendo il bene giuridico offeso, riconoscono anche la pena. Kant invece, in questo contrario a Beccaria e vicino a Rousseau, riteneva che la giustificazione della pena non stesse nell'averla voluta da parte del reo, ma nel fatto che egli volle o accettò un'azione sanzionata con una pena.

Nel pensiero contemporaneo, Vassalli, Petrocelli e Moro ritengono che il soggetto passivo si trovi in uno stato di soggezione giuridica che implica unicamente il dovere di subire la pena ma non l'obbligo di sottoporvisi, dato che la sua volontà rimane estranea a ciò che rappresenta un atto di pura coercizione. Recentemente, Cattaneo riassume così le ragioni di questa presa di posizione: dal punto di vista logico, se tale dovere esistesse ciò richiederebbe l'esistenza di un'ulteriore sanzione per la sua violazione, da cui sorgerebbe un nuovo dovere e una nuova sanzione, e così all'infinito; dal punto di vista morale, andrebbe contro la natura dell'uomo pretendere che i condannati affrontino la condanna senza resistere; infine, dal punto di vista giuridico, come evidenziato da Vassalli, le situazioni di soggezione giuridica non rappresenterebbero autentici obblighi.

Questo dovere è però innegabile e strettamente legato al diritto statale o sovrastatale. Se tutti abbiamo il dovere di astenerci dal commettere reati, un dovere che deriva dai giudizi di valore sui beni giuridici sottesi alle norme costitutive, una volta perpetrato il reato questo stesso dovere si trasforma in quello di subire le conseguenze giuridico-penali della violazione. Si tratta di un corollario ineludibile della bilateralità della relazione punitiva e, in generale, di qualunque relazione giuridica. Sostenere il contrario significherebbe lasciare senza spiegazione l'antigiuridicità dell'inottemperanza alla condanna e dell'evasione dei detenuti, condotte che alcuni ordinamenti considerano punibili. Ciò inoltre porterebbe a considerare il reo non come soggetto passivo di un vincolo giuridico ma come nemico estraneo al sistema del Diritto. Carmignani gli negò il diritto di resistere all'autorità pubblica non perché obbligato a accettarla ma «perché, mentre la società ha il diritto di punirlo, egli è estraneo all'ambito dei diritti, e se facesse resistenza lo si dovrebbe considerare come un ingiusto aggressore».

Infine, come qualunque altra relazione giuridica, anche quella punitiva è destinata ad estinguersi. Nelle c.d. cause di estinzione della responsabilità penale, secondo la terminologia utilizzata nei Codici penali, appare chiaro il carattere limitato dello *ius puniendi*. Ma occorre non confondere queste ipotesi, che sul piano sistematico appartengono alla teoria del diritto di punire, con le esimenti dalla responsabilità penale. La responsabilità penale nasce infatti dal reato, non con la sentenza che,

affermandola, impone la pena corrispondente. Ciò spiega la possibilità da parte delle cause estintive di intervenire prima della condanna o perfino del processo. E siccome tali cause non appartengono alla teoria del reato, con i suoi elementi e le sue 'forme di manifestazione', ma riguardano la dottrina generale del Diritto penale, le disposizioni che le disciplinano assumono natura penale-sostanziale, non processuale, e nel loro specifico fondamento possono riflettersi considerazioni politiche, come nel caso dell'amnistia, chiamata non a caso in passato 'abolizione' del diritto di punire.



## CAPITOLO QUINTO

### ELEMENTI UNIVERSALI, CONCETTI NECESSARI E PRINCIPI FONDAMENTALI DEL DIRITTO PENALE

*Traduzione di Alessandra Macillo*

SOMMARIO: 1. *Contenuto della ricerca*; 2. *Il reato*; 2.1. *Definizioni*; 2.2. *Genere prossimo e differenza specifica*; 2.3. *Natura e carattere dell'anti-giuridicità*; 2.4. *Sistema e struttura della violazione penale*; 3. *La pena*; 3.1. *Panorama delle sue definizioni*; 3.2. *Concetto, elementi e gerarchia logico- astratta*; 4. *Principi fondamentali del diritto penale*.

#### *1. Contenuto della ricerca*

Abbiamo affrontato fin qui due dei grandi problemi che ricomprendono la Filosofia penalistica, uno in tutti i suoi aspetti nodulari – lo *ius puniendi* –, l'altro – la scienza criminale, le sue connessioni logiche e metodi – soltanto in parte, restandoci pendente il suo completamento nel prossimo capitolo, che si occupa della metodologia giuridico-penale.

Adesso bisogna dedicarsi agli elementi universali, concetti necessari e principi fondamentali di questa branca del Diritto. L'impresa è condizionata da due presupposti. Il primo, la natura e le relazioni del Diritto penale all'interno dell'Enciclopedia giuridica, è stato discusso precedentemente<sup>1</sup>. Il secondo, che passeremo a trattare nel prosieguo, consiste nel delimitare le nozioni di elemento e concetto prima di riferirle agli elementi e concetti giuridico-penali.

In Filosofia, la parola elemento possiede vari significati, dei quali interessa qui quello che lo pone in relazione con le entità ultime che costituiscono la realtà e le parti integranti di singole porzioni di questa. Per elementi universali del Diritto penale, dunque, si dovranno intende-

---

<sup>1</sup> Si veda, *supra*, capitoli II paragrafo 2 e III, paragrafo 2 e 3.

re le sue componenti indispensabili e assolute, quelle che devono presentarsi in ogni tempo e luogo essendo comuni a qualsiasi ordinamento punitivo, senza eccezione alcuna. Ovviamente, tali elementi possono essere espressi in concetti. I concetti rappresentano la totalità delle note essenziali di un oggetto; in termini kantiani, sono la determinazione comune e unitaria di una serie di oggetti analoghi, ai quali il concetto attribuisce le sue note generiche e in ciascuno dei quali trova piena realizzazione. Ebbene, gli elementi universali del Diritto penale troveranno corrispondenza in concetti di carattere necessario, nella misura in cui i concetti che li esprimono abbiano il minor contenuto possibile e, pertanto, la massima estensione<sup>2</sup>. Queste proprietà di minima sostanza e massima portata si confanno a reato e pena, che abbiamo già presentato, quando abbiamo definito il Diritto penale in generale, come suoi elementi universali e, allo stesso tempo, concetti necessari.

Ciononostante, per confermare l'esattezza di questa valutazione è necessario stabilire se detta coppia di concetti s'iscrive nel gruppo dei concetti fondamentali o *a priori* del Diritto o se dobbiamo contarli tra i concetti giuridici condizionati. La questione non è per niente banale, né è ingravida di conseguenze di ogni tipo. Nel primo caso, reato e pena saranno inseparabili da qualunque organizzazione giuridica; se è vera la seconda ipotesi, nasceranno e riceveranno il loro significato da ordinamenti storicamente dati, che ben potranno fare a meno dell'uno o dell'altra.

La chiarificazione di questo problema può fluire naturalmente da un succinto ripasso dei concetti giuridici fondamentali, che li distingue dai concetti giuridici condizionati e identifichi in questi le loro classi, tra cui troveremo concetti di base fattuale e altri di conio esclusivamente normativo (i quali, a loro volta, possono essere particolari, specifici e generici). Una volta determinata l'appartenenza concettuale di reato e pena, sarà possibile fissare il genere prossimo e la differenza specifica del reato, oltre che degli elementi logico-astratti della pena. Infine, conclusa l'impostazione logica, inizia un'altra sistematica, concernente i principi fondamentali della materia.

---

<sup>2</sup> Quante meno materie racchiude un concetto, quanto meno circoscritto è il suo contenuto, tanto maggiore sarà la sua portata. È una conseguenza logica della relazione costante che esiste tra la parte qualitativa e quantitativa dei concetti in generale.

I concetti giuridici fondamentali sono una serie limitata di nozioni ottenute deduttivamente dal concetto di Diritto e che devono presentarsi necessariamente in ciascuna espressione storica della volontà per possedere carattere giuridico. Come forme pure di sistemazione della nostra coscienza ed essendo contrassegnati dal formalismo, questi concetti realizzano nella conoscenza del Diritto la stessa funzione delle categorie nella filosofia kantiana: sono *legis mentis*, applicate a questa parte della realtà, chiamata Diritto, con lo scopo di unificarla e sintetizzarla. Questa possibilità la garantisce il concetto logico di Diritto e gli elementi inclusi in esso, e cioè, la personalità (oggettiva e bilaterale), l'autarchia e la coercibilità. La caratteristica che li contraddistingue è quella di essere concetti *a priori*, perché non si estraggono induttivamente da un qualche ordinamento in particolare, né da un insieme di ordinamenti, ma giungono dall'alto su di una materia data, al fine di riconoscere in essa la sua qualità giuridica. La loro importanza è duplice. Da un lato, hanno valore costitutivo per gli ordinamenti che si presentano alla considerazione dello studioso, in un piano contingente ed empirico. Condizionando ogni realtà giuridica possibile, solo se tali ordinamenti permettono di riconoscere nel loro seno questi concetti, potranno anche essere chiamati Diritto e pretendere di avere potere vincolante. Dall'altro, visto che «l'elaborazione scientifica del Diritto può soltanto consistere nel ridurre ad unità la materia varia e disseminata delle norme giuridiche storicamente determinate», la conoscenza e l'utilizzo di questi concetti, che rendono possibile il sistema, «permettono di attribuire valore scientifico alla Giurisprudenza» (Stammler)<sup>3</sup>.

Fino ad ora non si è riusciti ad ottenere un catalogo esaustivo di questi concetti. La ragione si radica esattamente nel loro carattere *a priori*. L'apriorismo ha la strana caratteristica di porre in relazione un concetto con un materiale determinato; e giacché il concetto di Diritto, dal quale sono ricavate queste nozioni fondamentali, può realizzare la pienezza della sua indipendenza empirica unicamente *a posteriori*, e

---

<sup>3</sup> «La conoscenza esatta delle categorie giuridiche e la relazione tra di esse è una condizione indispensabile per ogni contatto scientifico con il Diritto» scrive il neokantiano Arthur Kaufmann. Anche il metodo assiomatico di Ferrajoli, nonostante non ammetta il valore costitutivo di questi concetti, riconosce la loro fonte logico-astratta e il valore costruttivo per la teoria e la Dogmatica del Diritto.

cioè in contatto con la molteplicità dell'esperienza giuridica, ne risulta che la «enumerazione di questi concetti è tanto impossibile quanto quella dei fatti ai quali il concetto di Diritto può applicarsi» (Radbruch).

Tutto ciò premesso, esiste un certo consenso su alcuni di essi. Dalla personalità del Diritto si deduce il binomio soggetto e oggetto giuridico. Soggetto di Diritto è l'essere considerato come un fine di per se stesso da parte di un ordinamento storicamente determinato, allo stesso modo in cui oggetto di Diritto è quello che, nella stessa situazione, si utilizza come semplice mezzo per fini determinati (Stammler)<sup>4</sup>. Poi, dalla distinzione si deducono i concetti di diritto soggettivo e dovere giuridico, legati tra loro in una relazione che vincola i suoi soggetti come mezzi tra di essi e la cui origine è la realizzazione di un presupposto di fatto (o fatto giuridico) previsto come ipotesi astratta. Quando accade che il fatto di cui si parla sia opera dell'uomo e, inoltre, contraddica esigenze normative, appare un altro concetto, quello di atti illeciti, una delle cui sottospecie è il reato<sup>5</sup>. Con tal sorta di atti si dà una relazione in base alla quale il Diritto, un ordinamento autarchico che sottrae il vincolo che esso stabilisce alle volontà vincolate, accoglie sempre, tuttavia, la possibilità fattuale che queste non si accordino con quello: in quest'ultimo caso, si ha il concetto di anti-giuridicità, mentre la giuridicità designa l'accordo delle volontà vincolate con le esigenze di valore della volontà che le vincola.

---

<sup>4</sup> Giacché gli oggetti di Diritto non sono persone, posto che si subordinano ai fini di queste, e, prima di tutto, coincidono con tutto ciò che è suscettibile di somministrare materia a relazioni o protezione giuridica, potendo, di conseguenza, configurarsi nel Diritto penale allo stesso modo sia come oggetti materiali che come oggetto o beni giuridici dei reati, è evidente che la dignità dell'uomo, che è costitutiva dello statuto di persona, non ammetterà mai di essere degradata alla condizione di oggetto della tutela di un qualche reato. Che alcuni penalisti del nostro tempo ritengano che il genocidio, l'applicazione di torture, il maltrattamento domestico, insieme ad altri reati, offendano la dignità delle loro vittime, è soltanto indice rivelatore del retaggio mentale in base al quale si confondono gli oggetti dei fini e il soggetto dei fini.

<sup>5</sup> Correttamente Garcia Maynez include il reato all'interno del suo quadro di concetti fondamentali riguardo agli atti illeciti. Ciononostante, il suo inserimento li risponde più alle conseguenze giuridiche di questi, che al concetto fondamentale dell'anti-giuridicità, che si menzionerà in seguito nel testo.

Anche la colpevolezza giuridica si inserisce all'interno dei concetti fondamentali, come estensione della congiunzione delle nozioni di soggetto di Diritto e anti-giuridicità. La ricerca della colpevolezza perde di significato se l'uomo non ha realizzato un atto contrario al Diritto – solo per la morale o la religione possono aversi atti immorali o peccaminosi al di là della nota dell'illiceità –; ma la colpevolezza raccoglie nell'anti-giuridicità solo il suo presupposto immediato, giacché la sua base ultima la lega immediatamente alla personalità del Diritto. In questo modo, un plesso di regole che non riconoscono nell'uomo la condizione di essere libero nella sua volontà e di fine in sé, capace di cogliere le valutazioni giuridiche e di orientarsi secondo esse, non può essere Diritto.

Infine, la protezione giuridica e il concetto di sanzione. La protezione giuridica denota come il Diritto rappresenti un sistema di garanzie sociali e un ordinamento coercitivo dell'operare umano. Protezione o garanzia giuridica è ciascun mezzo disposto dal Diritto per salvaguardare l'incolumità degli scopi valorizzati a cui rispondono le sue disposizioni e, di conseguenza, la vigenza empirica o efficacia di queste, mentre le sanzioni sono conseguenze giuridiche sfavorevoli che deve sopportare l'autore di un atto anti-giuridico e colpevole. Ma entrambe sono concetti giuridici fondamentali. Nella specie, il Diritto è inconcepibile senza il concetto di sanzione, una delle quali, di carattere pubblico e superlativa gravità, è la pena<sup>6</sup>.

Esistono altri concetti fondamentali di carattere sintetico, nuovi metodi sempre formali con cui si può ordinare i più disparati problemi del Diritto, come quelli di comando, permesso, e proibizione giuridica, che

---

<sup>6</sup> *Infra*, paragrafo 3, ragioniamo circostanziatamente sul perché la pena formi parte dei concetti giuridici *a priori*. Per adesso è sufficiente insinuare questa relazione di appartenenza, che serve per escludere di netto le misure di sicurezza dal campo del Diritto penale (al riguardo si può rinviare a Guzman, *Pena e misura di sicurezza. Profili concettuali, storici e comparatistici*, Trento, 2009, 81 ss.). Queste sono mezzi di garanzia sociale, ma, siccome non si fondano nel mancato adempimento di un dovere determinato, ma in una proprietà del soggetto che le deve subire (la pretesa *pericolosità*), neppure possono considerarsi sanzioni e tanto meno componenti del Diritto penale. Bettiol e Soler scrissero chiarissime spiegazioni sulla natura giuridica di esse, argomentandone l'affiliazione al Diritto amministrativo.

sono, per questo, incondizionati quanto i precedenti<sup>7</sup>. D'altro canto, viene ricondotta tra i concetti giuridici condizionati (o concetti giuridici impropri, giuridicamente rilevanti o della Dogmatica giuridica) ciascuna delle sintesi generali a cui si riduce la materia giuridica concreta, ottenuta nella sua modalità peculiare per mezzo dell'astrazione dal contenuto limitato di un Diritto esistente (Stammler). Differiscono dai concetti fondamentali, perché sono raggiunti induttivamente, attraverso analisi e astrazione, da un Diritto positivo dato – implicando dunque contenuti che nobilitano fini sensibili o *a posteriori* –, e per il loro numero, per principio impossibile da quantificare, giacché ce ne saranno tanti quanti ne comprendano le proposizioni giuridiche dell'ordinamento che si esamini.

Questi stessi contenuti permettono di distinguere due gruppi di concetti condizionati. Ci sono, innanzitutto, quelli da cui si parte per costruire i presupposti di fatto delle leggi, ad es., quelli di incendio, arma, cosa, scopo di lucro. Sono nozioni che provengono da altri campi del sapere o dalla vita stessa, occupano nel Diritto penale contemporaneo il luogo degli elementi descrittivi dei tipi e costituiscono, in termini logici, concetti individuali, ricchi di contenuto ma limitati nell'estensione<sup>8</sup>. Poi ci sono i concetti condizionati di contenuto giuridico, denominati così perché alludono a diritti, relazioni o istituzioni secondo un Diritto dato, come quelli di proprietà, evizione, dolo e multa. Questi concetti possono essere indistintamente individuali, specifici o generici, seb-

---

<sup>7</sup> C'è chi colloca i termini deontici giuridicamente obbligatorio, permesso e proibito in un gradino più alto dei concetti fondamentali (Carriò) o nei principi dell'assiomatica giuridica (Garcia Maynez), sebbene assumendo, come indica l'ultimo autore, che tali termini o principi «sono puramente *formali*, perché nulla mostrano circa il contenuto concreto delle norme di Diritto, benché rendano palesi le connessioni *logicamente necessarie* che sorgono dall'essenza stessa dei *diversi tipi di regolamentazione bilaterale del comportamento umano* (l'ordinato, il proibito, il potestativo)». In fin dei conti, dunque, sono concetti giuridicamente fondamentali.

<sup>8</sup> Ma la scienza del Diritto, anche se preformata da dati extra-giuridici, non li lascia mai intatti, bensì li estende riduce o trasforma in base a punti di vista valutativi. Per questo si è scritto che essa è sempre elaborazione concettuale di secondo grado (Radbruch) e che una volta che il Diritto pone le sue mani su concetti empirici, li ricopre con un tessuto normativo (Lask e Arthur Kaufmann). Dei limiti della trasformazione valutativa si tratterà nel capitolo seguente.

ne, in un ordine crescente di astrazione, ciò che è normale è che in essi si passi da individuo a specie, e da specie a genere, per esempio, andando dal dolo del reato di omicidio al dolo criminoso e dalla specie dolosa al genere della colpevolezza. I concetti giuridici generali autentici si distinguono poiché non sono esclusivi di un qualche ramo del Diritto, e, piuttosto, appaiono come comuni a tutte le sfere della scienza giuridica, per esempio lo stato di necessità.

Ora, secondo la concezione bipartita che anima la nostra definizione del Diritto penale, questo si compone di due elementi, reato e pena. Non vi è in esso un terzo elemento universale, come, invece, risaltò il positivismo del Novecento con il nome di «protagonista» del Diritto punitivo (Ferri) e che doveva condurre alla tripartizione reato, delinquente e sanzione<sup>9</sup>. Lo studio del delinquente obbligherebbe a considerarlo in tutta la sua complessissima entità umana in un esame criminologico o naturalista, non giuridico. E se rimpiazziamo quella parola con quella di soggetto attivo, questo esiste e rileva all'interno del reato, come abbiamo suggerito nella nostra definizione del Diritto penale, affermando che le disposizioni giuridico-penali disciplinano la sua responsabilità. Il reato non è un avvenimento qualsiasi, bensì, prima di tutto, un atto giuridico, una specie o classe di atto giuridico, che, per essere tale, richiede un riferimento a colui che lo realizza, il soggetto attivo: dunque il suo studio completo non può prescindere da questo, così come lo studio di questo ramo del Diritto neppure può astrarsi dalle conseguenze che esso determina, la pena.

Dunque, reato e pena sono senza dubbio concetti giuridici e, allo stesso tempo, istituzioni della Dogmatica criminale, la cui missione consiste nello scomporli nei loro sub-elementi, analizzarli e ridurli ad una sintesi concettuale secondo il materiale che fornisce il rispettivo Diritto. Per contro, il compito della Filosofia giuridico-penale è quello di esaminare reato e pena nel loro ruolo di concetti necessari e, di conseguenza, fondamentali per tutto il Diritto. Non si tratta solo del fatto

---

<sup>9</sup> Solo una manipolazione tendenziosa di tale concetto giuridico fondamentale ha offerto la possibilità al pensiero inserito nel positivismo di accogliere in esso pene e misure di sicurezza. Tuttavia già abbiamo dato atto *supra*, nota 6, del motivo per cui queste ultime non meritano il nome di sanzioni e neppure formano parte del Diritto penale.

che siano concetti infimi nel contenuto e massimi nella portata, proprietà che corrisponde di per se stessa ai soli concetti generali che utilizza la scienza giuridica. Prima di tutto, la Filosofia dovrà dimostrare che inevitabilmente devono essere esaminati, affinché si possa parlare di un Diritto penale.

## 2. *Il reato*

In quanto elemento universale e concetto necessario del Diritto penale, il reato ci fa confrontare con quattro problemi, che consistono in definirlo, determinare il suo genere prossimo e differenza specifica\*, chiarire la natura ed il carattere dell'antigiuridicità e discutere le diverse possibilità metodologiche con cui è possibile organizzare il suo sistema e la sua struttura. In questo stesso ordine vi si accennerà nel prosieguo.

### 2.1. *Definizioni*

Ci sono molti e disparati modi di definire il concetto di reato. Tale multiforme pluralità risponde alle prospettive, altrettanto diverse, che ispirano le definizioni, prospettive che, a loro volta, sono delineate dalle branche del sapere da cui provengono, tra le quali si contano discipline

---

\* (N.d.T.) Si tratta degli elementi di logica ritenuti necessari e sufficienti per la definizione di un concetto, in base alla filosofia aristotelica. Per il noto filosofo, una definizione, per essere corretta, deve essere in grado di circoscrivere un insieme di elementi che abbia la medesima estensione del concetto da definire. A tal fine, è, innanzitutto, necessario individuare il genere immediatamente più esteso, a cui il concetto appartiene (ad esempio, «uomo» appartiene al genere «animale terrestre», ma anche a quello di «essere vivente»: il primo, però, sarà più preciso nel suo contenuto, perché più prossimo al concetto di uomo): in questo senso, si parla di «genere prossimo»; a tale genere va, poi, affiancata una nota caratteristica, la «differenza specifica», che permetta di separare l'oggetto da definire rispetto a tutti gli altri elementi contenuti nello stesso genere, di modo che risultino inclusi tutti e ciascuno degli elementi appartenenti a quel concetto e nessun altro (per l'uomo, tornando all'esempio, Aristotele affianca al genere prossimo «animale terrestre» la nota specifica di «bipede»: non quella di «dotato di pollice opponibile», che includerebbe anche i primati, e nemmeno quella di «parlante», che escluderebbe, ad esempio, gli infanti).



giuridiche, non giuridiche e filosofiche. Inoltre, all'interno di ciascuna scienza che si è occupata di determinarlo, neppure esiste uniformità di pareri, poiché in ognuna, come avviene per la Dogmatica penale, collidono concezioni sistematiche opposte che conducono a sintesi concettuali contraddittorie.

Ora, il criterio decisivo per ordinare le definizioni di uno stesso concetto deve essere l'indole filosofica o scientifica del sapere che le propugna, piuttosto che qualche aspetto presuntivamente comune in esse. La classificazione delle definizioni del reato in formali e materiali, molto diffusa nella Dogmatica contemporanea, trascura ciò che abbiamo appena segnalato e immagina erroneamente che tali profili comuni siano una realtà. Così, per esempio, si dice che sarebbero formali le definizioni che presentano il reato come un fatto punito dalla legge, nozione che si taccia, per di più, come tautologica, oppure come un atto tipico, antigiuridico e colpevole, e che il suo formalismo risiederebbe nell'incapacità di denotare ciò che è stabilito nella materia del reato, quel contenuto minimo, che offrirebbe la possibilità al Legislatore di considerarlo come tale nella sua legislazione<sup>10</sup>. Ciononostante, definizioni di questo tipo non sono forme prive di contenuto. «La definizione giuridico-penale del reato<sup>11</sup> è tanto materiale quanto le altre», afferma Zaffaroni, che avverte, inoltre, che ciò che si scopre in fondo alla dicotomia formale-materiale, applicata a tale questione, sono solo concetti diversi che provengono dai particolari interessi di ciascuna disciplina o settore specializzato. Neppure sono propriamente vacue le vecchie definizioni legali, quelle che affermavano che il reato è un'azione od omissione volontaria punita dalla legge, dei Codici ispanici. Sono giudizi sintetici *a posteriori*, definizioni che ampliano la nostra conoscenza dell'oggetto, poiché il loro predicato non è contenuto necessariamente nel concetto soggetto, ma, a loro volta, provengono dall'esperienza giuridica, dai dati forniti da un Diritto positivo.

Per la Filosofia giuridico-penale questa distinzione è priva d'importanza, allo stesso modo in cui le sono indifferenti le definizioni legali e

---

<sup>10</sup> Il valore delle definizioni formali si ridurrà all'applicazione del Diritto vigente, ma non permetterà di giudicarlo e tanto meno di proporre la sua riforma. In questo senso si esprimono, tra gli altri, F. Mantovani, Maurach e Roxin.

<sup>11</sup> E cioè le definizioni dogmatiche, delle quali si dirà di più tra poco.

dogmatiche. La sua sfida consiste nel trovare un giudizio sintetico *a priori* che connetta i concetti di soggetto e predicato del reato in termini tali che il risultato mostri apriorismo (il reato nei suoi elementi universali e necessari) e sintesi (che il giudizio sia fecondo). Questa proprietà non si trova nelle definizioni dogmatiche e legali, ma neppure nelle definizioni naturalistiche e sociologiche, sulle quali conviene spendere alcune parole.

Ogni definizione dogmatica cerca di individuare gli elementi che compongono la struttura del reato secondo un ordinamento determinato, dal quale la scienza li ricava mediante induzione. Soltanto le pretese storiche del giusnaturalismo potrebbero postulare l'adeguatezza per principio di una di queste definizioni per altri ordinamenti rispetto a quello dal quale è stata estratta<sup>12</sup>. Ce ne sono di molteplici classi: definizioni bipartite (perché distinguono due grandi elementi nel reato, uno oggettivo e un altro soggettivo), tripartite (per le quali tali elementi sono la tipicità, antigiuridicità e colpevolezza), quadripartite (atto, tipo, antigiuridicità e colpevolezza) e pentapartite (che aggiungono ai quattro anteriori la punibilità). Neppure mancano concezioni contrarie all'analisi concettuale e che riducono il reato a un tutto unitario o insieme, non suscettibile di divisione da parte dell'intelletto, e altre che ricusano la sintesi del concetto per concentrarsi nell'esame dei casi. Infine, ci sono sistemi che si spingono fino al punto di sopprimere il concetto di reato e la sua teoria, per concentrarsi nelle condizioni che permettono di attribuire ad un uomo il fatto che noi definiamo criminoso<sup>13</sup>.

Se simile varietà non rivelasse per sé sola l'insoddisfazione dei penalisti con i loro sforzi sistematici, la persistente tendenza a cercare una definizione «materiale», che essi offrono come complemento della

---

<sup>12</sup> Se, per esempio, si afferma che il concetto: atto tipico, antigiuridico e colpevole corrisponde a tutti gli ordinamenti di una certa cultura giuridica, come ad esempio quella europeo-continentale, s'incorre in una pericolosa conclusione. Basta pensare all'esistenza in essi di reati senza atto o senza colpevolezza, come i fatti delle persone giuridiche. In tutti i casi, la formulazione di un simile giudizio richiederebbe una verifica dettagliata in ciascuno dei Diritti inclusi nel gruppo, in modo tale da verificare se concretamente le loro disposizioni, ognuna di esse, permettono di ricavare tale conclusione.

<sup>13</sup> Sono le definizioni sorte dalla «teoria dell'imputazione». Soltanto è necessario ricordare che gli uomini non commettono imputazioni, bensì reati.

«formale», basterebbe per ratificare la ineludibile necessità razionale di definire *a priori* e produttivamente il reato. Molto rappresentative di questo fenomeno sono le vecchie proposte di M.E. Mayer e Jiménez de Asúa. Il criminalista alsaziano concettualizza il reato, nominalmente, come un fatto tipico, antigiuridico e colpevole, e realmente o materialmente, come un fatto imputabile che corrisponde ad un tipo legale e che è in contrasto con una norma di cultura riconosciuta dallo Stato. A sua volta, il professore madrileno lo configura, dogmaticamente, come un atto tipicamente antigiuridico imputabile al colpevole, soggetto a volte a condizioni oggettive di punibilità, e che si trova minacciato con una pena o, in alcuni casi, con determinate misure di sicurezza in sostituzione di quella; materialmente, come la condotta considerata dal legislatore contraria ad una norma di cultura riconosciuta da parte dello Stato e lesiva di beni giuridicamente protetti, proveniente da un uomo imputabile che manifesta con la sua aggressione pericolosità sociale<sup>14</sup>.

La coppia di definizioni «materiali» di questi autori, tuttavia, non deve nasconderci il loro carattere ibrido, la loro carenza di unità interna. Quella di Mayer è per metà dogmatica, per il suo riferimento all'imputabilità e alla tipicità, e per metà filosofica, a causa della considerazione della norma di cultura, la cui radice sociologica non è sinonimo di carattere valutativo del concetto di cultura, mentre quella di Jiménez de Asúa amalgama componenti dogmatiche e criminologiche<sup>15</sup>. In definitiva, sono giudizi sintetici *a posteriori* combinati con un'analisi parziale del concetto definito.

Il carattere ibrido non dovrebbe pregiudicare le definizioni di taglio naturalistico o sociologico, la cui intenzione è quella di mostrare il reato come un fatto, un fenomeno individuale e sociale sempre presente nella esistenza storica dei popoli. Dovrebbero essere giudizi *a posteriori*, come le definizioni dogmatiche, ma d'ispirazione non sintetica, bensì analitica. Ciononostante, esattamente in questo riposa la ragione ultima

---

<sup>14</sup> L'ascendente di Mayer è manifesto nella seconda definizione di Jiménez de Asúa, che qualifica quella del suo mentore come nozione materiale o «sociologica», cosa non falsa, sebbene non esatta, come spiegheremo nel testo.

<sup>15</sup> A causa della presunta pericolosità sociale del delinquente. Lo stesso autore riconosce il legame della sua proposta con la Criminologia, come abbiamo osservato nella nota precedente.

del fallimento di tutte le definizioni criminologiche del reato. L'attaccamento all'esperienza non potrà mai offrire qualcosa che sia reato in sé e per sé, inevitabilmente. Ne siano dimostrazione un paio di esempi, naturalista l'uno e sociologico l'altro.

Per Garofalo, reato naturale è

una lesione di quella parte del senso morale che consiste nei sentimenti altruisti fondamentali della pietà e della probità, secondo la misura media in cui si trovano nella umanità civile, e che è indispensabile per l'adattamento dell'individuo alla società.

Tra le critiche che ha suscitato questa definizione non è ultima per importanza quella che denuncia il suo carattere fallace, poiché, invece di attenersi ai fatti, si concentra sui sentimenti, e non sui sentimenti presi come fatti psichici, bensì sui sentimenti morali, in definitiva, su giudizi di valore<sup>16</sup>. Lo stesso difetto pregiudica la definizione sociologica di Enrico Ferri e Agostino Berenini, per i quali sono reati le azioni determinate da moventi individuali e antisociali che turbano le condizioni di vita e ledono la moralità media di un popolo in un momento determinato; concetto la cui fedeltà all'ideologia positivista si perde per l'inserimento della moralità, che implica giudizi di valore.

Negli ultimi quarant'anni, Criminologia e Dogmatica hanno provato a riunirsi in una caratterizzazione sostanziale che esige nel reato la proprietà dell'essere socialmente dannoso, idea in verità antica che si fa risalire alle riflessioni di Beccaria e Carmignani. Simile formulazione, assieme a quella gradita al pensiero sociologico che distingue l'oggetto della Criminologia in una classe peculiare di condotta deviante, compensa la sua innegabile coerenza interna con una pronunciata imprecisi-

---

<sup>16</sup> Proprio Garofalo rinuncia coscientemente alla metodologia positivista che si basa sull'insegnamento dei dati empirici, quando, prima di tracciare la sua definizione del *reato naturale*, assume l'impossibilità «di formare un catalogo di *fatti* universalmente odiosi e puniti in ogni tempo e luogo». In effetti, «neppure i crimini che nel nostro circolo culturale ci sembrano più atroci lo sono stati in ogni tempo e luogo» (Rodríguez Mourullo).

sione<sup>17</sup>. Il cerchio di ciò che è socialmente dannoso possiede un raggio più ampio di quello della criminalità. A causa di questa carenza, tutte le definizioni basate nell'*harm principle* falliscono nella loro funzione politico-criminale, sono incapaci di indicare alla società le caratteristiche assolute che deve presentare un atto, affinché possa essere valutato e punito come reato. Questo, senza dimenticare che il reato, questo fatto antisociale, adempie anche a funzioni socialmente utili<sup>18</sup>.

La qualità sintetica ed il carattere *a priori* si confanno alle definizioni filosofiche. Tutte queste hanno in comune lo sforzo di delimitare il contenuto anti-giuridico del reato, per cui riflettono teorie distinte sul contenuto del giudizio di anti-giuridicità. E anche se errano in generale su quest'aspetto cruciale, elevato merito loro è il tentativo di isolare il genere prossimo della infrazione penale.

Alcune la concepiscono come una relazione di contraddizione rispetto alla giustizia, come Romagnosi: atto realizzato con coscienza e libertà di esecuzione, nocivo per gli altri e alla giustizia. A parte la difficoltà di determinare razionalmente cosa sia la giustizia, e incluso considerando il significato che questa assume in vari membri della cosiddetta Scuola Classica del Diritto penale – la giustizia come preservazione dell'ordinamento giuridico –, non deve sorvolarsi il tono in verità sociologico della definizione del saggio parmigiano, quel danno agli altri o pubblico, incorporato all'arsenale dei concetti penalisti da Beccaria.

Altre definizioni filosofiche della prima metà del XIX secolo riconoscono il reato nella violazione di un dovere. Paradigmatico in tal senso è Pellegrino Rossi: violazione di un dovere verso la società o gli individui, esigibile di per sé e utile alla conservazione dell'ordine pubblico, dovere il cui adempimento non può riaffermarsi se non attraverso la sanzione penale e la cui violazione può essere stimata dalla giustizia umana. Si tratta di una nozione circolare. Dato che a ciascun dovere giuridico corrisponde un diritto soggettivo, il reato finisce per offendere

---

<sup>17</sup> In Criminologia «le teorie che non si fondano in fatti restano nel terreno della speculazione o, nel migliore dei casi, dell'Euristica» (Wolfgang e Ferracuti), la metodologia a occhio e croce.

<sup>18</sup> Come quella di mantenere vivi nella coscienza dei cittadini i confini che separano l'illecito dall'illecito, nella vecchia osservazione di Durkheim.

diritti, come nella definizione di Feuerbach, per il quale si definisce reato una lesione giuridica od offesa contenuta in una legge penale, o un'azione contraria al diritto altrui minacciata con la pena. In entrambi i casi, sia inteso come un atto contrario al dovere o ad un diritto soggettivo, queste definizioni riescono solo ad occultare l'elemento centrale del concetto, l'antigiuridicità<sup>19</sup>.

D'altronde, il reato è concepibile addirittura in una società i cui membri siano privi di diritti soggettivi, in un regime di perfetto totalitarismo, e, *de iure condito*, esiste senza dubbio in numerose violazioni dietro cui non c'è un individuo titolare di una pretesa, bensì certamente un soggetto passivo. Berner ha cercato di risolvere quest'ultimo aspetto del problema, quando ha scritto che il reato è una specie delle azioni immorali, nelle quali il singolo offende la volontà di tutti, attaccando un diritto pubblico o privato, e persino la religione e i costumi, in quanto lo Stato necessita di esse per la sua conservazione. Ispirata ostensibilmente alla critica di Birnbaum contro la teoria dei diritti soggettivi, questa nozione anticipa la controversa dicotomia di antigiuridicità formale e antigiuridicità materiale, opera di Franz von Liszt, e, soprattutto, pur di elevare la legge al ruolo di oggetto immediato dell'offesa<sup>20</sup>, trascura il fatto che ci siano stati secoli di reati e pene senza legalità.

Altre definizioni del Novecento alludono ad un attacco contro la società. Per Jhering, reato è la messa in pericolo delle condizioni di vita della società, comprovata dalla legislazione e che si può prevenire solo attraverso la pena. Il suo difetto consiste nell'aver incluso nella definizione del reato la pena e non solo il concetto, bensì il suo fine, che per Jhering è general-preventivo, mentre la pena è una nozione distinta e la questione della sua finalità appartiene, non ai concetti fondamentali di questa branca dell'ordinamento, bensì all'idea di Diritto in generale.

---

<sup>19</sup> È la critica che ha espresso nel 1834 l'inventore del concetto di bene come oggetto giuridico del reato, Birnbaum. In ogni caso, la teoria della violazione del dovere giuridico, impresso nel cuore del concetto di reato, ebbe difensori fino agli inizi del XX secolo, per esempio, Moritz Liepmann, di cui si occupò in modo accurato e critico Arturo Rocco.

<sup>20</sup> La *volonté général*, che qui appare in veste di giuridicità formale.

In ultimo, ci sono le definizioni che s'incentrano nell'essere il reato un atto contrario alla sicurezza dei cittadini, con Carmignani<sup>21</sup> e, sulle sue orme, Carrara: violazione della legge dello Stato, promulgata per proteggere la sicurezza dei cittadini, risultante da un atto esteriore dell'uomo, positivo o negativo, moralmente imputabile e politicamente dannoso. Si ripete qui la previsione dell'elemento storicamente condizionato della legge statale, al quale lo stesso Carrara non sembra piegarsi nella sua comprensione del reato come ente giuridico e come idea di relazione: quella relazione di contrasto con il diritto che impone di «ristabilire l'armonia nel regno del Diritto», di completare una «dissonanza armonica». Neppure è chiaro l'elemento della sicurezza, che nella Filosofia giuridica dell'epoca aveva una portata maggiore di quella che possiede attualmente. Questa sicurezza non ci indica a cosa si riferisce; segnala il suo soggetto o titolare, ma non il suo contenuto.

Da parte nostra, riteniamo che il reato, contemplato filosoficamente, ossia, come un concetto giuridico *a priori* e un giudizio sintetico, sia la violazione di maggior gravità all'interno di ciascun ordinamento, poiché attenta ai beni di maggior importanza per la rispettiva comunità, nazionale o internazionale, in base ai valori dominanti in essa, e la cui protezione diventa ragione dell'esistenza ed il fine concreto dell'organizzazione giuridica della stessa comunità<sup>22</sup>. Quindi, il reato è una violazione del Diritto, ma non una qualsiasi, bensì un attacco di particolare gravità. Questa gravità non proviene dal fatto di contravvenire alla legge né a nessun'altra fonte formale dell'ordinamento, statale o sovratatale, come neanche alle norme giuridiche, bensì dalla gerarchia dei beni che sono oggetto della tutela giuridica, valorizzati dalla comunità culturale e offesi dalla violazione, beni che la comunità considera i più im-

---

<sup>21</sup> «Violazione della legge dello Stato che protegge la sicurezza pubblica e privata, mediante un fatto dell'uomo commesso con intenzione perfetta e diretta».

<sup>22</sup> Sebbene ispirata nelle disquisizioni di Bettiol e Rivacoba, la definizione si astiene dall'incorporare come oggetto dell'attacco criminoso le condizioni di esistenza, conservazione, sviluppo, sicurezza e organizzazione del gruppo sociale retto dall'ordinamento giuridico, tanto perché le prime tre note evocano la mentalità di fisica sociale dei positivisti, quanto perché le due ultime possono essere ricondotte senza difficoltà a beni giuridici, la sicurezza dello Stato o la sicurezza dell'organizzazione politica internazionale.

portanti e imprescindibili per la sussistenza delle relazioni interindividuali che essa tutela.

Ciononostante, la definizione non dice quali siano gli elementi del reato, compito che compete alla Dogmatica penale. Che il reato consista in un atto umano tipizzato dalla legge e colpevole, suppone caratteri che eccedono l'aspirazione filosofica del concetto, il quale, al contrario, deve attenersi a ciò che nel termine definito si presenta come elemento universale e necessario di ogni Diritto punitivo. Ora, questa limitazione non implica che altri concetti giuridici fondamentali debbano ritenersi indifferenti per la valutazione filosofica del reato, con ciò facendo riferimento principalmente alla colpevolezza ed al suo fondamento nella personalità del Diritto. Nonostante ciò, la lezione della storia del Diritto penale, intriso durante secoli e mortificato ancora da forme di responsabilità oggettiva, ma anche lo stesso fondamento logico-astratto di tale elemento, consiglierebbe di esaminare la colpevolezza, prima ancora che nell'essenza del reato, a proposito dei principi del Diritto penale nel loro insieme. A quel punto si comprenderà per quale motivo la personalità del Diritto esige la colpevolezza nel reato, seppur essa non ci possa indicare se si debba intenderla psicologicamente o normativamente, scelta che dipende dai dati empirici forniti da ciascuna legislazione<sup>23</sup>.

Il valore di questa definizione è duplice: primo, poiché distingue l'antigiuridicità come genere prossimo del reato e anticipa un contenuto preciso per il giudizio che la riconosce, e, secondo, poiché esclude dal concetto la pena, evitando l'abituale circolarità di definirlo attraverso quest'ultima e, viceversa, questa attraverso il primo.

---

<sup>23</sup> In ogni caso, la Filosofia giuridica neppure smette di rappresentare un aiuto per la comprensione dell'informazione con cui lavora il dogmatico. La colpevolezza psicologica considera l'uomo come un ente astratto e una macchina psicofisica nel senso cartesiano; al contrario, la colpevolezza normativa lo considera inserito nel mondo sociale con l'insieme di condizionamenti individuali del soggetto, somatici, psicologici e relazionali, nella sua totale concretezza. La colpevolezza normativa si oppone esclusivamente alla valutazione dei tratti generali di ciascun uomo o di gruppi di uomini (uomo medio, classe di delinquente, etc.).



## 2.2. *Genere prossimo e differenza specifica*

Se definire non consiste nello spiegare il significato di una parola, ma nel determinare il concetto soggetto che mostrano le parole, l'oggetto di ogni definizione è un concetto. Di conseguenza, com'è noto sin da Aristotele, è necessario identificare il genere prossimo e la differenza specifica del concetto definito. Nel caso del reato, il suo genere prossimo è l'antigiuridicità; la differenza specifica, ciò che lo distingue all'interno del genere dell'antigiuridico, la punibilità. Da ciò deriva che la punibilità – e non la pena – potesse figurare nella nozione logico-astratta del reato, come nella definizione di Robert von Hippel: reato è l'illecito punibile<sup>24</sup>. Tuttavia, l'oggetto tratto dal concetto non coincide con la somma delle sue caratteristiche, bensì costituisce una selezione delle stesse, «una valutazione dell'oggetto da un determinato punto di vista» (Hessen). La speciale gravità antigiuridica del reato è il punto di vista che permette di prescindere dalla menzione esplicita della punibilità<sup>25</sup>.

È inconcepibile un reato che non sia antigiuridico, che non traduca una relazione di contraddizione con il Diritto. «Possiamo concepire un'azione criminosa senza colpa – ricordiamo soltanto la responsabilità oggettiva – ma non possiamo immaginare un reato senza antigiuridicità, come un uomo senza aspetto umano» (Maggiore)<sup>26</sup>. Si osservi, tuttavia, che, in quanto suo genere prossimo, l'antigiuridicità è caratteristica che il reato condivide con numerosi enti che pure esistono nel mondo del Diritto, ma per negarlo, i fatti antigiuridici. È un errore, dunque, supporre che l'antigiuridicità sia l'essenza, invece che un aspetto o carattere del reato, oltre che una componente costitutiva della mera nozione

---

<sup>24</sup> Che spiega aggiungendo che «l'illecito *punibile*, il reato, si differenzia concettualmente da altri illeciti (giuridico-civili o giuridico-pubblici), non per il suo presupposto di fatto, bensì solo per la sua conseguenza giuridica, la pena».

<sup>25</sup> Poiché è incapsulata nella gravità del reato, il quale, essendo così grave, è pure punibile. La mancanza di punibilità in un fatto è indice infallibile del fatto che non risulta sufficientemente grave per la comunità giuridica.

<sup>26</sup> «L'antigiuridicità della condotta è, senza eccezioni, il presupposto generale della punibilità», precisa, a sua volta, Beling.

logico-astratta di esso<sup>27</sup>. D'altra parte, nessuno degli altri elementi della violazione criminale, così come descritti nelle definizioni dogmatiche, si deduce *a priori* da quella nozione, mantenendo, come l'antigiuridicità, un rango necessario; piuttosto,

sono tutti di natura empirico-culturale e, di conseguenza, di rango storico, ossia contingente, che si riscontrano in certi ordinamenti, imposti dallo sviluppo culturale al quale corrispondono e ai valori che li informano, ma che possono difettare e scomparire in altri (Rivacoba).

Atto, tipicità e colpevolezza possono venire a mancare anche in ordinamenti che proclamano contemporaneamente i relativi principi, in relazione a situazioni come la recidiva o i reati di sospetto, i tipi aperti e l'attribuzione di colpe altrui, senza che la loro assenza smentisca la responsabilità criminale annessa a simili previsioni.

Di assoluta necessità, allo stesso modo, è la punibilità, distintiva, propria e caratteristica del reato. Ovviamente, punibilità non è pena, e tanto meno sinonimo di sanzione. Celebre merito di Manuel de Rivacoba è stato quello di aver separato questi tre concetti. Sanzione è la pena assegnata in astratto a ciascun reato; pena, la conseguenza giuridica irrogata dal giudice nella sentenza, debitamente commisurata in base alla gravità concreta di un reato determinato e che il condannato deve scontare. Invece, la punibilità designa l'attitudine del reato ad essere perseguito, la possibilità ingenita di essere sanzionato con una pena. Questa possibilità dipende dal fatto di trovarsi minacciato con una sanzione, e può rinnovarsi o restare come una fattibilità non realizzata, con la conseguente impunità della violazione.

Intesa in questo modo, la punibilità è un concetto esclusivo del Diritto penale, che «distingue e separa [il reato] dall'eterogeneo insieme di atti antigiuridici e colpevoli, ritaglia e profila tale nozione e costituisce la sua differenza specifica»<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Errore che condivisero in passato Rocco, Antolisei ed altri penalisti italiani, perfino Delitalia, ai quali Bettiol obiettò che se c'è qualcosa che caratterizza ogni forma di reato è la punibilità, così come l'antigiuridicità è solo uno dei suoi elementi.

<sup>28</sup> Da cui Rivacoba ricava il corollario per cui la punibilità non è, come la pena, conseguenza del reato, bensì il suo fondamento o parte strutturale di esso, sebbene solo come potenzialità.

### 2.3. *Natura e carattere dell'antigiuridicità*

L'antigiuridicità, la relazione di contraddizione di un atto umano col Diritto, è il rovescio della giuridicità o liceità e, come questa, implica una nozione filosofico-giuridica. Giustamente si è scritto che,

nella pratica, la teoria dell'antigiuridicità è una teoria della giuridicità, più esattamente, di quelle circostanze di fatto che, nonostante realizzino un tipo, nel caso di specie non sono antigiuridiche e che, per questo, diventano penalmente irrilevanti (Maurach).

Fortunatamente, la funzione indiziaria che realizzano i moderni tipi penali rispetto all'illecito, risparmia al giudice l'intricatissima impresa di determinare positivamente l'antigiuridico – e, con esso, il suo rovescio, il Diritto e le sue pretese –, così che può limitarsi all'accertare se l'atto tipico sia o no coperto da una causa di giustificazione. Malgrado ciò, la conoscenza dell'illecito neppure è lavoro interamente alieno alle funzioni del giudice penale, non sia altro che per l'esistenza di alcuni elementi normativi della fattispecie che anticipano l'antigiuridicità: il problema della giustificazione supra-legale, le eventuali conseguenze extra-penali di certi atti giustificati<sup>29</sup>, in materia di concorso di persone, la coscienza dell'antigiuridicità, i requisiti dell'errore diretto sul precetto, il reato putativo, etc.

Dunque, il concetto di antigiuridicità pone quattro interrogativi, la cui risposta definisce, così, il profilo della nozione, come il tipo di vincoli che il Diritto stabilisce tra gli uomini e la sua delimitazione rispetto ad altri ordinamenti disciplinanti la condotta, e cioè: il carattere dell'illecito, ovvero, se sia una categoria unitaria all'interno dell'ordinamento giuridico o, al contrario, se ciascuna sezione di esso possieda un'antigiuridicità speciale; la sua natura, oggettiva o soggettiva, *quid* ineludibile per distinguerlo dalla colpevolezza; il suo oggetto, che comporta la necessità di circoscrivere ciò cui si riferisce il giudizio corrispondente;

---

<sup>29</sup> Facciamo riferimento alle conseguenze di carattere civile scaturenti da certe ipotesi dello stato di necessità giustificante, quando si accerti che il fatto abbia pregiudicato un terzo innocente e ridondi in un beneficio per il necessitato. Tali conseguenze non sono propriamente forme di responsabilità, poiché neppure si fondano in un fatto antigiuridico, bensì nel principio che proibisce l'arricchimento senza causa.

e in ultimo, il suo contenuto, ossia in base a cosa si pronuncerà questo giudizio, come si riempia di sostanza l'elemento di contrasto con quell'oggetto. Affronteremo parallelamente i primi due problemi, per la correlazione che esiste tra di essi, sintetizzando alla fine le coordinate filosofico-giuridiche degli ultimi due.

Fino al 1867 non si era riusciti ad isolare, nella sua individualità, l'illecito, il cui concetto si fondeva in un'unica amalgama con l'attribuzione personale di responsabilità, i requisiti dell'imputabilità e la colpevolezza. Ispirandosi ai giureconsulti romani del periodo classico, Jhering sosterrà, allora, che l'antigiuridicità si differenzia dalla nota colpevole predicata da un atto per la sua autonomia dalle condizioni psichiche dell'autore, come uno stato oggettivo, al quale non è indispensabile aggiungere l'imputabilità, né il dolo o la colpa, affinché la Giustizia disponga di reprimerlo e ristabilire simbolicamente il diritto o il bene oggetto della trasgressione. L'esempio di cui si avvale per illustrare questa geniale intuizione è quello del possessore di buona fede di una cosa altrui, la cui situazione è indiscutibilmente illecita, un *injustum* tanto evidente come la detenzione fisica da parte del ladro della cosa rubata. Che il possessore ignori e il facinoroso sappia della illiceità del suo stato, non cambia una virgola l'elemento comune ad entrambi, la cui indole è oggettiva. Con questo, Jhering raggiunge l'inedito risultato di identificare e obbiettivare il requisito dell'antigiuridicità, ma solo limitatamente alle relazioni di Diritto privato, poiché, dal suo punto di vista, che era pure quello di Hegel, l'illecito penale è inseparabile da un'offesa giuridica, ossia, la lesione cosciente e deliberata di un diritto altrui.

Quest'approccio al binomio di problemi prospettato presentava uno strano contrasto con il parere di Adolf Merkel, che risale allo stesso anno. Mentre Jhering afferma l'oggettività dell'illecito e, tuttavia, annichilisce la sua unità dividendolo in uno penale e un altro extra-penale, Merkel assevera che esiste soltanto una classe di antigiuridicità, la violazione colpevole delle norme giuridiche, e che niente può scinderla se non le diverse conseguenze che essa produce nelle distinte branche del Diritto. Quest'ultimo pensiero sarà approfondito da Liszt, Nagler, Hippel e, soprattutto, Beling, il quale legò la base della questione alla teoria delle norme di Binding, nel senso che

se si prescindesse dal carattere normativo delle proposizioni giuridiche, il concetto di anti-giuridicità si smembrerebbe in tante anti-giuridicità, quante discipline giuridiche ci sono: in una anti-giuridicità del Diritto privato, pubblico, canonico, amministrativo, penale, etc.

Si sostituisca la norma con il concetto di bene giuridico, ricordando che questo è comune a ciascun ordinamento, ma pure che il Diritto penale ha natura garantista, e si arriva allo stesso risultato: che non esiste un'anti-giuridicità specificatamente penale, come neppure un'altra civile, amministrativa, etc.

Diverge attualmente da questo generalizzato giudizio una teoria in apparenza innovatrice<sup>30</sup>. Ispirandosi alla proposta di Roxin di colmare ciascun elemento del reato con significati e funzioni politico-criminali, ritiene Günther che di fronte all'anti-giuridicità in generale, derivata dalla Filosofia del Diritto, esisterebbero alcune anti-giuridicità speciali, proprie di ciascun settore dell'ordinamento e subordinate alle funzioni particolari che realizzano in essi. Da ciò deriverebbe che l'eliminazione di queste non implichi lo stesso per quella. Nel caso del Diritto penale, la selezione dell'illecito realizzata in ciascun tipo criminoso obbligherebbe a distinguere due classi di giustificazione: le scriminanti non genuine, che eliminano l'anti-giuridicità generale e convertono l'atto in lecito per tutto il Diritto, e le scriminanti genuine, che si limitano a sopprimere l'illecito penale, ma lasciano intatta l'anti-giuridicità complessiva della condotta<sup>31</sup>. È evidente, tuttavia, che così si annichilisce l'unità dell'illecito all'interno dell'ordinamento, e che, una volta avvenuto ciò, il concetto perde il suo vero significato, si snatura l'indole del Diritto penale e si cancella la funzione indiziaria dell'anti-giuridicità che sono chiamati a realizzare i tipi legali in ossequio al principio di legalità<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> In apparenza, poiché antica è la tendenza ad affermare un'anti-giuridicità penale speciale. In fondo, è la logica conseguenza della difesa del carattere primario e della natura costitutiva di questa branca del Diritto, che abbiamo discusso *supra*, capitolo II.

<sup>31</sup> Scriminanti non genuine sarebbero tutte quelle che consistono in diritti, permessi o doveri di agire, includendo la legittima difesa e lo stato di necessità; genuine, autenticamente penali, i casi in cui l'aborto è permesso, il consenso dell'interessato, il consenso presunto e alcuni eccessi di poco valore nelle scriminanti autentiche.

<sup>32</sup> Se veramente esistessero illeciti specifici, la conclusione dovrebbe essere la stessa, che ciò che neutralizza l'illecito penale deve neutralizzare l'illecito civile, ammini-

Dal tema dell'unità dell'antigiuridicità si diramano due questioni ulteriori. Una è se insieme al binomio giuridicità-antigiuridicità si può presentare una terza categoria di valutazione dell'operare umano, quella dell'agire giuridicamente indifferente o libero da considerazione giuridica. Il problema della condotta adiafora non si pone nelle concezioni che dividono l'illecito a seconda delle diverse branche del Diritto, poiché ciò che risulta antigiuridico in una, sarà o potrà essere adiaforo per altre. Però certamente si converte in una difficoltà teorica e pratica della teoria unitaria. Neppure questo è un problema nuovo. La massima canonico-medievale *necessitas non habet legem*, la formula di Grozio secondo cui nella necessità gravissima tornano gli uomini alla primitiva comunione dei beni, il pensiero di Fichte per cui quando scompare il presupposto metafisico della regolamentazione giuridica – determinare il modo in cui vari essere liberi possono comportarsi come tali – non può più esserci ruolo del Diritto, sono testimonianze remote del riconoscimento di zone di neutralità<sup>33</sup>. All'inizio del XX secolo si disse che di fronte alle condotte lecite e illecite ci sarebbe un settore di azioni giuridicamente irrilevanti (Binding), che permettono di distinguere tra cause di giustificazione e semplici cause di esclusione della liceità (Beling), come lo stato di necessità nel quale collidono beni dello stesso valore. Arthur Kaufmann, altro sostenitore di questa ontologia giuridica, la modificò nel senso che ci sarebbe un insieme di azioni regolate dal Diritto e, pertanto, giuridicamente rilevanti, per le quali, tuttavia, l'ordinamento si asterebbe dal pronunciare un giudizio, giacché hanno luogo in speciali situazioni di necessità o molto conflittuali, nelle quali non si potrebbe offrire un orientamento o una regola certa, motivo per il quale l'ordinamento decide di lasciare la sua soluzione alla coscienza delle persone agenti. Quest'autore offre l'esempio della clausola legale che

---

strativo, etc., e, viceversa, se non riesce a neutralizzarlo, neppure riuscirà ad annullare gli illeciti extra-penali (Díez Ripollés).

<sup>33</sup> Evidenti nell'opera di Fichte, per il quale nelle situazioni di necessità in cui si scontrano due vite umane, «la decisione spetta alla forza fisica e all'arbitrio». Il Diritto canonico fece applicazione del principio per cui la necessità non conosce legge, in vari casi, principalmente il furto per fame, la cui impunità sostenne Tommaso d'Aquino con l'idea che in caso di necessità le cose sono comuni.

dichiara nel suo paese *non punibile* l'interruzione della gravidanza della gestante nelle prime settimane del processo di gestazione.

Queste posizioni incorrono in un duplice errore, logico e politico. Confliggono con il principio del terzo escluso, che vieta di prendere in considerazione un termine intermedio tra due che si contraddicono a vicenda. Ovviamente, l'antigiuridicità, che è un concetto di valore, ammette graduazioni. Un atto può essere più o meno illecito, esattamente perché danneggia beni, non norme. Tuttavia, all'interno delle condotte disciplinate dal Diritto non può presentarsi un *tertium* di indifferenza. Tutto ciò che rientra nel suo campo d'azione, che è quello dell'agire esteriore e interindividuale, sarà lecito o illecito, conservando in esso pieno valore di regola della logica giuridica, o norma generale negativa (Zitelmann), che ciò che non è proibito o imposto è implicitamente permesso ed è legittimo compierlo od ometterlo. Non deve vedersi in ciò il mero desiderio di partenogenesi dell'ordinamento, il suo orrore del vuoto. È un elementare regola delle condizioni di convivenza, che esige sicurezza nella qualificazione degli atti. Per contro, la zona adiafora, le condotte disciplinate, ma senza valutazione giuridica, rappresentano un pericolo estremamente serio per i diritti delle persone e l'autorità dell'ordinamento giuridico, quello per cui la voce emergente nelle situazioni confliggenti sia quella del più forte<sup>34</sup>. «L'unità dell'illecito è, prima di tutto, una questione di legalità e, quindi, di garanzia individuale» (Tavares).

La seconda questione che sollecita quest'aspetto dell'antigiuridicità è il giudizio che meritano coloro che occupano posizioni contrapposte in una stessa relazione giuridica. Questa volta interviene un altro principio logico, quello di non contraddizione, per il quale termini contraddittori non possono coesistere, poiché se uno è vero, l'altro sarà neces-

---

<sup>34</sup> Una chiarificante frase di Baumann dà contezza del perché la teoria delle condotte neutre non trova spazio tra le cause di giustificazione: «è impossibile conciliare la tesi della neutralità giuridica con l'indiscutibile tipicità di tali condotte». Ciò che il Diritto in qualche modo regola è per ciò stesso soggetto ad un giudizio di valore. Soprattutto, è sempre volere suo quello di imporsi alle forze agenti nelle situazioni che si presumono libere da esso. Ma se anche davanti alla cruda realtà della guerra, persino le guerre proibite dal Diritto internazionale, esso pretende che le sue disposizioni a tutela dei combattenti e civili si applichino ad ogni modo!

sariamente falso. Se è impossibile affermare e negare dello stesso soggetto, nello stesso tempo e situazione, due predicati antagonisti, allora coloro che occupano la stessa posizione in una relazione giuridica possono soltanto operare giuridicamente o antiggiuridicamente, e coloro che versano nell'altro polo di detta relazione ricevono l'attribuzione opposta a quella che è stata assegnata ai primi. Quindi, non è possibile avere una reazione legittima contro chi agisce scriminato. Inoltre, tutti coloro che agiscono come correi in un fatto, operano *contra jus*, di modo che, se uno di essi è coperto da una causa di giustificazione, questa si estenderà necessariamente agli altri.

Naturalmente, l'affermazione che si è appena formulata sulla correttezza riposa in una concezione determinata della natura dell'antigiuridicità. Per la teoria oggettiva, la qualificazione di un atto come lecito o illecito dipende non dalle cognizioni o intenzioni di chi lo realizza, bensì unicamente dalla comparazione tra quello che egli ha esteriorizzato e ciò che stabilisce il Diritto riguardo alla salvaguardia dei beni giuridici. Questo approccio considera la norma giuridica principalmente nella sua funzione di giudizio di valore. Se il Diritto vuole orientare la condotta dei soggetti di diritto in un certo senso, funzione definita di determinazione, è perché la giudica positivamente, allo stesso modo in cui disapprova gli atti che attentano contro i beni giuridici<sup>35</sup>. Pertanto, il giudizio di antiggiuridicità è oggettivo e impersonale.

Tuttavia, il trionfo dell'oggettivismo dell'inizio del XX secolo non è stato merito esclusivo dello sforzo neokantiano per mantenere debitamente separate antiggiuridicità e colpevolezza, poiché a ciò contribuirono altri autori ugualmente interessati a preservare la distinzione tra Diritto e morale. Del resto, gli stessi neokantiani, nonostante la loro fidu-

---

<sup>35</sup> La doppia funzione della norma e la posizione prioritaria di essa che, valutando determinati enti come preziosi per la convivenza umana, li converte in beni giuridici e, allo stesso tempo, disapprova senza eccezione personale gli atti che li offendono, è stata introdotta nel Diritto penale da Johannes Nagler, August Schoetensack e Edmund Mezger, ma le sue basi filosofiche riposano nel pensiero di Wilhelm Windelband. Egli considerò le norme come regole di giudizio che si limitano a dire come devono essere i fatti a cui esse si riferiscono «per meritare una approvazione generale da un punto di vista della verità, del bene o della bellezza». Ovvero, sono «norme ideali sulla base del cui tenore si sottopone a giudizio il valore di ciò che avviene a causa di un processo di necessità naturale».



cia nella funzione di giudizio di valore della norma, ammisero gli elementi soggettivi dell'illecito, i cui antecedenti dottrinali dimostrano la propria indipendenza da quell'orientamento e da questa funzione<sup>36</sup>, scoprono elementi normativi nei tipi e incastonano componenti oggettive nella colpevolezza, che si era normativizzata nel frattempo. Ciononostante, gli elementi soggettivi dell'illecito non perturbano il Diritto con conclusioni moralizzanti, solo diminuiscono l'indole oggettiva dell'antigiuridicità in certi reati in cui la loro considerazione risulta indispensabile<sup>37</sup>.

A sua volta, alla concezione soggettiva si giunse da diverse prospettive. Primo, la teoria degli imperativi, anche se non con August Thon, uno dei suoi creatori – giacché costui accettò le conseguenze giuridiche nei confronti di inimputabili e incolpevoli che commettono atti nocivi per gli altri –, bensì grazie ad altri sostenitori dell'ontologia giuridica e dell'ideologia politica che scorge nel Diritto un insieme di comandi od ordini rivolti alla volontà umana. Se le norme sono imperativi che impongono al soggetto di operare in un determinato modo, allora non resta altro rimedio che considerare nell'azione criminosa il momento spirituale, la coscienza di operare antigiuridicamente. Per questa mentalità, il cui autoritarismo è eloquente, conta soltanto la volontà ribelle rispetto alla volontà del titolare del diritto di obbedienza. Chiaramente, gli inimputabili sono incapaci di operare illecitamente, così come non è ammissibile una reazione legittima contro i loro fatti e l'imputabilità diventa presupposto logico dell'antigiuridicità.

Nel successo della rivincita del soggettivismo concorsero in maniera decisiva uno spettro di condizioni propizie. Correnti filosofiche di taglio irrazionalista provenienti dall'Ottocento diffondono la loro inci-

---

<sup>36</sup> In effetti, sebbene l'illustrazione di questi ingredienti soggettivi dell'antigiuridicità sia attribuita ad Hans Albrecht Fischer, August Hegler e Max Ernst Mayer, la loro esistenza era stata intuita già da Francesco Carrara e, molti secoli prima, da Baldo degli Ubaldi (1327-1400), il quale satireggiò sull'impossibilità di punire come autore mediato di certi crimini sessuali, che per questo post-glossatore erano reati di propria mano, chi, non realizzando di persona l'attività delittuosa, neppure poteva operare con il rispettivo animo.

<sup>37</sup> Sono lontani dall'essere, infatti, «un rattoppo o rammento teoretico» (Jiménez Huerta), una capitolazione delle premesse oggettive.

denza nella vocazione individualizzante del Diritto penale d'inizio Novecento. L'interesse per l'autore, non per il suo reato, rettifica la metodologia scientifico-naturalista della teoria classica del fatto punibile, indirizzando il magistero punitivo verso l'agente come membro della comunità giuridica, l'unico cammino idoneo ad afferrare la sua individualità, ora in accordo con l'ordine etico-sociale di quella, ora secondo intuizioni sugli stereotipi sociali viventi in seno ad essa. Una nuova metodologia, fondata sul confronto dell'interiorità dell'autore con la matrice giuridica dell'etica sociale – razionalismo etico – o con la matrice transpersonale dell'interpretazione sostanzialista delle norme – irrazionalismo giuridico –, poté allegare a proprio favore una riprova reale, la speciale complessità di separare con un taglio netto, orizzontale, l'aspetto soggettivo e oggettivo dell'attività delittuosa.

La questione, dunque, consiste nel decidere quale di tali sfaccettature predomina nei differenti strati dell'infrazione penale. Per la teoria dell'antigiuridicità, l'indole del giudizio di valore, o per meglio dire, la natura – oggettiva semplicemente, prevalentemente oggettiva, soggettiva o principalmente soggettiva – del giudizio di disvalore, che si deve pronunciare in questo livello, si fonda sul carattere dell'oggetto di questo giudizio, che non è altro che l'atto. A seconda che in quest'ultimo prevalga la dimensione esterna, ossia il ruolo che ricopre e gli effetti che produce la condotta nel contesto interindividuale o, al contrario, rivesta primaria importanza la predisposizione interiore, la tendenza o il fine perseguito dal soggetto agente, si otterrà la prova o la confutazione nel terreno del Diritto penale della dottrina che commentiamo. Si noti che in entrambi i casi la norma giuridica funziona come regola di giudizio. Il problema è se si tratta di un giudizio giuridico o di altra natura.

Un importante gruppo di penalisti inclinerebbe per una concezione mista dell'atto, inteso come unità di elementi presi dal mondo esterno ed interno. Si argomentò che le descrizioni tipiche, con le loro corrispondenti interpretazioni e sistematizzazioni, non potevano prescindere da un'essenza impressa nel cuore di ogni attività umana e che alla natura della cosa, di cui si occupano i precetti penali, è inerente il fine che si era proposto l'autore con la sua azione od omissione criminale. Se la meta perseguita è ingranaggio costitutivo dell'atto, il dolo, che integra le descrizioni tipiche nel riversarsi queste in condotte dell'uomo, si

converte in elemento soggettivo dell'illecito di ogni reato doloso, perfetto o imperfetto. Ciò che era stato accettato fino a quel punto con il contagocce, richiedendolo il carattere dell'oggetto disciplinato – la considerazione della disposizione spirituale dell'autore di certe infrazioni come strumento indispensabile per stabilire la sua illiceità e conformità alla fattispecie – divenne regola generale.

Si comprenderà che, date le circostanze, il giudizio di anti giuridicità divenisse incapace di trattenere, nel suo ruolo prevalente, il danno sociale che supponiamo deve provocare un atto per meritare il nome di reato. Il predominio spetta adesso al «fine che assegnò l'autore al fatto, l'atteggiamento con cui lo commise, i doveri che lo obbligavano in relazione ad esso», in sintesi al «disvalore dell'azione», nel senso che «la lesione del bene giuridico (il disvalore dell'evento) assume rilevanza nel Diritto penale solo all'interno di un'azione personalmente anti giuridica (all'interno del disvalore dell'azione)»; anzi, manca d'interesse in molte violazioni, può mancare nella manifestazione concreta di tante altre, ma «senza che scompaia il disvalore dell'azione» (Welzel).

Siccome la pietra angolare di questo illecito personale è competenza della interiorità del soggetto, c'era anche da aspettarsi che l'esclusione dell'illecito reclamasse in esso consapevolezza delle situazioni che il Diritto considera lecite e una volontà buona, consona al volere di quest'ultimo; in sintesi, gli elementi soggettivi della giustificazione, un requisito ineluttabile, implicito o tacito, ma imposto sempre per una questione di principi, in tutte le cause che eliminano l'indizio di anti giuridicità derivante dall'atto tipico. Poiché al Diritto interessa meno quello che il soggetto ha commesso rispetto a ciò che pretendeva realizzare, non esistendo tale requisito soggettivo, l'autore non si ritiene giustificato nonostante l'esistenza degli elementi oggettivi della giustificazione.

Orbene, la necessità di mantenere ben distinte anti giuridicità e colpevolezza cala nel Diritto penale più profondamente che il requisito scientifico di offrire un sistema di reato ordinato, fecondo e di semplice applicazione per lo strumento forense. In effetti,

quando si è persa di vista o la si è messa in discussione, quando si è sostenuta la confusione dell'anti giuridicità e colpevolezza, o si confondono le loro rispettive caratteristiche, il minimo che si deve dire è che l'ir-

razionalismo è entrato nel Diritto penale e che le libertà individuali hanno sofferto una grave menomazione (Rivacoba).

Il disvalore giuridico dell'azione e il valore soggettivo della giustificazione rappresentano un'ingente minaccia per ogni ordinamento di temperamento liberale. Violano l'intimità della persona, che è un presupposto dell'esercizio di qualsiasi libertà, civile o politica. Immediatamente, non appena la volontà, l'attitudine o la conoscenza occupano il trono nel giudizio su ciò che è lecito e illecito, dalla cui altezza scagliamo contro gli indifesi pedanti insegnamenti di buon vivere, la libertà è oppressa anche politicamente. Si tratta di una conseguenza necessaria dello spostamento dalla protezione di beni giuridici, dal rimprovero oggettivo del danno sociale provocato ai loro titolari, alla tutela del principio di autorità e della volontà astratta del Diritto, quel feticcio del concettualismo vecchio o nuovo. Giustamente si è scritto che

la dottrina che reclama un elemento soggettivo in tutte le cause di giustificazione può difficilmente separarsi da una tradizione politica autoritaria che reclama fedeltà allo Stato e ai suoi valori come requisito per riconoscere legittimità a condotte oggettivamente lecite (Politoff).

Per di più, il suo sposalizio coll'irrazionalismo salta alla vista, se si considera che nel caso di chi agisce oggettivamente, ma non soggettivamente giustificato, ciò che commette è un reato che esiste soltanto nella sua immaginazione, non nella realtà. In conclusione, il concetto composto dell'illecito e la sua indissimulata simpatia per i valori dell'azione, non estendono, ma restringono il campo della liceità, per cui ampliano il gogo del Diritto penale sulle relazioni sociali in una spirale forse più deleteria di quella, già di per sé grave, che lo opprime nell'attuale legislazione comparata, e si situa agli antipodi della vocazione riduttrice e mitigatrice che ha animato la politica criminale liberale, sin dalla sua fondazione, nel Codice francese del 1791.

Dell'oggetto del giudizio di anti giuridicità non spetta dissertare in un corso di Filosofia giuridico-penale, poiché è assunto che dipende da ciascun ordinamento positivo. La Filosofia del Diritto deve accontentarsi dell'indicazione secondo cui questo oggetto possono fornirlo solo atti dell'uomo, sia questo capace o incapace, imputabile o inimputabile,

colpevole o incolpevole, mai modi di essere o condotte di vita sociale. Il comportamento di un individuo, che è integrato da una prolungata serie di azioni, si sottrae per principio ai divieti del Diritto, allo stesso modo in cui sfuggono al potere del Diritto i pensieri. Per questo non esiste né potrà mai proporsi un divieto di ricadere nei reati o uno di convertirsi in delinquente abituale.

Invece, il contenuto di questo giudizio sugli atti appartiene completamente all'apprezzamento filosofico. Ciascuna impostazione al riguardo riposa in un determinato concetto del Diritto. Siccome torneremo su questo nel prossimo capitolo, basta per adesso un riassunto delle basi delle rispettive posizioni. La violazione della norma, sia essa intesa come una contravvenzione giuridica o di aspettative sociali, riposa nell'imperativismo di un Diritto, che cade verticalmente e autoritariamente sugli uomini, come volontà astratta che li supera e trascende. Ciò che è contrario alla società è l'antigiuridicità propria di una concezione meccanico-sociologica dell'ordinamento giuridico. Ciò che non è un mezzo giusto per il perseguimento di un fine giusto, risponde ad un concetto idealista che mescola l'idea di giustizia, vacua in contenuti, con un concetto di Diritto orfano di riferimenti a giudizi di valore. Ciò che è contrario alla norma di cultura presuppone un concetto democratico e relativista del Diritto. Anche l'ascrizione dell'antigiuridicità all'offesa di beni giuridici presenta questa caratteristica; ma, se non si mette in riferimento questi beni alle aspirazioni di valore della comunità, il relativismo rischia di trasformarsi in scetticismo, lo scetticismo in nichilismo, al termine del quale qualsiasi cosa potrebbe essere considerata meritevole di tutela, con la conseguenziale evanescenza del concetto di bene giuridico e della stessa antigiuridicità.

#### *2.4. Sistema e struttura della violazione penale*

La parola sistema, «l'unità di un insieme di conoscenze sotto una stessa idea» (Kant), designa l'insieme ordinato e completo di conoscenze scientifiche su di un oggetto o una specie di oggetti omogenei.

Così come esistono differenti sistemi del Diritto penale, così ce ne sono anche nel sottosistema della teoria del reato. La diversità si spiega, poiché ciascun sistema è presieduto da idee distinte. A seconda che

l'idea prescinda dai contenuti dell'oggetto o piuttosto segua questi e cerchi di unificare la loro molteplicità sotto una comune rappresentazione materiale, in altre parole, a seconda che il criterio logico che li ispira sia formale o trascendentale, si otterranno altrettanti sistemi del reato.

Formali sono i sistemi deduttivi e classificatori. Il sistema deduttivo è un sistema di giudizi (assiomi o principi) e del loro sviluppo attraverso un processo di conclusioni o teoremi. La sua metodologia è di sintesi o determinazione. Il classificatorio è un sistema di concetti e delle loro induzioni. Mediante una serie di giudizi divisorii di sussunzione, si subordina ad un concetto un gruppo di altri concetti come sue specie e sottospecie, fino a raggiungere un concetto supremo, minimo nel contenuto, ma massimo in estensione, dal quale si possono contemplare tutti i concetti specifici del sistema, convenientemente classificati e coordinati<sup>38</sup>. Entrambi i sistemi sono logico-formali, poiché si limitano a ordinare il pensiero secondo fondamento e conseguenza, genere e specie.

Parimenti, esiste un sistema categoriale o logico-reale, attento alle cose stesse, solo che le scompone in categorie e materiali, intendendo per categorie non modi di essere di un ente, bensì modi di sistemazione del nostro intelletto.

Poi, c'è il sistema teleologico, che ordina i concetti secondo fini e mezzi, considerando i primi determinanti per i secondi. Quando i fini non sono pure cause psicologiche, bensì fini valorizzati, appare il sistema di valore, nel quale l'unità delle conoscenze è ottenuta, non da un'idea pura, una categoria o qualche passaggio logico di massima

---

<sup>38</sup> La classificazione opera nei concetti che si legano in una relazione logica di subordinazione, come per il particolare di fronte allo specifico e questo di fronte al generico; la coordinazione, invece, riguarda i concetti individuali appartenenti allo stesso concetto specifico, o i vari concetti specifici appartenenti ad uno stesso concetto generico. Entrambe le disposizioni logiche si osservano ancora, rispettivamente, nella relazione dei tipi criminosi speciali rispetto a quello di base – classificazione delle specie subordinate ad un genere –, ed in quella di essi tra loro – coordinazione per sussidiarietà. Questo è uno dei molti settori della Dogmatica penale in cui continua a funzionare la divisione in senso logico.

astrazione, bensì da un valore, dispiegato architettonicamente in oggetti apprezzati<sup>39</sup>.

Infine, il sistema didattico cerca di rendere visibile il sistema invisibile, la trama interna delle nozioni, esponendola al profano un po' per volta e parte per parte, nella forma di uno schema. Come insegna Radbruch, questi sistemi possono combinarsi tra loro e dare vita ad un sistema classificatorio e categoriale, deduttivo e teleologico, etc., e presentarsi, inoltre, provvisti di un sistema didattico.

A seconda dell'enfasi che si ponga nel lavoro classificatorio, deduttivo e categoriale, da un lato, o nella teleologia e valutazione dei concetti, dall'altro, si otterranno sistemi di predominio formalista, finalisti o valutativi.

Il sistema del reato della Dogmatica definita classica fu classificatorio e categoriale. La sua base era il concetto generico di azione, calcato sulle scienze naturali, da cui procede verso le note che la distinguono come azione punibile. La visione naturalista dell'atto si condisce con l'assegnazione dell'illecito alla parte esterna e obiettiva del reato, mentre la colpevolezza appare nel suo aspetto soggettivo o interno.

Il passaggio da questo sistema verso un altro di taglio teleologico si compie con Beling e la nozione di tipo, la cui realizzazione doveva rimpiazzare l'atto nel suo ruolo di pietra angolare del reato; ma Beling esitò a compiere questo passo, contrariamente ai neokantiani Mayer e Radbruch, ai quali dobbiamo l'inizio dello studio della violazione penale dal punto che egli suggerì. Il sistema neoclassico inaugurato da questi è categoriale e valutativo. Nel suo segmento categoriale, sviluppa il Diritto penale come parte del concetto di Diritto e dei concetti fondamentali contenuti in esso. In particolare, il concetto di illecito è ottenuto tramite una precisazione ogni volta più raffinata del concetto generale e unitario di illecito nella Filosofia del Diritto. A sua volta, l'elaborazione sulla base dei fini valorizzati cerca di comprendere il Diritto penale come un intento di realizzazione dell'idea di Diritto.

---

<sup>39</sup> Questo sistema può presentare contraddizioni, qualora il suo oggetto mostri giudizi di valore incompatibili tra loro; ma queste stesse contraddizioni, con lo sforzo che richiede l'intento di risolverle, garantiscono l'apertura del sistema a nuove conoscenze. Invece, è impossibile formare un sistema a partire da una rete di problemi. Un sistema così sarebbe una contraddizione di per sé (Canaris).

Qui, tuttavia, sorge una divisione tra i seguaci del sistema neoclassico. Il neokantismo cercò la costruzione teleologica dei concetti partendo dalla nozione del bene giuridico. Siccome i beni giuridici possiedono sempre un sostrato materiale, e dato che neppure esiste una separazione radicale tra i piani dell'essere e del dover essere, i penalisti di questa corrente filosofica desistettero dall'aspirare ad una normativizzazione radicale dei concetti giuridici. Anzi, riconobbero che la materia della scienza giuridica è una realtà preformata da concetti prescientifici o derivanti da scienze diverse dalla Dogmatica, il cui compito consiste nel realizzare con essi una elaborazione concettuale di secondo grado: ciò significa riferirli ad un certo valore. Così si spiega la natura dell'atto criminoso per questi autori, i quali vi assegnano il valore proprio della tipicità, ma senza sottrarvi la sua base psicofisica. Per questo, inoltre, essi inclusero elementi normativi nei tipi, componenti soggettive nell'antigiuridicità e ingredienti oggettivi nella colpevolezza, anche se senza sciogliere quest'ultima, ora aperta verso la realtà sociale che ha circondato il soggetto agente, dal dolo e dalla colpa, unica via per preservare la radice psicologico-emozionale e volitiva dell'operare umano.

Al contrario, il successivo sistema teleologico-funzionale, che si autoproclama continuatore del neokantismo, normativizza da cima a fondo la struttura del reato, impiegando a tal fine la teoria penale preventiva, alla quale attribuisce il ruolo di decidere se in un caso dato si presentano gli elementi del reato e, di conseguenza, la responsabilità criminale. Questa tendenza, ogni giorno più generalizzata nella Dogmatica presente, ha come logica conclusione la trasformazione del sistema, che passa da sistema teleologico ad un altro di tipo categoriale limitato alle condizioni mentali necessarie per poter imputare un fatto al suo autore, prima ancora che alle condizioni reali di ciò che egli ha commesso. In altre parole, si preoccupa più del giudice che dell'autore.

Infine, il sistema finalista è categoriale, ma invertito. Non già la materia disciplinata dal Diritto deve adeguarsi al pensiero giuridico, bensì il pensiero giuridico deve piegarsi di fronte alla materia. Questa materia neppure consiste in un substrato fisico o psichico. Il suo posto è occupato da categorie materiali, essenze, strutture logiche della realtà, come l'indole finalista dell'azione, la differenza tra autore e complice e la colpevolezza intesa come coscienza dell'antigiuridicità. Queste catego-



rie permisero al sistema finalista di soggettivizzare l'antigiuridicità, normativizzare la colpevolezza e, in fondo, presentarci una sistematizzazione permanente, chiusa e di valore universale, similmente alla teoria dell'imputazione dei giusnaturalisti di un tempo.

### 3. *La pena*

Da un punto di vista filosofico-giuridico la pena è un concetto irto di difficoltà, in parte dipendenti dalla sua relazione col reato.

Innanzitutto, si tratta di definirla, ma in modo tale che il suo concetto non appaia aggiogato a fatti fisici, sociali o giuridico-positivi<sup>40</sup>. L'elaborazione filosofica della pena deve presentarla come concetto unitario, individuarvi gli elementi atemporalmente e chiarificare la sua gerarchia logico-astratta nell'arsenale dei concetti giuridici. Di ciò bisognerà occuparsi adesso. Invece, la relazione col reato equivale a porsi il problema dei caratteri della pena. Siccome questi sono, allo stesso tempo, caratteri della responsabilità criminale, si rimanderà la sua trattazione al capitolo sui principi che reggono l'insieme della disciplina criminalistica.

#### 3.1. *Panorama delle sue definizioni*

Come per il reato, numerose sono le definizioni della pena, tante quante le modalità peculiari e concrete di intenderne il concetto.

L'obiezione relativa alla mancanza di nozioni stabili e di un accordo su questo decisivo estremo, non è recente. Hegel ha mostrato che «nella scienza positiva dei tempi moderni la teoria della pena è una delle materie che peggio si è approfondita» e un secolo dopo, Nagler si lamentava del carattere vago e indeterminato del concetto di una entità che forma parte di quei fenomeni giuridici e sociali così evidenti, che pochi come questo sono utilizzati con tanta frequenza e senza riserve. Le discrepanze sulla definizione della pena giuridica provengono non soltanto dalle diverse prospettive che si adottano per costruire la definizione,

---

<sup>40</sup> Come lo sono le norme e disposizioni giuridiche, fatti riferiti a valori.

bensi dalla circostanza che il termine ha assunto durante la sua evoluzione storica anche altri significati, un tempo confusi col giuridico, e la carica di tali significati ha pesato e gravita ancora nella sua definizione. In effetti, Nagler distinse quattro accezioni della pena, ubicate in un piano parallelo a quello della sua delimitazione propriamente giuridica, che definì pena naturale, morale, divina e sociale, e anche Kant si sentì obbligato a dare inizio alla sua dottrina sulla pena, separando la pena giudiziale (*poena forensis*) dalla pena naturale (*poena naturalis*) «per la quale il vizio si punisce da solo».

Fattuali sono anche le definizioni legali, naturalistiche e dogmatiche. Di valore più storico che attuale, le definizioni legali rivestirono fondamentale importanza ai propri tempi, pur se non hanno mai puntato a fissare il contenuto, bensì il fine della pena, come quella che figura ne *Las Siete Partidas* di Alfonso X: «pena es emienda de pecho o escarmiento que es dado según ley a algunos por los yerros que fizieron». Oggi non rimangono segni di questa classe di definizioni nella legislazione civile. Al contrario, il Codice di Diritto Canonico, del 1917, in perfetta congruenza con il criterio tradizionale della Chiesa cattolica rispetto al problema dello scopo della pena, ossia, la sua confessata preferenza per l'espiazione, dice che «*poena ecclesiastica est privatio alicuius boni ad delinquentis correctionem et delicti punitionem a legitima auctoritate inflictæ*». In questo passaggio risuona la eco della più antica definizione legale che conosciamo, quella di Ulpiano, nel Digesto: *poena est noxae vindicta*.

Le definizioni di carattere naturalistico o sociologico derivano dall'esperienza empirica e vogliono trovare in essa la sua aspirazione, mostrandoci ciò che esiste e deve accadere in base a determinati presupposti. Prevalentemente furono elaborate dal positivismo novecentesco. Una volta che il reato fu contemplato come un fatto individuale e sociale, risultò perfettamente logico che la pena cambiasse la propria natura, che smettesse di appartenere al piano del dover essere e si tramutasse essa stessa in un fatto: la reazione biologica o sociale contro il malefico. Il naturalismo evoluzionista coniò definizioni del primo tipo, come quella di Garofalo, «un rimedio per la mancanza di adattamento del reo». La versione sociologica del positivismo, che allo stesso modo vedeva nella società un organismo naturale e vivente, affermerà che la pe-

na è una «reazione sociale contro le azioni antisociali» (Ferri). Questo genere di definizioni, con la loro deliberata identificazione della pena con un fatto, non sono scomparse nell'attualità. Risuonano ancora nella traduzione penale di quella rinascita delle concezioni organiche della società, chiamato funzionalismo sistematico. Non già nel vecchio senso che la pena sarebbe la manifestazione formalizzata di un organismo che reagisce contro ciò che perturba la sua esistenza, bensì come la risposta normativa che permette di stabilizzare il sistema sociale di fronte ad accadimenti che esautorano le norme che lo reggono e le aspettative di comportamento che queste traducono come modelli di condotta<sup>41</sup>.

Dal canto loro, le definizioni dogmatiche dovrebbero accarezzare il proposito di riprodurre compendiosamente ciò che l'intero spettro di pene di un ordinamento dato mostra come essenziale per tutte e che condensa l'individualità del gruppo. Tutta la questione consiste in come si elabora l'astrazione a partire da quel materiale, per cui è necessario attenersi al Diritto positivo e non introdurre nel concetto questioni attinenti alla sua finalità. Tuttavia, spesso i criminalisti si sentono invitati a violare le frontiere del tema. Così, ci sono state definizioni che combinano elementi del suo concetto con argomenti attinenti allo scopo, per esempio in Binding e Liszt<sup>42</sup>. Altre si concentrano su problemi diversi della Filosofia del Diritto, come l'appartenenza della pena al genere delle conseguenze giuridiche o l'indole del precetto violato dal reato, come quella di Grispigni e Bettiol<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Jakobs dice di essa che «è sempre una reazione di fronte alla violazione di una norma», una replica fattuale alla prova anche empirica della delusione di una aspettativa sociale, il cui fine è «il mantenimento della norma come modello di orientamento per i contatti sociali».

<sup>42</sup> «La perdita di diritti o beni giuridici che lo Stato impone nel rispetto del Diritto ad un delinquente, a soddisfacimento della sua irreparabile violazione colpevole del Diritto e per mantenere l'autorità della legge violata» (Binding). «Male che il giudice penale infligge al delinquente, a causa del reato, per esprimere la riprovazione sociale rispetto all'atto e all'autore» (Liszt). La prima definizione imprime alla pena un senso retributivo; la seconda, uno eclettico, retributivo e preventivo speciale.

<sup>43</sup> Sono molto simili: «conseguenza che il Diritto oggettivo collega alla violazione dei precetti criminali» (Grispigni); «conseguenza giuridica del reato, e cioè, la sanzione predisposta per la violazione di un precetto penale» (Bettiol).

Dal canto nostro, pensiamo che potrebbe risultare più semplice e adeguato all'indole dell'argomento concepirla come una perdita o limitazione di determinati beni giuridici, imposta secondo la legge dagli organi giurisdizionali e in sentenza definitiva nei confronti dell'individuo che questa dichiara responsabile di un reato. In ogni caso, questa definizione non risulterà applicabile, così com'è, a qualsiasi ordinamento, bensì soltanto a quelli rispettosi della legalità e personalità della responsabilità criminale.

Restano le definizioni filosofiche. Sappiamo che obbediscono all'obiettivo di cogliere la pena nel suo carattere assoluto, come categoria *a priori* del pensiero, libera da ogni condizionamento empirico, non ricavata da questo o quell'ordinamento, presente o storico, bensì esaminata nel suo maggior grado di astrazione e universalità.

Anticamente, tuttavia, questo genere di definizioni ha confuso la pena giuridica con la punizione del peccato o del male morale. Ciò si osserva chiaramente in quella del francescano spagnolo Alfonso de Castro (1550), che spiana la strada ai secoli dell'Età moderna: «la pena è la passione che infligge un danno a colui che la subisce, o, per lo meno, che di per sé può infliggerlo, imposta o contratta per un peccato proprio e passato». Nel giusnaturalismo razionalista si ripete la considerazione tomista della pena come patimento e, in fondo, come un male, fenomeno ben rappresentato nella celebre definizione di Grozio: *malum passionis quod infligitur ob malum actionis*. Invece, celebre merito di Thomas Hobbes è stato quello di aver spogliato la pena di ogni pretesa di giustizia assoluta, riducendola al semplice prodotto dell'associazione degli uomini sotto l'egida del potere civile, oltre alla segnalazione del carattere pubblico di questa sanzione giuridica<sup>44</sup>. Ma una rondine non fa primavera. La comprensione della pena come un male contrapposto ad altro male riappare nei criminalisti contemporanei, che persistono nel definirla quale «un male che s'impone all'autore di un fatto colpevole» (Welzel) e nell'affermare, categoricamente, che chi «nega il carattere di male come segno distintivo della pena, nega in realtà e prima di tutto la

---

<sup>44</sup> «Una pena – scrive – è un danno inflitto dall'autorità pubblica su chi ha fatto o ommesso ciò che si giudica dalla stessa autorità come trasgressione alla legge, affinché la volontà degli uomini possa restare, in questo modo, meglio predisposta all'obbedienza».

pena stessa» (Bockelmann), come se questa fosse un'idea, non un concetto.

Ogni volta che la si definisce come un male si infonde nuova vita alla falsa valutazione che tinge la pena con reminiscenze etiche, ricavandosi «la sua essenza dalla considerazione morale e dall'aspetto soggettivo del reato, misto a banali rappresentazioni psicologiche sugli stimoli e l'intensità degli espedienti sensibili contro la ragione» (Hegel). La questione per cui la pena debba essere un male (o un bene) è un controsenso che dovrebbe essere definitivamente bandito dalle elaborazioni filosofiche o scientifiche su questo frammento dell'ordinamento, perché, posto il dilemma in termini soggettivi, emerge che il delinquente può percepire la pena tanto come una sofferenza quanto come un piacere, e se lo si analizza sul piano dell'interesse sociale, allora si cerca di risolvere un problema giuridico con categorie morali o di pura sensibilità, «disconoscendo la differenza di natura e portata tra i due piani» (Rivacoba). Qualcosa di non molto diverso può rimproverarsi alle definizioni filosofiche che associano al concetto un'allusione allo scopo della pena, poiché quella della finalità è sempre un'idea, e, di per sé, un criterio regolativo, che non dovrebbe figurare nel concetto, pena il rischio di perturbare la sua intelligenza.

### *3.2. Concetto, elementi e gerarchia logico-astratta*

Contemplata dal punto di vista della Filosofia del Diritto, la pena rappresenta quella specie di sanzione giuridica di carattere pubblico che il rispettivo ordinamento considera di maggior gravità.

Pochi dubbi possono porsi sul fatto che la pena appartenga al genere delle sanzioni giuridiche, intendendo per tali l'insieme delle conseguenze coattive che l'inadempimento di un dovere giuridico produce nei confronti dell'obligato. Si tratta di un certo corollario sfavorevole che il Diritto collega alla violazione di un dovere, violazione che nel caso della pena si radica in un atto dalla maggior intensità antiggiuridica secondo l'ordinamento esaminato. Sempre in termini formali, la pena si distingue all'interno dell'universo delle sanzioni del Diritto poiché l'obbligo che si impone a colui che deve subirla non coincide con la condotta prescritta dalla norma violata od obbligazione condizionante,

come accade nell'adempimento forzoso previsto dal Diritto privato e nelle misure coattive per ottenere che il singolo adempia a certi comportamenti posti a suo carico dalla legge (*executio ad faciendum*), né pretende di ottenere un'osservanza per equivalenza del dovere trasgredito, come nell'indennizzo del pregiudizio.

In secondo luogo, la pena costituisce una sanzione pubblica. Viene imposta all'interno di una relazione di Diritto pubblico dalla comunità organizzata nello Stato o dalla società di Stati, che la irroga come *potentior persona*. Si distingue, dunque, nettamente da quelle sanzioni che le parti di un contratto stipulano come clausole penali e da quelle stabilite dai membri di una qualsiasi associazione nei propri statuti, su tutte le quali l'autorità pubblica è priva d'ingerenza.

Ma la pena non è l'unica sanzione pubblica. Condividono questa indole le sanzioni amministrative e disciplinari, che pure sono applicate da entità statali all'interno di una relazione che subordina il trasgressore del Diritto. I molteplici e strenui sforzi al fine di tracciare una differenziazione materiale tra la pena, da una parte, e le sanzioni amministrative e disciplinari, dall'altra, non hanno riportato risultati soddisfacenti. Né la natura degli interessi o i precetti violati né le relazioni che la violazione ha danneggiato, sono strumenti idonei per tracciare la differenza. In verità, la pena non si può distinguere dalle sanzioni disciplinari e amministrative in base alla propria essenza, bensì soltanto da un punto di vista quantitativo, la sua particolare gravità all'interno del concerto delle sanzioni giuridiche.

Orbene, accettato che la pena è quella sanzione che un ordinamento reputa come la più grave, restano anche profilate le basi del carattere concreto, individualizzante, teleologico che reclama il suo concetto nel campo dogmatico, essendo ulteriore compito della scienza penale determinare positivamente il perché di questa gravità in relazione a ciascuna pena nello specifico, in accordo con i concreti beni giuridici su cui incidono e la modalità della loro lesione.

Più elaborata verrà ad essere la questione della gerarchia logico- astratta di questo concetto, se la pena costituisce, inoltre, un concetto *a priori* o fondamentale. Qui inciampiamo sull'ostacolo che chi più e meglio ha studiato i concetti giuridici fondamentali nella Filosofia del Diritto si astiene deliberatamente dall'includere la pena nel catalogo di

tali concetti. L'essenza del motivo di contrasto poggia nel fatto che la nozione di pena esigerebbe e farebbe riferimento ad alcuni contenuti che può fornire soltanto un ordinamento storicamente dato. In particolare, Stammler considera proprio di una dottrina assoluta del Diritto il concetto di correzione della violazione giuridica, e non tanto «il modo concreto in cui il Diritto corregga la violazione, che è ciò che chiamiamo pena», e invoca come dimostrazione sperimentale quell'epoca «senza pene» di cui più tardi discorrerà brillantemente Viktor Achter<sup>45</sup>.

Tuttavia, che siano esistiti ordini giuridici storici che non conoscevano un Diritto penale nel significato attuale di questa espressione, nulla prova contro il fatto che possedessero pene e Diritto penale. Inoltre, si deve separare il problema della giustificazione della pena (parte del più ampio problema della giustificazione del Diritto) rispetto al problema del suo concetto (flessione del concetto di Diritto), da cui segue che ciò che appartiene al divenire dell'esperienza storica sono le modalità concrete di punizione che ciascun ordinamento scelga, più che la nozione astratta della pena. Di conseguenza, fissare l'origine di questa nel secolo XII implica disconoscere che ci sono stati in precedenza ordinamenti punitivi molto sviluppati, tanto nel penale come nel processuale penale, e che, persino nei popoli in cui dominò una considerazione privata del reato, come presupposto che permette la vendetta e la composizione *inter gentes*, è esistito anche un sistema di atti di particolare gravità per i quali si riservava un castigo *supra gentes*, pubblico<sup>46</sup>. In definitiva, ovunque ci sia una comunità provvista di una qualche forma di organizzazione, si può supporre che sorgano oggetti particolarmente apprezzati, alla cui incolumità il gruppo considererà legate le basi della sua stessa sussistenza, fino al punto di rendersi necessaria per essi una speciale ed energica forma di tutela, affidata agli organi della comunità stessa: ciò non è altro che la pena. In sintesi, di questa è possibile affermare quanto già del Diritto penale nel suo insieme, che si

---

<sup>45</sup> Questa famosa tesi allude all'Alto Medioevo tedesco, con la sua preferenza per forme di autotutela e composizione, e indica come secolo della nascita della pena pubblica il dodicesimo dell'era cristiana.

<sup>46</sup> Tra l'altro, persino nella composizione esiste un equivalente della pena e una traccia di potere sociale, dato che questo stabiliva l'ammontare delle compensazioni e doveva vegliare per la loro effettività.

tratta, cioè, non di un fenomeno esclusivo di un certo tipo di società, ma piuttosto di un qualcosa di comune alle società umane e permanente in tutte loro.

Cosicché la pena costituisce un concetto giuridico fondamentale. Riaffermata la sua dignità di categoria *a priori* della conoscenza giuridica, si comprenderà perché la punibilità è tanto la differenza specifica del reato come la nota che distingue il Diritto penale dalle altre branche del Diritto<sup>47</sup>.

#### 4. *Principi fondamentali del diritto penale*

La dottrina penalistica del nostro tempo allude con frequenza ad un insieme di principi a cui assegna grande importanza. Tuttavia, non c'è chiarezza circa il loro fondamento, natura, significato, funzioni e identificazione. L'unica cosa che sembra sicura in questo incerto panorama è una generalizzata coscienza della necessità di fondare il Diritto penale su basi più inalterabili di quelle che ha potuto esibire fino ad ora; in altre parole, che se il nostro settore dell'ordinamento è formato da disposizioni giuridiche, è indispensabile fondarle o per lo meno limitarle in base a certi postulati.

Le difficoltà sorgono già nella terminologia che si impiega per designarli: principi di base, fondamentali, informativi, costituzionali, limitativi, rettori, cardinali, etc. È vero che le denominazioni non sono altro che convenzionalismi privi di importanza se si è d'accordo sulla materia che designano. Però è proprio questo ciò che manca negli studi dei principi penali. Manuel de Rivacoba distinse cinque tendenze. Una, che li studia separatamente ed in ordine logico, così come appaiono in un ordinamento punitivo dato, ma senza spiegarne origine, carattere e relazioni. Un'altra, che li raggruppa sotto un'epigrafe comune, in cui si pone in rilievo la loro appartenenza circoscritta ad un Diritto determinato, come principi generali di questo. La terza, che li reputa caratteristici e informativi degli ordinamenti penali propri di una determinata cultura

---

<sup>47</sup> «Il centro di gravità del diritto criminale si trova nella *pena*, come quello del diritto civile si trova nell'esecuzione» (Barreto).



giuridica. Alle precedenti si deve aggiungere, da un lato, quella tradizionale, che incardina i principi nei punti che si ritengono opportuni nel sistema, ma senza integrarli in un insieme, e, dall'altro, quelle più moderne, che li fanno dipendere da precetti costituzionali o li rappresentano come limiti, ora del Diritto penale, ora dello *ius puniendi*.

Neppure disponiamo di una identificazione comunemente ammessa dei principi. Perciò, si parla di legalità, materialità, offensività, proporzionalità, colpevolezza, ma anche di necessità della pena, tipicità, ultrattività della legge più favorevole, intervento minimo, irrilevanza, riserva di legge, frammentarietà, etc. Lo spettro del problema si complica ancora, perché a volte sono utilizzate designazioni differenti per menzionare realtà omologhe, come avviene per i principi di ultrattività, tipicità e offensività. Ancora più oscure sono le loro funzioni e, ovviamente, la relazione che intrattengono con l'ordinamento giuridico, sebbene questo cruciale aspetto si riduca ad una questione di priorità o gerarchia: se i Diritti positivi debbano reggersi sui principi per meritare tale nome o, al contrario, se questi siano meramente dedotti dalle disposizioni di quelli, essendo, pertanto, contingenti e accidentali. La sola formulazione del dilemma denota come si presenti al dogmatico un lavoro che supera la sua missione specifica.

In effetti, la radice di queste complicazioni si fonda in una corrente filosofico-giuridica, che attualmente propone un'ontologia in base alla quale il Diritto sarebbe formato, non solo da norme o regole, bensì anche da principi. È un peccato che tale orientamento non riesca a decidere se i principi differiscano dalle norme o siano una specie di queste, mentre ribolle nel loro seno il dibattito sulle funzioni che spetterebbero alla natura di questa nuova componente dell'essere del Diritto<sup>48</sup>. In ogni caso, sembra che i principi siano considerati «intrasistematici», nel senso che il loro carattere giuridico si deve al fatto che il Diritto positivo li esplicita in disposizioni internazionali o costituzionali o, almeno, sono impliciti in esso, potendo essere dedotti da una o più norme.

---

<sup>48</sup> «Nessuno nega la presenza di principi nel Diritto, ma le discrepanze cominciano col cercare di stabilire cosa siano, quali siano le loro differenze rispetto alle norme giuridiche, quali le funzioni che realizzano, e se, formando parte del Diritto, stabiliscono o no una relazione necessaria di questo con la morale», commenta Squella Narducci nel suo riassunto dei punti spinosi del tema nella Filosofia del Diritto.

Allo stesso modo, le funzioni usuali che vi si attribuiscono nell'organizzazione scientifica del Diritto vigente, l'interpretazione e integrazione delle leggi, la stella polare degli sforzi *de lege ferenda* e la limitazione dell'operato normativo dei poteri pubblici, suggeriscono che questi postulati non riunirebbero in sé l'essenza di ogni principio, e cioè, servire da base o ragione fondamentale per un oggetto e la scienza che si occupa di studiarlo. Piuttosto, si tratterebbe di una classe particolare di norme giuridiche, dei precetti regolatori dell'operare intersoggettivo, la cui caratteristica risiede nella generalità della propria portata, nella mancanza di un preciso presupposto di fatto e, quindi, nell'impossibilità di applicarli allo stesso modo che le regole propriamente dette. Sono dunque precetti di ottimizzazione (Alexy) originari dell'ordinamento in vigore e non imposti a questo dall'esterno, *principia iuris et in iure*, invece che *principia iuris tantum* (Ferrajoli).

Date le circostanze, si comprenderà che i principi siano incapaci di fornire una legittimazione radicale al contenuto delle disposizioni giuridico-penali, così come non posseggono la capacità di delimitare il perimetro possibile del Diritto punitivo<sup>49</sup>. Basta che l'ordinamento modifichi o sopprima la loro proclamazione, o che mutino le norme che permettono di riconoscerli, affinché il loro posto sia occupato da altri principi, perfino antagonistici agli originali. Del resto, può giustificare e delimitare un oggetto solo ciò che rappresenta il suo essere o ragion d'essere, allo stesso modo in cui, nel Diritto penale, la colpevolezza merita il nome di limite della responsabilità unicamente se la immaginiamo come fondamento del correlativo dovere del reo.

Orbene, nella Filosofia generale i principi si concepiscono come dotati di un valore costitutivo, sia della realtà (*principia essendi*), sia della conoscenza della realtà (*principia cognoscendi*). Principi dell'essere sono quelli che denotano l'elemento a cui si riconducono tutti gli altri, una realtà fondamentale e irriducibile ad altra. Principi della conoscenza sono le ragioni in virtù delle quali le cose sono ciò che sono. Mentre

---

<sup>49</sup> Ferrajoli preferisce chiamare condizioni di legittimità necessarie, ma non sufficienti, i principi penalistici di materialità, offensività e colpevolezza. La nomenclatura di principi «formali» e «materiali» di limitazione dello *jus puniendi*, molto diffusa tra i criminalisti spagnoli, si mantiene nel terreno del necessario, ma insufficiente, dello storicamente condizionato e, di conseguenza, non assoluto.

i primi si traducono in un pensiero realista, in cui la legge interna degli oggetti determina le condizioni della loro conoscenza, i secondi ispirano una filosofia idealista, in cui le condizioni ultime della conoscenza determinano la realtà in quanto realtà conoscibile. Il pensiero filosofico può anche coordinare entrambi i principi, dando prevalenza all'uno o all'altro, oppure fonderli, ipotesi in cui ci sarà identità tra la realtà e la ragione della realtà. Ad ogni modo, per la scienza i principi saranno sempre proposizioni o verità fondamentali, punti di partenza, oltre ai quali non ci sono altri della stessa specie, il che non è incompatibile con il fatto che i principi scientifici possano dipendere da principi superiori, principi primi o assiomi, che non appartengono alla scienza stessa, ma alla filosofia della scienza.

Di questa indole devono essere anche, supposto che esistano, i principi fondamentali del Diritto penale. Non già generalizzazioni ottenute direttamente o indirettamente da norme giuridiche o disposizioni giuridico-punitive, bensì base, origine e fondamento di queste ultime. Rappresentano un compendio di concetti giuridici *a priori* dalla cui presenza in un ordinamento determinato dipende il carattere giuridico-penale delle disposizioni che si offrono al dogmatico nel ruolo di oggetto di studio scientifico. Sono anteposti alla scienza criminalistica, ed è nella Filosofia del Diritto il luogo in cui si dovrà cercare indole, caratteri e funzioni loro propri.

Essendo il Diritto penale un settore dell'ordinamento giuridico e, d'altra parte, tenuto in conto che integra l'essenza di tutto il Diritto la nota di personalità, che a sua volta si dispiega nell'esigenza di obiettività e alterità, per il frammento criminalistico spunta come primo principio di base quello di materialità (*nullum crimen nulla poena sine actione*)<sup>50</sup>. La materialità indica che nel substrato del reato deve esserci una manifestazione esteriorizzata della volontà, produttrice di un effetto attribuibile al soggetto agente e dotato di significatività intersoggettiva. Pertanto restano esclusi dal campo del penale i processi appartenenti al foro

---

<sup>50</sup> C'è da dire che il termine «materialità» non è quello più adeguato, perché l'essenza dell'operare umano non consiste in una materia, bensì nella sua esteriorizzazione, nei suoi effetti e nel suo senso intersoggettivo, i quali non devono necessariamente essere materiali. Neanche quello di «fatto», perché questa voce abbraccia nella Filosofia del Diritto tanto eventi naturali che atti tipicamente umani.

interno, le azioni che abbiano soltanto un senso meramente personale, i modi di essere dei soggetti di diritto e le forme aberranti d'imputazione, ossia, far cadere sugli uni le conseguenze dell'operare degli altri individui, di eventi naturali o del fato.

Poi, siccome le disposizioni giuridico-penali collegano la pena all'infrazione di una norma, ma le norme sono debitrice del proprio senso al fatto di essere orientate al conseguimento di fini apprezzati dalla comunità, fini che il Diritto esprime in oggetti meritevoli di tutela per il valore che possiedono per la preservazione e lo sviluppo degli individui e la comunità in una esistenza dignitosa dell'uomo, il reato deve consistere in una offesa di particolare intensità ai beni più importanti o significativi in vista di quella preservazione e questo sviluppo. Si deduce così il principio di offensività, senza il quale il Diritto penale non potrebbe intervenire e, a rigore, neppure sarebbe immaginabile che lo facesse: *nullum crimen nulla poena sine iniuria*.

Giustamente si è scritto che questo principio presuppone, ma allo stesso tempo completa quello di materialità, nella misura in cui estromette dal punibile atti che non offendono beni giuridici (Mantovani); anche se, a ben vedere, è una deduzione dal significato teleologico delle norme giuridiche ed un precipitato dell'indole garantista del Diritto penale<sup>51</sup>. Inoltre, con questo punto di partenza si prefigura la soluzione di una serie di problemi interpretativi e politico-criminali emergenti dall'antigiuridicità in quanto elemento del reato: tra gli altri, la disponibilità dell'oggetto dell'offesa – ammissibile riguardo a tutti i beni principalmente individuali, inammissibile riguardo ai beni principalmente collettivi, salvo che lo autorizzi esplicitamente o implicitamente la comunità stessa –, la prima e ultima soglia dell'intervento punitivo, che non può anticiparsi o estendersi sino al punto che non esista ancora o smetta di presentarsi il bene giuridico di cui si tratti, etc.

In ultimo, il principio di colpevolezza (*nullum crimen nulla poena sine culpa*). Una visione empirico-storica sembra ricavarlo direttamente dallo Stato di Diritto, «poiché la sua violazione comporta il disconosci-

---

<sup>51</sup> Come si è annotato *supra*, capitolo secondo, paragrafo secondo, a proposito della natura di questa branca del Diritto.

mento dell'essenza del concetto di persona»<sup>52</sup>. Tuttavia, lo Stato di Diritto è una realtà contemporanea ancora imperfetta nella sua configurazione e, andando oltre, può essere informato a diverse immagini della persona, alcune congeniali a forme di responsabilità oggettiva, ignare dell'attitudine volitiva degli uomini e dei vincoli che legano questi agli altri; invece la colpevolezza, in quanto principio fondamentale del Diritto penale, richiede conoscenza, volontà e l'aver potuto agire in modo conforme a Diritto nella situazione concreta. Infatti, il punto di vista che commentiamo corregge se stesso quando riafferma che il principio «presuppone un ente capace di decidere in conformità ai valori [...], un essere autodeterminabile, o, il che è lo stesso, una persona» (Zaffaroni).

Il punto è che il postulato della colpevolezza deriva dalla personalità del Diritto, non dal concetto di Stato che anima un'organizzazione sociale determinata. Se uno Stato di Diritto nega empiricamente la doppia dimensione della colpevolezza, sia attribuendo ad una persona un decorso fisico che non è stato prodotto spirituale animico proprio, sia perché immagina l'agente come un demiurgo autosufficiente e immune al contatto sociale, finisce per negare la nozione di persona e ne presuppone un'altra che non corrisponde alla radice antropologica del concetto, come se noi uomini fossimo capaci di una colpevolezza assoluta, propria del demonio, o fossimo situati al di là del bene e del male, nel trono di Dio.

La natura di questi tre principi va di pari passo con la loro doppia funzione. La prima, che è costitutiva, permette di considerare come giuridico-penali le disposizioni che si adeguano ad essi, che operano «quali forme che s'infondono in queste come materia e ricevono da esse un contenuto, le regolano e qualificano come penali» (Rivacoba). In questo senso, sono *principia essendi* della realtà giuridico-punitiva, motivo per il quale, fuori dal confine della loro autorità, potranno esserci pratiche penali, non più Diritto penale.

La seconda funzione, di comprensione e sistematica, rende possibile la ricostruzione scientifica degli ordinamenti esistenti, partendo dall'interpretazione delle sue disposizioni, il coordinamento di esse con le

---

<sup>52</sup> «Imputare un danno o un pericolo per un bene giuridico, senza la previa constatazione del legame soggettivo con l'autore (o imporre una pena fondata soltanto nella causazione), equivale a degradare l'autore ad una *cosa causante*» (Zaffaroni).

norme giuridiche sottostanti, la risoluzione delle sue contraddizioni, fino all'organizzazione delle conoscenze in concetti, istituzioni e sistema. Questa volta la nostra trilogia opera come *principia cognoscendi* della realtà giuridico-penale. Tuttavia, in entrambe le funzioni caratteristica dei principi è il loro formalismo e l'apriorismo, l'essere nozioni vuote – poiché il loro contenuto proviene dai Diritti positivi – la cui «esistenza e valore sono alieni e previi in senso logico alla realtà» (Rivacoba). In una parola, sono assiomi, proposizioni che non richiedono ulteriore dimostrazione ed esigono nella loro purezza un rispetto assoluto da parte di legislatori, dogmatici e giudici, non un rispetto per approssimazione o nella misura in cui sia possibile<sup>53</sup>.

Niente di ciò che precede implica che alla Dogmatica sia impedito di servirsi per il proprio lavoro di altri principi, sempre che siano accolti da un ordinamento giuridico e risultino compatibili con quelli fondamentali<sup>54</sup>. Così, la legalità di reati e pene e, ancora, l'esigenza che queste siano proporzionate a quelli, sono principi positivi di molti Diritti penali del nostro tempo, il primo esplicito e la seconda implicita in dogmi costituzionali o disposizioni legali. Ma ciò detto, il loro valore è circoscritto, relativo e, spesso, ingannevole. Per quanto la loro sede ul-

---

<sup>53</sup> Questo è cruciale per la funzione politico-criminale che vi imprime Rivacoba e, ancor prima, nell'applicazione del Diritto vigente. I principi sono coordinati tra di loro, per cui non può impiegarsi uno a nocimento di altro, operazione che sottrarrebbe dignità giuridica al Diritto penale di cui si tratta. Beni giuridici e diritti soggettivi possono collidere tra sé, ma mai i principi fondanti di una disciplina giuridica.

<sup>54</sup> La questione della compatibilità deve tenersi particolarmente presente a proposito del «principio di precauzione», del quale i suoi seguaci affermano che interesserebbe, così come diversi reati della Parte speciale, anche tante altre istituzioni della Parte generale del Diritto penale (principalmente, causalità e colpevolezza). Nella imputazione di responsabilità per danni gravi e irreversibili ad una pletera di persone, animali o al contesto fisico delle une o degli altri, che si producono in un contesto di incertezza scientifica che impedisce di parlare *ex ante* della probabilità di realizzazione del rischio temuto, esiste un rischio normativo indubitabile, quello di far rivivere forme aberranti di imputazione, per «un caso che spesso i dati statistici non sono in condizione di chiarire o superare» (Emanuele Corn). Lo spettro dell'imputazione aberrante circonda anche il concetto di condizioni oggettive di punibilità.

tima sia situata nella razionalità dell'uomo<sup>55</sup>, quest'ultimo si è dimostrato essere anche un'entità volontarista, capace di fare *tabula rasa* delle intimazioni della ragione, e lo rivela il fatto che neppure l'ordinamento più perfezionato vincerà la prova del rispetto preciso, senza eccezioni – come si addice ai principi –, della legalità e proporzione degli elementi della nostra disciplina. In realtà, questa coppia di principi positivi vale in un'altra accezione della parola, non come massime che non ne ammettono nessun'altra regolativa oltre ad esse<sup>56</sup>, bensì come regole generalissime che reggono il pensiero o la condotta. E queste possono trovarsi nel dilemma di contrastare con altre di identica e superiore gerarchia, con la conseguente antinomia tra fonti del Diritto, conflitto che terminerà con lo spostamento o l'invalidamento di una di esse.

Per quanto riguarda il principio di umanità, che pure si presenta bardato quale principio fondamentale, esso non appartiene all'oggetto del presente capitolo. L'umanità come principio giuridico proviene dall'umanità come idea del Diritto. È vero che «non trae origine da alcuna previsione politica o costituzionale, bensì è precedente a ciascuna di esse», ma non al punto tale che «in modo identico ai principi anteriori, costituisce e limita il Diritto penale». Se è «il punto di convergenza ideale di tutti in una unità logica e funzionale» (Rivacoba), questo si deve al fatto che adempie esattamente alla funzione di una idea, l'idea del Diritto, della quale ci si dovrà occupare nel luogo adeguato, il significato della pena. Sappiamo che l'umanità è assunta come principio positivo in non pochi ordinamenti odierni, sebbene, come per legalità e proporzione, solamente in linea di *principio*. In questo stesso carattere si proiettano questi principi positivi sui tratti distintivi della pena contemporanea (uguaglianza, legalità, proporzionalità e umanità). Soltanto la personalità delle punizioni, che queste possano ricadere solo sul colpevole del reato, e mai su innocenti, si sottrae al limite dei principi po-

---

<sup>55</sup> Da cui l'autore su cui ci basiamo in questo paragrafo, Manuel de Rivacoba, dedusse, ma frettolosamente, che anche legalità, proporzionalità e umanità sarebbero principi cardinali, ossia, fondanti di tutto il Diritto penale.

<sup>56</sup> Frase con cui Bentham si riferisce al suo principio di utilità, che egli considerò fondamento del sistema e diverso da altri principi che, da parte loro, «richiedono sempre di essere disciplinati per impedire che causino danni».

## CAPITOLO V

sitivi, poiché è frutto della combinazione dei principi fondamentali di materialità e colpevolezza.



# CAPITOLO SESTO

## METODOLOGIA GIURIDICO-PENALE

*Traduzione di Alessandra Macillo*

SOMMARIO: 1. *La Metodologia giuridica e le sue scuole in generale*; 2. *Metodologia del Diritto penale nel secolo XIX*; 2.1. *Giurisprudenza dei concetti*; 2.2. *Giurisprudenza degli interessi*; 3. *Metodologia del Diritto penale nel secolo XX*; 3.1. *Giurisprudenza dei valori*; 3.2. *Fenomenologia*; 4. *Bozza sull'attuale funzionalismo*.

### *1. La Metodologia giuridica e le sue scuole in generale*

È stato spiegato in precedenza<sup>1</sup> che, così come una parte della Filosofia, in quanto riflessione dello spirito su se stesso, consiste in una teoria della scienza, allo stesso modo anche l'Epistemologia giuridica, oltre a delimitare la natura, le caratteristiche e le relazioni dei saperi che si occupano del Diritto, tratta anche della metodologia appropriata per conoscerlo, ordinare i suoi concetti, costruire il suo sistema e applicare le sue disposizioni. Difatti, avremmo ben potuto sviluppare il tema della metodologia giuridico-penale contestualmente alle discipline criminali, che sono sede della sua Epistemologia. Tuttavia, la complessità e le dimensioni di questo loro speciale contenuto consigliano di destinarvi un esame a parte, cui ci accingiamo nel prosieguo.

La parola metodo si impiega qui nel senso di metodo di ricerca, cioè come insieme di procedimenti intellettuali mediante i quali si conosce un oggetto di interesse scientifico, scoprendolo o aggiungendo nuove cognizioni su di esso. Non prenderemo in considerazione l'accezione espositiva e quella pedagogica del termine, che nella Dogmatica corrispondono al cosiddetto sistema visibile o esterno. Nemmeno ci riferiamo alla metodologia giuridica come procedimento di applicazione del

---

<sup>1</sup> *Supra*, capitolo I, paragrafo 2.

Diritto. Invece, ciò che interessa è proprio la relazione del metodo di conoscenza con il sistema interno, che è il vero sistema. I metodi scientifici sono dei cammini volti ad ottenere un sistema di giudizi, e questi, che rappresentano i materiali di quello, devono in primo luogo essere definiti in concetti, che a loro volta bisogna suddividere – subordinare, sovraordinare e coordinare tra loro – e, infine, verificare, attraverso la dimostrazione del fondamento dei loro singoli membri. Del resto, caratteristica della metodologia giuridica nei secoli XIX e XX è stata una marcata vocazione sistematica, in certe occasioni esasperata fino al punto di superare per importanza i compiti propriamente euristici<sup>2</sup>.

Sebbene nel Diritto la questione del metodo sia molto antica, la preminenza delle questioni metodologiche rappresenta un risultato specifico dell'Ottocento. Con precedenti immediati in Savigny, rapidamente la metodologia giuridica si organizzerà sotto l'egida del positivismo, circostanza di cui non c'è da meravigliarsi, vista l'ambizione positivista di ridurre la Filosofia ad una pura Epistemologia. Tuttavia, presto questa corrente antimetafisica, senza volerlo né ricercarlo, finì per arricchire la Filosofia del Diritto, poiché di lì in avanti la metodologia giuridica volerà con ali proprie, indipendentemente dall'impronta di origine comitiana. E così si è sviluppata fino al giorno d'oggi.

Definiamo scuole metodologico-giuridiche una serie ordinata di dottrine, condivise nei punti essenziali da un certo numero di studiosi, riguardo a come il Diritto debba essere conosciuto scientificamente, il che implica interpretare la sua materia, elaborarla in concetti, costruire i suoi istituti e ricomporla in un sistema. A tal fine è indispensabile disporre di nozioni stabili riguardo a qual sia ed in cosa consista detta materia, l'oggetto della Dogmatica, cioè il concetto e la natura del Diritto. Giustamente si è scritto che, se metodo significa direzione data alla conoscenza rispetto ad un oggetto, cammino per ottenere un sapere teorico o per convertire in realtà pratica la teoria, allora «è necessario

---

<sup>2</sup> Non è un caso che Canaris inizi la sua ricerca sul sistema della Giurisprudenza evocando la frase in cui Nietzsche qualificò la volontà di sistema, tipica del pensiero tedesco, come una malattia del carattere. A parte questo, analisi e sintesi sono i procedimenti dell'Euristica, la parte della Metodologia generale che si occupa delle regole per la scoperta delle nozioni. Alle corrispondenti astrazione e determinazione, seguono i momenti di definizione, divisione e prova, propri della Sistematica (Hessen).

sapere dove si va prima di domandarsi come sia meglio andare» (De Castro e Bravo). Nello stesso senso si sono espressi altri autori nell'evidenziare la dipendenza ontologica della metodologia giuridica, l'impossibilità di separare l'una dall'altra, legame che in Filosofia si conosce come principio di intercorrelazione di oggetto e metodo. Anzi, la straordinaria diversità di orientamenti di scuola in questo settore trova la sua spiegazione esattamente nelle diverse forme pure in cui questi ultimi concepiscono quel vincolo, a volte assegnando fattore condizionante al metodo, a volte concedendolo all'oggetto, e altre volte ancora riconoscendo un'influenza reciproca tra metodo ed oggetto nella delimitazione dei concetti giuridici. D'altro canto, nel collegamento tra metodo ed oggetto interviene la dottrina politica individualista, sovraindividuale o transpersonale che anima il rispettivo ordinamento<sup>3</sup>. Parafrasando Lukács, anche in riferimento al metodo non ci sono né potrebbero esserci nel Diritto teorie innocenti<sup>4</sup>.

Premesso ciò, si comprende per quale motivo spesso le scuole metodologiche sembrano discutere, non di metodi, bensì di concetti di Diritto sui quali utilizzeranno i procedimenti euristici e la costruzione sistematica. Però, d'altro canto, percepiamo immediatamente la grave difficoltà che si presenta al momento di classificarle. Le divisioni tracciate nella metodologia giuridica generale sono, infatti, lontane dall'essere soddisfacenti. Per esempio, la formazione di binomi, come quello tra metodi normativisti o logico-formali, e metodi realisti o finalisti, proposta dal civilista spagnolo Castán Tobeñas, comprime indebitamente le scuole, alcune delle quali partecipano di entrambi i criteri di classificazione, mentre altre si sottraggono del tutto ad essi. La panoramica su alcuni metodi, quale l'esegetico, lo storico, il dogmatico-

---

<sup>3</sup> Nel Diritto penale è sbagliato comprimere le possibilità a due, ontologismo e neokantismo, come fa, tra gli altri, García-Pablos de Molina. L'idealismo ammette nel Diritto molte varietà, che non si esauriscono in quella che questo autore assegna al neokantismo, un movimento inoltre abbastanza complesso, come si dirà *infra*, paragrafo 3, lettera a.

<sup>4</sup> «Ne deriva che il metodo si trova sempre condizionato dal modello di Stato al quale è funzionale il sapere giuridico, ossia, che la sua scelta va sempre preceduta da una decisione politica fondamentale» (Zaffaroni). Larenz, invece, si ritrae nella difesa filosofico-giuridica del tema.

costruttivista, il sociologico, il teleologico, ecc., proposta dal suo compatriota Hernández Gil, non va più in là della numerazione asistematica. Problemi simili si presentano nelle classificazioni delle scuole penali. La rinomata tripartizione di Bauer in teorie assolute, relative e miste si riferisce allo scopo della pena<sup>5</sup>, non all'essenza del Diritto penale né alla metodologia indicata per studiarlo e riorganizzarlo. La classificazione di Jiménez de Asúa, che ordina le scuole in classica, correzionalista, positivista, positivista critica, tecnico-giuridica, ecc., oltre che ormai antiquata, offre «il corpo organico di concezioni contrapposte sulla legittimità del diritto di punire, sulla natura del reato e sullo scopo delle pene», in altre parole, una suddivisione delle dottrine generali che si può dichiarare nel Diritto penale con un carattere assoluto, e questo è più di ciò che cerchiamo in questa sede, ove si trova in gioco un settore della Filosofia criminalista, il metodo e, in fondo, il concetto di Diritto punitivo.

Se ci focalizziamo unicamente su questa coppia di elementi, metodo ed oggetto, confrontandoli con le scuole che negli ultimi centocinquanta anni vi hanno dedicato il cuore delle proprie ricerche, si dispiegano davanti al nostro sguardo le seguenti: nel secolo XIX, la Giurisprudenza di concetti e la Giurisprudenza degli interessi; nel secolo XX, la Giurisprudenza dei valori e la fenomenologia; negli ultimi anni, il funzionalismo. Certamente ci sono state in epoca contemporanea altre scuole, come quella Esetica e Storica nel secolo XIX, o il Neopositivismo del secolo XX, ma nondimeno la loro proiezione penale è stata infima o nulla<sup>6</sup>. In tale ordine cronologico esporremo nel prosieguo quelle che abbiamo appena menzionato, in primo luogo presentando le loro dottrine generali, poi la loro risonanza penale. Chi intenda scoprire in esse un

---

<sup>5</sup> Con le riserve e la critica che presenteremo su questa classificazione *infra*, capitolo VII paragrafo I.

<sup>6</sup> La scuola storica ebbe due illustri rappresentanti nel Diritto penale, Pellegrino Rossi in Italia e José Francisco Pacheco in Spagna, entrambi analizzati sotto questo aspetto da Manuel de Rivacoba. Ma in nessun modo si può sostenere che le loro idee formassero una scuola metodologica nella nostra disciplina.

Neppure essi stessi portarono i propri postulati storici alla ricostruzione scientifica di un qualche ordinamento punitivo, mantenendoli, invece, nel piano genetico-giuridico e politico-criminale, uno sostenitore (Pacheco) e l'altro diffidente (Rossi) rispetto alla Codificazione della legge punitiva.

ordine sistematico, potrà incontrarlo nelle tre possibilità che propone la relazione metodo-oggetto nel mondo del Diritto. Le scuole penali per le quali il metodo della conoscenza determina la materia giuridica, sono normativiste; per esse dunque la Dogmatica penale deve essere produzione concettuale primitiva, così come le scienze naturali. Quelle che ritengono che la materia determina la forma giuridica, sono realiste oppure ontologiche, e la loro Scienza penale dovrà configurarsi come Sociologia o Filosofia giuridico-punitiva, a seconda che la base di partenza sia realista od ontologica. Infine, resta la possibilità di contemplare il vincolo tra oggetto e metodo come una relazione trascendentale, un ininterrotto andare e venire non causale tra forma e materia del Diritto che consiste in una determinazione formale della materia e, allo stesso tempo, una determinazione materiale della forma. In questa idealizzazione del reale e materializzazione dell'ideale, si attenua il dogma del dualismo metodico, proprio dell'idealismo normativista, ed emerge una scienza penale che effettua «una elaborazione concettuale di secondo grado» (Radbruch).

## *2. Metodologia del Diritto penale nel secolo XIX*

La metodologia giuridico-penale ottocentesca nasce e si sviluppa in contatto con il positivismo imperante nella Filosofia, alleato alla tirannia intellettuale delle scienze sperimentali. Questa doppia impronta si riconosce facilmente tanto nella espressione naturalista – biologica e sociologica – del positivismo nelle questioni penali, ossia, la Scuola positiva o criminologica italiana, come nelle manifestazioni propriamente giuridiche di quella ispirazione. Dato che il positivismo italiano propiziò una metodologia che culmina nella soppressione del Diritto penale – «un Diritto penale senza Diritto» (Rocco) – e la fagocitosi della Dogmatica da parte della Criminologia, non è opportuno trattarla in questo capitolo. Invece, molto importante è la versione normativa del positivismo, che si plasmò in due scuole successive, una concettuale ed un'altra teleologica.

### 2.1. Giurisprudenza dei concetti

La Giurisprudenza dei concetti, anche denominata Pandettistica, è una corrente erede delle ambizioni sistematiche che animarono la Scuola storica con Puchta e la sua celebre «Genealogia dei concetti» giuridici, che non era altro che «la piramide di concetti del sistema costruito secondo le regole della Logica formale» (Larenz) e ispirato al paradigma delle scienze matematiche e delle scienze naturali. Da ciò la sua tendenza astratta e la sua attrazione per il sistema.

L'essenza della metodologia concettualista si radica nel ridurre ad unità la molteplicità di enti nei quali si riconosce una coerenza logica. Il concettualismo aspirò a simile unità procedendo per induzione dalle proposizioni contenute nelle norme giuridiche a concetti di progressiva astrazione, fino ad arrivare ad un concetto supremo, di minimo contenuto, ma massima estensione, da cui si possono contemplare tutti i concetti specifici e particolari del sistema, opportunamente classificati e coordinati<sup>7</sup>. Questi, a loro volta, potrebbero essere seguiti in ordine ascendente fino al concetto generico, da cui li si può ricavare mediante una determinazione successiva di differenze specifiche. Così dovrebbe emergere finalmente, per induzione, classificazione e deduzione, una piramide concettuale il cui vertice è il concetto giuridico più generale e la cui base sono i concetti più individualizzati. La si percorre dal basso verso l'alto per mezzo dell'analisi e dell'astrazione, e dall'alto verso il basso, mediante sintesi e determinazione.

Questa metodologia, che prescinde completamente dal senso valutativo e dal riflesso sociale delle norme per riporre la conoscenza del Diritto in nient'altro che la sua struttura logica, in altre parole, questo cosciente attaccamento al contenente spogliato dal contenuto<sup>8</sup>, trovò la sua massima realizzazione nel metodo storico-naturale del primo Jhering e nel concetto giuridico supremo di Windscheid. La semplificazio-

---

<sup>7</sup> Si rinvia, per la definizione di tali concetti, a quanto precisato *supra*, cap. V, nota 38.

<sup>8</sup> La dipendenza dal positivismo scientifico si rende evidente in questo, nel non riconoscere forza giuridica alle considerazioni valutative né a convenienze economiche o sociologiche, e cioè, «senza accoglierle nell'*ethos*, neanche nella coscienza del giurista» (Wieacker).

ne qualitativa del materiale giuridico che difese Jhering, la costruzione dei «corpi» (concetti) di cui sarebbe formato il Diritto, doveva condurre alla Dogmatica, dalla separazione analitica e concentrazione logica dei suoi elementi, verso nuove combinazioni in cui concetti diversi possono generare altri concetti e norme giuridiche, dato che il sistema, a detta di questo romanista, «è una fonte interminabile di materia nuova». Pertanto, non si tratta solo del fatto che la deduzione permetterebbe di estrarre dai concetti, istituti e principi, a cui si è giunti grazie alla induzione, ognuno degli effetti che richiedono i casi concreti sottoposti al giudice, ma anche di una espansione puramente concettuale dell'ordinamento giuridico, la cui scienza rivela in questo l'inversione metodologica consistente nell'essere prima induttivo-descrittiva, per poi diventare deduttivo-produttiva nella seconda e più alta fase della sua missione. La «Giurisprudenza superiore» di Jhering culmina in un sistema logico chiuso su se stesso, nel cui interno l'armatura concettuale, magari bellissima in termini di organizzazione estetica, ha perso già ogni tipo di contatto con la realtà ideale delle norme in cui si poggia l'intera operazione, senza neppur menzionare le relazioni interindividuali a cui dette norme devono la loro ragion d'essere<sup>9</sup>.

L'apoteosi matematica, finanche geometrica del predominio dei concetti, arriva con l'opera di Windscheid. Quest'ultimo è importante ai nostri fini per un doppio ordine di motivi, primo, per aver piazzato nella punta della piramide concettuale il concetto di diritto soggettivo<sup>10</sup>, e, in secondo luogo, perché la scuola da lui fondata sotto l'egida dell'Università di Leipzig, in cui militarono, tra gli altri, i processualisti Adolf Wach e Konrad Hellwig, avrebbe avuto il suo massimo rappresentante

---

<sup>9</sup> Si sottintende che i concetti e le norme creati dal potere della costruzione sistematica, esistono grazie alla loro mera coerenza o necessità logica, non per una esigenza pratica. Il sofisma è patente. Dalla correttezza logica di un'asserzione in nessun modo si può dedurre la validità e l'obbligatorietà della rispettiva proposizione.

<sup>10</sup> L'inversione metodologica e il carattere creatore delle Pandette sono ostensibili nella forma in cui Windscheid risolve il problema dei diritti soggettivi (che egli intende in senso psicologico, come il potere giuridicamente conferito alla volontà di un soggetto) a proposito dei soggetti che ignorano di possederli o sono incapaci di esercitarli. La volontà determinante in tal caso, come in tutti i casi, non è quella dell'avente diritto, bensì quella dell'ordinamento giuridico, come se questo potesse ospitare un volere psicologico! Si vede chiaramente come il concettualismo degenerò in intellettualismo.

criminalista nella persona di Karl Lorenz Binding, che ha anche insegnato in quelle aule.

Ma prima di occuparci di lui, si devono aver presenti i meriti ed eccessi del concettualismo in generale. La Pandettistica costituì veramente la scienza del Diritto e acclarò molti concetti giuridici. Solo questo sarebbe bastato per conquistarsi la fama imperitura che in effetti merita. In compenso, «aprì un abisso tra il Diritto e la vita sociale, creando una Giurisprudenza isolata dalla vita reale e dalle esigenze del traffico giuridico» (Castán). La fenditura fu scavata dal formalismo e costruttivismo tipici della scuola. Il formalismo consiste nell'ignorare metodicamente il contenuto delle norme a favore del loro contenente, la scomparsa nella coscienza del giurista della finalità delle norme dinanzi al concetto che esse esprimono. Tale atteggiamento, il feticismo verbale che ripone una fede oltre misura nell'autorità e nel magico potere delle parole della legge, in quanto queste sono concetti che possono essere coordinati ed elaborati logicamente (Sternberg), finiva per sfociare nel costruttivismo, *pathos* della Giurisprudenza concettuale. Con esso si intende l'elaborazione categoriale di nozioni e concetti estratti mediante deduzione da altri più generali, con superbo disprezzo della realtà e degli scopi valorizzati dalle norme<sup>11</sup>.

Il concettualismo nel pensiero penale proviene dalla Germania e trovò in Binding il suo *leader*. È vero che il positivismo filosofico, col suo gusto per le scienze naturali, qui deviò in un positivismo *giuridico-punitivo*. Tuttavia, sembra frettoloso supporre che

non ci fu in Germania un positivismo “naturalistico”, parallelo a quello della Scuola Positiva italiana, che concepisse il reato esclusivamente come un fatto “reale”, appartenente al mondo empirico, né che reclamasse per il suo studio lo stesso metodo delle scienze naturali (García-Pablos).

Più avanti avremo occasione di segnalare gli ingredienti naturalisti presenti nella figura della Giurisprudenza degli interessi nel Diritto pe-

---

<sup>11</sup> Il fatto è che il costruttivismo si sforza di tracciare concetti unicamente grazie alla forza creatrice attribuita alla Giurisprudenza, che è capace di inserirli nel sistema come realizzazione del concetto di Diritto in generale (Legaz e Lacambra).



nale, Franz von Liszt, chi li prese dal fondatore di questa scuola, lo Jhering della maturità.

Come nel primo Jhering, è tipico della metodologia di Binding l'osservanza rigorosa del Diritto positivo, ossia, la legge penale stabilita dallo Stato e le norme giuridiche che riposano in altre branche del Diritto pubblico. Binding rifiuta tassativamente che sia permesso al giurista di introdurre giudizi di valore nell'interpretazione e sistematizzazione del Diritto penale, di indugiare nelle sue implicazioni sociali o di ricostruirlo prendendo in considerazione gli insegnamenti della Filosofia.

Lo studioso rigoroso – scrive – deve badare a non commettere due errori. Censurare le verità ricavate dal Diritto positivo come emanazioni di una Filosofia aprioristica, è tanto insopportabile come attribuirvi gli effetti di determinate concezioni filosofiche o trattare come regole di Diritto degli aborti della fantasia giuridica.

L'interpretazione logica e sistematica dei precetti, seguita dalla costruzione dei concetti giuridici, deve essere compiuta sempre e solo secondo il pensiero che vi imprime il Diritto positivo. La critica di questo, in cui il giurista pone in evidenza i difetti dell'ordinamento attuale e prepara uno migliore per l'avvenire, è compito scientifico, sì, ma non forma parte dell'interpretazione propriamente detta.

Binding cercò di sviscerare il legame logico tra i concetti giuridici ottenuti induttivamente dal Diritto penale in vigore, per desumere deduttivamente conclusioni con le quali poter raggiungere nuovi concetti, costruzioni giuridiche e, al termine, un sistema concettuale concepito come una perfetta astrazione. Infatti, le norme che si profilano alla base delle regole giuridico-penali possiedono a suo parere un'entità esclusivamente giuridica, indipendente dal loro significato sociale, per cui si spiega l'avversione di questo autore verso la tendenza culturale del neokantismo sudoccidentale, che egli arrivò a conoscere e che criticò vivacemente, così come la sua accanita critica delle correnti sociologiche in voga verso la fine del secolo XIX<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Radbruch, il quale fu allievo di Binding a Leipzig, ricorda che il suo professore non esitava nel tacciare Franz von Liszt quale dilettante e giornalista, «qualità che si riconosce subito avendo dato al suo Trattato la forma di opera in fascicoli, riservata fino ad ora alle novelle che leggono i lacchè».

La teorizzazione dello *ius puniendi* ci mostra la tendenza politicamente autoritaria del concettualismo, dato che il fondamento di questo diritto risiede nella superiorità dello Stato e suo corollario è il dovere di obbedienza dei sudditi. Nella polemica tra il Diritto penale dell'individualismo astratto e il Diritto penale sociale, che in Germania rappresentò il fulcro della «lotta delle scuole», Binding afferma che le proposizioni giuridiche non possono dedursi immediatamente dalle relazioni esistenziali. Lo stesso concetto dell'azione criminosa, base di tutta la teoria del reato, deve il giurista cercarlo nel Diritto positivo, non in qualche substrato pre-giuridico. Qui l'astrazione si accomuna con un completo normativismo.

Ora, l'ingente opera di questo giureconsulto mostra certe componenti che lo presentano con un aspetto meno severo di ciò che lascerebbero presagire le considerazioni anteriori. Innanzitutto, la sua teoria oggettiva dell'interpretazione della legge. Il contenuto della proposizione giuridica è, non qualcosa di pensato, ma qualcosa di voluto, per cui il procedimento ermeneutico deve riconoscere l'entità, l'estensione e l'autorità di un frammento concreto della volontà del Diritto, invece di immergersi nella ricostruzione di una sequenza intellettuale. Prescindendo dallo sfondo hegeliano di questo concetto, in cui il reale deve essere, oltretutto, razionale, e di un tipo di razionalità oggettiva e immanente nelle cose, il fatto è che grazie ad esso Binding non fu schiavo della lettera della legge e, al contrario, riuscì a trovare alla base di questa la volontà del Diritto, come nella sua celebre teoria delle norme. In seguito, accoglie la nozione di bene giuridico come oggetto di tutela delle norme, almeno insieme ai diritti soggettivi, lasciando al legislatore la decisione liberissima di riempire in ciascun caso di contenuto il concetto<sup>13</sup>. In ultimo, il liberalismo dell'autore si manifesta nella sua conce-

---

<sup>13</sup> «Bene giuridico – così lo definisce – è tutto ciò che, essendo o no un diritto, il legislatore considera di valore per la vita sana della comunità». Ecco qui, in carne ed ossa, di nuovo, il *pathos* della Giurisprudenza dei concetti. Il bene giuridico, uno strumento molto idoneo per porre limite all'arbitrarietà legislativa, perde con Binding i suoi contorni trascendenti al sistema penale. L'impronta che impose al concetto il costruttivismo giuridico, chiuse il Diritto penale su di sé, come uno spazio normativo autosufficiente, consegnandolo all'onnipotenza della volontà statale (Baratta).

zione esclusivamente retributiva della pena, che si rifiuta di ridurre il condannato a condizione di strumento del benessere della società.

Mentre il concettualismo sarà vinto nel paese di origine da parte di correnti metodologiche di altro conio che lasciarono in sordina il lavoro della piccola scuola di Binding, la sua dottrina trovò una eco maggiore in Italia con Arturo Rocco, il capostipite dell'influente Scuola tecnico-giuridica. Nel 1910 egli pose le basi di un indirizzo metodologico infeudato al concettualismo, sebbene con un'attenzione ancora più marcata per la purezza del metodo, libero da contaminazioni filosofiche e sociologiche, le stesse che animarono il «conflitto delle scuole» in Italia. Rocco proclama la necessità per il giurista di attenersi rigorosamente al Diritto positivo, studiare reato e pena come fenomeni giuridici, riconducendoli ad un sistema di principi ottenuti induttivamente e poi estesi deduttivamente, come nella scienza del Diritto privato. Le due prime fasi del metodo tecnico-giuridico evocano fedelmente lo Jhering pandettista. L'esegesi aspira a scoprire il senso dei precetti penali. Con essa si ottengono i dati empirici a cui si applicheranno induzione e deduzione. La tappa dogmatica esige la conoscenza sistematica delle norme, in modo che le loro reciproche relazioni ci mostrino in esse le uniformità, i fondamenti e i principi, in una parola, gli istituti che modellano il sistema.

Questa coppia di momenti della scienza tecnico-giuridica, tuttavia, non è svilita dallo stesso formalismo dei concettualisti tedeschi, perché Rocco riteneva che i beni giuridici, a cui si riferiscono i precetti e le sanzioni penali, fossero un elemento cruciale nel processo di interpretazione e sistematizzazione di questi ultimi. Se questa considerazione poté aprire un varco verso la realtà sociale regolata dal Diritto<sup>14</sup>, altri membri della Scuola caddero nella inversione metodologica consistente nell'«anteporre i presupposti dogmatici, elaborati dalla dottrina, alla realtà della disciplina normativa stessa» (Bettiol), finendo per estraniarla dalla realtà circostante. Del resto, l'ultima fase del metodo della Scuola, lo studio critico del Diritto vigente, rivela come detto isolamento fosse insito nel fondatore. La critica può essere intra-sistematica, ca-

---

<sup>14</sup> Nella sua valutazione dell'opera di Rocco, pensa negli ultimi tempi Seminara che, lontano da una prospettiva formalista, egli si muovesse in una teleologica simile a quella di von Liszt in Germania.

so in cui continua ad essere lavoro scientifico-giuridico. Ma se riposa in considerazioni filosofiche, sociali o politiche, smette per Rocco di appartenere alla Dogmatica e si addentra nei meandri di altre discipline. In altre parole, i giudizi di valore sono estranei alla ricostruzione scientifica del Diritto positivo.

Importantissimo a suo tempo per l'elaborazione dei concetti e il disegno del sistema di questa branca del Diritto, il concettualismo non finì con il declino della Scuola tecnico-giuridica<sup>15</sup>. Attualmente, è riapparsa l'inclinazione a cercare e costruire concetti giuridico-penali sempre più ampi e generici, a scoprire i loro risvolti e a culminare in un sistema onnicomprensivo, autosufficiente ed ermetico che riduce ad un'unità concettuale la realtà normativa del Diritto penale e permette di risolvere quanti problemi o contraddizioni sorgano in esso, e tutto ciò «prescindendo da qualsiasi interrogativo circa il suo contenuto e, di conseguenza, dalla considerazione dei valori che lo informano» (Rivacoba). Questa contemplazione del Diritto penale nella sua mera entità formale, slegata da altre realtà, in cui spiccano i metodi induttivo e deduttivo, riproduce alla perfezione l'elemento essenziale del concettualismo novecentesco, che considerò il Diritto come un oggetto naturale, esistente al di là del tempo e della storia, esente da valutazioni e fini.

Manifestazioni di questa reviviscenza della Giurisprudenza dei concetti si osservano nell'utilizzo di ricercate costruzioni logiche con cui risolvere problemi sottilissimi, ma lontani dalla vita reale. Inoltre, è molto significativa l'incuria per l'Introduzione al Diritto penale nelle opere di questa corrente. Sono libri che al massimo introducono al Diritto positivo, che si dà evidentemente per buono, ma che sono privi di Filosofia giuridico-penale, ignorano la storia della disciplina e non si occupano neppure della relazione di Diritto penale e Diritto politico. Se tutto questo corrobora le radici naturaliste del moderno normativismo, l'attitudine politica di base di questa tendenza, ultraconservatrice, arriva

---

<sup>15</sup> Di lunga vigenza e riconosciuti meriti, che in parte compensano un'anemia filosofica che impedì ai suoi partecipanti di chiarire gli istituti da essi studiati, che non si comprendono realmente senza considerare i loro rispettivi fondamenti. A parte questo, «la sua vocazione positivista e frequentemente esegetica tagliò il cammino all'auge dell'irrazionalismo assoluto e di qualsiasi giusnaturalismo (ideologia) alienante sullo stile di quelli che ci furono in Germania» (Zaffaroni).

fino al punto di sostenere, senza eufemismi a moderarne l'assunto, che la sua metodologia possa applicarsi indistintamente, con lo stesso successo, a qualsiasi Diritto penale, sia esso di matrice liberale, autoritaria o totalitaria.

## 2.2. *Giurisprudenza degli interessi*

La giurisprudenza degli interessi, anche denominata teleologica o finalista, si origina nel cambio di rotta che sperimenta il pensiero di Jhering verso il 1858, quando fa stampare il quarto volume de *Lo spirito del Diritto romano*.

In effetti, nel corso della sua lunga vita e della sua vasta opera, Jhering, personalità in cui confluiscono praticamente tutti gli orientamenti della scienza giuridica durante il secolo XIX, fino al punto di risultare eponimo del giurista ottocentesco, evolve imprimendo una piega particolare agli ingredienti essenziali del suo pensiero. Lungo la Giurisprudenza costruttiva che caratterizza la prima fase dell'opera scientifica, con il copioso apporto che egli lasciò all'elaborazione sistematica del Diritto, Jhering non si è limitato ad essere un mero pandettista. Il vero filo conduttore delle sue idee fu sempre il positivismo, prima nella versione biologica o chimica applicata ai fenomeni storici – da cui proviene il «metodo storico-naturale» e la terminologia che utilizza nell'induzione e nell'analisi dei «corpi giuridici» –, e più tardi, nella variante sociologica del naturalismo di allora, che segna i concetti di scopo ed interesse nelle opere che scrive dal 1877 fino al decesso. La base epistemologica di simili concetti, lo scopo come fatto empirico della posizione di interessi umani – in definitiva, una causa – e l'intera Giurisprudenza teleologica, che egli preparò, attestano una certa continuità con la fase precedente<sup>16</sup>, corretta dall'inconsapevole ricerca di una idea di Diritto, che Jhering intuisce all'inizio nelle forze spirituali e nelle inclinazioni pratiche del popolo romano e che riconosce in seguito nell'esigenza di salvaguardare coercitivamente le condizioni di esistenza della so-

---

<sup>16</sup> «La Giurisprudenza concettuale e il naturalismo giuridico sono, pertanto, due fasi consecutive di una fondazione del Diritto che rinunciò ad una Metafisica giuridica e sta cercando adesso il sostitutivo dell'idea del Diritto. Lo sviluppo scientifico di Jhering è il simbolo personale di questo processo» (Wieacker).

cietà, scopo che abbraccia all'interno del suo seno tutti gli interessi particolari e che avrebbe conferito legittimazione alla lotta per il diritto<sup>17</sup>.

In questa seconda tappa, l'autore ritiene che il Diritto non sia un fine di per sé, bensì un mezzo per il raggiungimento di fini, che corrispondono alla protezione degli interessi individuali e collettivi. Abbandona la concezione del Diritto come volontà astratta e denuncia l'inadeguatezza dei concetti giuridici a soddisfare le esigenze della vita sociale. La Scienza del Diritto deve preoccuparsi dei motivi concreti, psichici e storici, determinanti del contenuto e della progressione dell'ordinamento, che è un'idea pratica che tende ad un proposito analogamente empirico. Se l'affermazione del Diritto riposa in una pugna di interessi contrapposti, con la lotta come mezzo e la pace come fine, allora la metodologia giuridica deve verificare la precisa finalità dei precetti interpretati, dato che questi sono forme di protezione coattiva di certi interessi umani, e disinteressarsi della partenogenesi dell'ordinamento mediante la forza dilatatrice del metodo sistematico.

Qui riposa la chiave di volta del metodo preferito dalla nuova scuola, il teleologico, con l'aiuto del quale si interpretano le disposizioni giuridiche secondo gli scopi alla cui realizzazione aspira la società organizzata. Tuttavia, rimarchiamo che l'idea di scopo, creatrice di ogni Diritto, non è un'idea supra-empirica, bensì il fatto di imporsi certe finalità umane, tutto questo in conformità alla mentalità causale-esplicativa ed al monismo metodico caratteristici del positivismo.

Lo stesso Jhering portò al Diritto penale la costruzione teleologica degli istituti giuridici, nel suo libro *Lo scopo nel Diritto*. Ivi sviluppa la teoria secondo cui gli organi pubblici sono i veri destinatari delle leggi, argomenta sul diritto di grazia come autocorrezione della giustizia e riconoscimento dell'arbitrarietà della sua amministrazione, indica il fine delle leggi penali nell'assicurare le condizioni di vita della società,

---

<sup>17</sup> È dubbio però che la definizione del Diritto che conia l'ultimo Jhering – «l'insieme delle condizioni di vita della società nel senso più ampio della parola, assicurato mediante la coercizione esterna da parte del potere pubblico» –, tutt'ora ancorata al monismo metodico e pertanto semplice spettatrice dello scontro di scopi empirici, potesse attribuire un vera legittimità alla lotta per il diritto, problema che richiede innanzitutto di prospettare e di risolverne un altro, l'esigenza valutativa degli scopi, secondo quanto evidenziano Radbruch e Bettiol.

definisce sociologicamente e materialmente il reato come «la messa in pericolo delle condizioni di vita della società comprovata dalla legislazione e che può essere allontanata soltanto dalla pena»<sup>18</sup>, e classifica le violazioni, in ragione del soggetto titolare del fine o interesse offeso, in reati contro l'individuo, lo Stato o la società.

Quanto alla eco politico-criminale dell'idea finalista, l'autore si serve di questa solo in una delle sue due dimensioni, la prevenzione generale, trascurando la prevenzione speciale, che sarebbe diventata decisiva nel pensiero del suo principale discepolo nel Diritto penale, del quale tratteremo tra poco.

L'orientamento verso gli interessi, concetto che rimpiazza quello di fine preconizzato da Jhering, sopraggiunge con l'autentico fondatore della Scuola. Lo stesso Philipp Heck dichiara che la caratteristica peculiare della tendenza metodologica che lui aprì nel Diritto privato, consiste nell'utilizzare per l'analisi dei problemi normativi il concetto di interesse e la serie di nozioni che si desumono da esso: stima di interessi, posizione di interessi, contenuto di interessi, conflitti di interessi, ecc. Come il suo predecessore, Heck parte da un atteggiamento antimetafisico e dall'attenzione riposta nella pratica giudiziale.

Di conseguenza, si oppone al primato della logica concettualista e, al suo posto, rievoca la considerazione degli interessi esistenziali nello studio e nell'applicazione del Diritto. La legge deve essere considerata come una diagonale che taglia le forze di una serie di interessi in contrasto. Il suo tenore letterale è soltanto il limite del processo ermeneutico, che ha bisogno di calare più in profondità, cercando «di rendere espliciti gli elementi particolari la cui attiva connessione ha prodotto la rappresentazione teleologica del legislatore e la scelta dei suoi strumenti, cioè le rappresentazioni normative».

Oggetto dell'interpretazione, dunque, devono essere le idee empiriche, reali, degli uomini incaricati di legiferare (interpretazione soggettiva). E non si limita a questo la sua differenza rispetto alla Pandetta. Heck ammette l'utilizzo dei concetti di classificazione, che permettono di formare quello che definisce «sistema esterno» della Giurisprudenza,

---

<sup>18</sup> L'idea di fine gli aveva suggerito anche il principio di intervento minimo, al quale spetta di risolvere il problema di politica sociale concernente quando sia necessario stabilire legalmente delle pene.

ossia l'esposizione e organizzazione dei contenuti giuridici; ma il «sistema interno», che è il vero sistema scientifico, si ottiene dalla connessione oggettiva delle soluzioni ai problemi individuati mediante lo studio degli interessi in conflitto. Tale connessione oggettiva corrisponde ai concetti di interessi. A loro volta, gli interessi, cause operanti dell'accadere giuridico, sono selezionati dal legislatore attraverso una valutazione.

Nonostante ciò, neppure in questo Heck e i suoi epigoni superarono il monismo metodologico del positivismo, giacché nel modello di valutazione degli interessi impiegarono di nuovo il concetto di interesse, per cui la prima viene ad essere simile ai secondi, una causa.

La Giurisprudenza degli interessi si presentò nel Diritto penale, non con le disquisizioni di Heck in tema di Diritto commerciale, bensì grazie all'influsso di Jhering su Franz von Liszt quando egli frequentò le sue lezioni nell'Università di Vienna, al termine delle quali il maestro romanista lo avrebbe spronato personalmente a «realizzare con successo, nel campo del Diritto criminale, la concezione di base e l'orientamento metodologico da lui sostenuti» (Radbruch). Sebbene l'impatto del metodo teleologico sia stato molto più grande sul Diritto privato che sul Diritto penale<sup>19</sup>, lo ebbe a suo tempo anche su quest'ultimo, proprio grazie a Liszt, e sussiste ancora in alcuni problemi particolari, come la natura giuridica dello stato di necessità – istituto appropriatissimo per saggiare il metodo di soluzione dei conflitti tra interessi – e, nella Parte speciale, la teoria economica del patrimonio, che è frutto della Scuola e che questa mise alla prova con riguardo al pregiudizio nella truffa ed nelle altre frodi.

Convieni aver presente la complessità del pensiero di Liszt al fine di percepire le dimensioni scientifiche in cui fece breccia l'insegnamento del suo professore viennese e dove, per contro, il discepolo si attenne alla metodologia tradizionale. Questa diversità si basa nella dualità di campi che egli distingue nelle discipline criminali. Da una parte, la Dogmatica, alla quale Liszt riserva il metodo logico-astratto, che è deduttivo e classificatorio; dall'altro, le scienze che si occupano del reato,

---

<sup>19</sup> Di cui è prova il fatto che, a parte Liszt, gli studiosi della Scuola riescono a mala pena a menzionare altri rappresentanti criminalisti di essa.



del delinquente e della pena come fenomeni empirici – Criminologia, Penologia e Politica criminale – e, pertanto, li studiano con metodi induttivo-sperimentali. Questo segmento biologico e sociologico della «Scienza penale integrata», che Liszt separa dalla Dogmatica, non riguarda direttamente la metodologia giuridica. Nella Dogmatica, Liszt si dichiara convinto sostenitore della logica formale. La Giurisprudenza consiste nella conoscenza sistematica delle proposizioni giuridiche del Diritto vigente. Il suo obiettivo immediato è la raccolta del materiale e l'identificazione delle proposizioni giuridiche contenute nel Diritto positivo, tenendo conto della sua storia. In seguito, deve analizzare le proposizioni così individuate e i concetti in esse collegati in relazione di soggetto e predicato. L'analisi renderà possibile la sintesi e, in ultimo, l'elaborazione di un sistema di concetti giuridici sopra e sotto ordinati, con le proposizioni rispettive<sup>20</sup>. Le tappe sono le stesse che enunciò lo Jhering concettualista, e identico risulta anche il proposito di tutta l'operazione: dominare tramite classificazione e sistematizzazione le particolarità del Diritto penale e, così, mettere a riparo la sua applicazione giudiziale dall'arbitrio e dal caso.

Se quanto detto sembra ascrivere l'autore al concettualismo, ci sono nella sua metodologia vari elementi che lo distanziano dai suoi predecessori. Innanzitutto, la Dogmatica deve prendere in considerazione le osservazioni delle scienze empiriche che trattano di reato, delinquente e pena. Questa impronta del naturalismo nel cuore della Dogmatica risulta evidente nella concezione lisztiana dell'imputabilità e dello scopo della pena. Liszt fu un determinista convinto, per cui evita di collegare l'imputabilità al problema del libero arbitrio e, piuttosto, la definisce come la capacità di orientarsi socialmente, di determinarsi il soggetto secondo normalità. Per questo, inoltre, rifiuta la retribuzione penale, che suppone libertà nell'autore e colpevolezza normativa nell'azione

---

<sup>20</sup> La concezione lisztiana dell'azione nella struttura del reato è un paradigma della sua metodologia deduttivo-classificatrice. Il reato rappresenta un concetto giuridico che ha come genere prossimo l'azione e come differenza specifica i predicati, progressivamente più specializzati, dell'antigiuridicità, della colpevolezza e della punibilità. Ma il concetto generico, in quanto tale, resta libero da considerazioni normative, puro nella sua nudità fisico-psicologica, naturalistica.

criminosa<sup>21</sup>. Ispirandosi manifestamente nello Jhering de *Lo scopo nel Diritto*, Liszt sostiene la pena finalista, il cui obiettivo è general-preventivo, ma, soprattutto, special-preventivo: positiva per il delinquente correggibile, negativa tramite l'intimidazione per il delinquente occasionale non bisognoso di correzione e negativa tramite l'incapacitazione o neutralizzazione per il delinquente incorreggibile, una tricotomia basata sulla classificazione criminologica dei delinquenti e nel concetto positivista di pericolosità, entrambi originati dalla mente di Ferri.

Ma dove meglio si apprezza il predominio della Giurisprudenza degli interessi nell'opera di Liszt, è a proposito del concetto di bene giuridico e della dottrina dell'antigiuridicità nel reato. Critica la definizione che offre Binding del bene giuridico, considerandolo «un concetto apparente, una parola senza contenuto», un «Proteo che può assumere qualsiasi figura, un termine che oggi può significare questo e domani qualcosa di completamente diverso». Per Liszt, il bene giuridico rappresenta un concetto limitrofo alle astrazioni della logica giuridica; con esso, «penetra l'idea del fine nella Giurisprudenza, inizia la valutazione teleologica del Diritto e termina la considerazione logico-formale». E la valutazione teleologica deve definire i beni giuridici come interessi giuridicamente tutelati, interessi che sono creati dalla vita, non dall'ordinamento giuridico, che si limita a elevare gli interessi dell'individuo e della comunità alla categoria di interessi tutelati dal Diritto. Se questo ha origine in Jhering, si ispira a lui anche la classificazione tripartita di reati contro l'individuo, la società e lo Stato, dalla quale Liszt organizza la Parte speciale e ricostruisce le fattispecie criminose.

A sua volta, la dottrina lisztiana dell'illecito è rispettosa e, al tempo stesso, infedele alla teleologia di Jhering. Sicuramente, assume la natura oggettiva dell'antigiuridicità argomentata da quest'ultimo, ma incorre nel gesto schizofrenico di dividerla in formale e materiale. La prima, la violazione di un ordine o un divieto stabiliti da norme di Diritto, apparterebbe all'intelligenza concettualista e, in definitiva, hegeliana dell'assunto. Solo la seconda, il contrasto dell'azione criminosa rispetto agli interessi esistenziali di privati o della comunità tutelati dal Diritto,

---

<sup>21</sup> Rimproverabilità dei motivi, qualcosa di inconcepibile nella colpevolezza psicologica di Liszt.

forma parte della Giurisprudenza teleologica. In ogni caso, prescindendo dal fatto che l'antigiuridicità formale è un modo antiquato di chiamare l'adeguamento tipico o tipicità e che tutta l'antigiuridicità è «materiale»<sup>22</sup>, interessante è che con questa Liszt riuscì ad aprire il cammino agli interessi sociali nella valutazione dell'illecito e a considerare effettivamente, non già formalmente, come fino a quel punto, gli interessi di una classe sociale relegata e oppressa dal capitalismo, il proletariato. Assumendo ciò, non potrebbe neppure darsi un reato quando, nonostante l'esistenza di una violazione normativa, l'azione trasgressiva non abbia prodotto la lesione di interessi sociali.

La constatazione fu di enorme importanza. Con essa si abbandonò il dogma della onnipotenza dell'ordinamento giuridico, tipica del concettualismo, e la sua mania di salvaguardare una sicurezza giuridica meramente legalista e, in fondo, scandalosamente disuguale. Tuttavia, saranno altre correnti quelle che riusciranno a vincere il rimprovero di fariseismo, che pure meriterebbero i sottoprodotti teorico-criminalisti dell'individualismo astratto dell'Ottocento, così come ad alimentare il digiuno valutativo della Giurisprudenza degli interessi, ancora legata al meccanismo di «fisica sociale» che governa i fini e gli interessi, in una parola, le cause che, per questa mentalità, determinano il comportamento umano in società.

### *3. Metodologia del Diritto penale nel secolo XX*

Il problema del metodo nella scienza criminale del ventesimo secolo lo dibatterono due scuole antagoniste, una rappresentata dalla Giurisprudenza dei valori, l'altra dalla Fenomenologia ed il suo alfiere penale, la dottrina dell'azione finalista.

I punti di contatto tra le due scuole risiedono soltanto nella differenza con le scuole ottocentesche. Queste risultavano carenti di un fonda-

---

<sup>22</sup> Questo sfuggì a Liszt, il quale continuava a considerare la relazione di tipicità (antigiuridicità formale) e antigiuridicità (materiale) come un legame logico. Più di recente con M.E. Mayer, nel seno della Giurisprudenza dei valori, viene ad essere considerato come un legame teleologico, ma di fini *valorizzati*, come indichiamo nel seguente paragrafo.

mento filosofico propriamente detto. Hanno individuato macchinalmente le loro basi nel positivismo e da questo si sarebbero dirette verso il normativismo dei concettualisti e la teleologia realista della Giurisprudenza degli interessi. Per converso, le scuole che ci apprestiamo ad esaminare si radicano nel neokantismo e nella filosofia fenomenologica. Questo fattore spiega perché siano nate nel seno della Filosofia del Diritto, dalla quale passarono direttamente, senza la mediazione delle altre discipline giuridiche, al Diritto penale<sup>23</sup>. D'altra parte, la disposizione metodologica di questa coppia di scuole non le rende comparabili con quelle che le hanno precedute. L'ansia normativista delle Pandette fu superata dal dualismo dei neo-kantiani che abbracciarono la Filosofia dei valori, e il predominio dell'oggetto della conoscenza sul soggetto conoscente, che esiste tanto nella Giurisprudenza degli interessi come nella Fenomenologia, si manifesta nei modi più disparati nella tendenza empirica della prima e ontologica della seconda. Infine, le scuole contemporanee godettero di una influenza molto più estesa di quelle ottocentesche. Attraversarono tutto il secolo XX in una prolungata controversia tra la metodologia trascendentale e quella fenomenologica.

### *3.1. Giurisprudenza dei valori*

La Giurisprudenza dei valori emerge nell'ultima decade del secolo XIX e si consolida durante la prima metà del secolo XX.

Le sue radici filosofiche poggiano nel neokantismo, il ritorno a Kant che era preconizzato in Germania come reazione contro il discredito metafisico proprio del positivismo. I neokantiani sostennero riguardo alla Filosofia che dovesse tornare ad essere un'analisi delle condizioni di validità della scienza e degli altri oggetti prodotti dall'uomo, come la morale, l'arte, la religione e il Diritto. Questa mentalità non è interessata principalmente alle situazioni o dati di fatto – psicologici, istituzionali o economici – dei quali tratta una teoria scientifica, bensì volge la sua attenzione verso le condizioni che la legittimano da un punto di vista gnoseologico. Allo stesso modo riflette sui risultati della cultura, per la

---

<sup>23</sup> Al quale, in effetti, contribuì il fatto che i suoi membri più riconosciuti, oltre che penalisti, erano anche giusfilosofi di rilievo, come Mayer, Radbruch e Welzel.

quale rilevano ugualmente i problemi di validità. Questa attenzione metodologica fu molto più accentuata nella Scuola di Marburgo, con il suo fedele attaccamento al logicismo formalista kantiano<sup>24</sup>; ma siccome tale versione del neokantismo non ebbe una manifestazione apprezzabile nell'ambito del diritto criminale, possiamo fare a meno di considerarla in questa sede.

La Scuola sudoccidentale, o del Baden, condivide l'assunto secondo il quale l'oggetto della conoscenza deve regolarsi sulla forma della conoscenza, motivo per il quale ogni concetto dell'oggetto nasce unicamente e si regola in base alle leggi della conoscenza. Tuttavia, l'incorporazione dei concetti di valore e di cultura, che caratterizzano questo versante neokantiano e i suoi risvolti penali, moderano quella formulazione del vincolo tra forma e materia dell'attività scientifica. Tale versione appare nei filosofi fondatori dell'orientamento sudoccidentale. Per Windelband, la Filosofia deve, sì, individuare i principi *a priori* che garantiscono la validità delle nozioni, ma restando inteso che tali principi sono valori necessari e universali, oltre che portatori di un carattere normativo indipendente dalla loro effettiva realizzazione. In particolare, è la coscienza normativa ciò che permette di selezionare tra le possibilità fattuali offerte dalle leggi naturali e, in seguito, di approvare o disapprovare i fatti, il cui riferimento a valori rende possibile la loro comprensione, invece della mera esplicazione in cui consiste la conoscenza naturalista. Dal canto suo, Rickert pone nel cuore delle scienze culturali il concetto di valore<sup>25</sup>, dal quale esse rilevano gli oggetti della cultura nella loro irripetibile individualità, mentre la cultura, altro concetto chiave per questo filosofo, è tutto ciò che, riferendosi a valori, ha senso e significato, è comprensibile per l'uomo che li riconosce come tali. La base culturale, pertanto, il punto di partenza dei referenti valutativi, sono sempre fatti individuali e sociali, processi psichici e storici.

---

<sup>24</sup> «La filosofia critica non discute con le scienze particolari circa i suoi risultati, né pretende di arricchire il patrimonio delle sue ricerche concrete; il suo compito è diverso, più fondamentale; intende giudicare le condizioni di ogni tipo di conoscenza; cerca il centro della conoscenza, si potrebbe dire, mai la periferia». Queste espressioni, che appartengono a Paul Natorp, uno dei teorici di Marburgo nella Filosofia generale, ispirano il lavoro dei giusfilosofi della Scuola, Stammler e Kelsen, principalmente.

<sup>25</sup> Si ricordi quanto espresso a riguardo *supra*, capitolo III, paragrafo 1.

Premesso ciò, la filosofia neokantiana del Diritto trattò la distinzione di forma e materia nel senso che vi riconobbe Emil Lask, come indipendenza dell'una dall'altra. La concezione del Diritto come forma particolare impressa su qualsiasi contenuto delle relazioni intersoggettive, andava di pari passo con l'individualità epistemologica attribuita da Lask alla scienza che lo studia, la cui metodologia doveva partire dalla base secondo cui «tutto ciò che penetra nella sfera del Diritto perde il suo carattere naturalista, privo di relazioni valoriali»<sup>26</sup>, per impregnarsi di una sfumatura teleologica, del collegamento di mezzi e fini giuridici. Espresso in termini più vicini alla corrente sudoccidentale – nella quale militarono principalmente Radbruch e M.E. Mayer –, compito della Dogmatica giuridica è di adeguare la materia di cui si tratti ad una sistematizzazione dei fini valorizzati da ciascuna comunità secondo il corrispondente livello di evoluzione culturale. Tali fini, osservati dalla prospettiva dell'oggetto delle norme, ricevono la designazione convenzionale di beni giuridici, e questi, a loro volta, sono determinanti per l'interpretazione, costruzione e sistematizzazione del Diritto.

Ecco qui il dualismo metodico caratteristico della scuola, la distinzione tra essere e dover essere, realtà empirica e significatività normativa. Distinzione, non opposizione. In effetti, sarebbe un errore concludere che il neokantismo avrebbe radicalizzato la separazione tra il mondo naturale e giuridico<sup>27</sup>, ragion per cui avrebbe preparato il campo alle tendenze normativiste interne alla dottrina penale dei nostri giorni, alle quali, in effetti, dà ispirazione una pronunciata autonomia, l'impermeabilità compatta del Diritto e della sua scienza di fronte ai dati di natura e società. Per Lask, Radbruch e Mayer, Diritto e realtà pre-giuridica sembrano trovarsi a confronto come due regni che non arrivano mai a sfiorarsi, il che, se fosse effettivamente così, lascerebbe il loro formalismo alla mercé dell'alienazione costruttivista. Ma non fu realmente così. Secondo Lask, bisogna porsi come problema «la compenetrazione

---

<sup>26</sup> «Metodologicamente rilevante in questo è che il mondo formato giuridicamente conosce possibilità di strutturazione completamente distinte, inaudite per la considerazione gnoseologica e naturalista e, anche spesso, per la concezione della vita; e conosce nuove sintesi, nuovi principi di unità e di individualizzazione» (Lask).

<sup>27</sup> L'errore proviene da Welzel, il maggior critico della Filosofia dei valori nel Diritto penale.

del significato giuridico con il substrato reale nel caso particolare» e, andando oltre, «la questione tanto difficile dell'adattamento dei concetti giuridici al substrato pre-giuridico». Il Diritto deve rispettare un certo nucleo di ciò che è dato nel piano psicofisico, nella misura in cui questo incide sul piano del pensiero giuridico, specialmente considerando che «le relazioni di vita offrono già un materiale tipicamente formato, preparato, pertanto, alla normazione giuridica». Alla stessa prospettiva risponde la formula radbruchiana della determinazione materiale dell'idea. Ciò vuol dire che, nonostante la sua indipendenza gnoseologica, che le permette di elaborare autonomamente i suoi concetti, la Scienza del Diritto deve assumere che tutto il dover essere sia tale per una determinata materia, motivo per il quale le forme che adotta risultano prefigurate anche da quest'ultima. Qui, nella delineazione del modello degli istituti e nel corso regolatore del pensiero giuridico, guadagnano credito l'epoca e la rispettiva nazione, le condizioni economiche e sociali di questa, le sue esigenze ed aspirazioni valoriali, in una parola, la sua cultura<sup>28</sup>. Tale relazione di forma e materia riesce ad attenuare il dualismo tra essere e dover essere, realtà e valore, avvicinando le forme pure del pensiero giuridico alle materie prime sulle quali opera la regolamentazione del Diritto. Essendo così,

la scienza del Diritto presuppone una preformazione concettuale della sua materia; non è produzione concettuale primitiva, come le scienze naturali, bensì lavoro concettuale di secondo grado [che opera su di una materia] preformata mediante concetti sociali (Radbruch).

L'essenza della Giurisprudenza dei valori, che è propriamente metodologica, potrebbe riassumersi così: dato che i concetti giuridici non sono concetti generali, bensì concetti storici e individuali, riferiti ad un valore culturale, dal quale si ritagliano come concreti fini valorizzati, allora bisogna ottenerli e trattarli in funzione del loro fine. L'arte dell'interpretazione e della costruzione giuridica è guidata sempre dai fini valorizzati in ogni norma o disposizione, che, a loro volta, è giusto con-

---

<sup>28</sup> Il miglior esponente della dipendenza culturale del Diritto fu Max Ernst Mayer, amico di Radbruch e creatore di una teoria che poggia i beni giuridici, anzi il Diritto *tout court*, su norme di cultura.

siderare, non in base alla loro posizione nel seno di un sistema giuridico astratto, come fece il concettualismo, bensì all'interno della vita e della storia<sup>29</sup>, in modo tale che la finalità dei precetti sarà, non qualsiasi fine posto come causa da un qualsiasi insieme di interessi, bensì quello culturalmente rilevante nel momento della sua applicazione.

In generale, i penalisti della scuola<sup>30</sup> impiegano una nuova logica per lo studio del Diritto punitivo, una logica del concreto o assiologica. I concetti giuridici non sono forme chiuse su se stesse, ma traducono esigenze la cui unità è data dal fine incorporato in ciascun precetto penale come valore culturale e dai valori assoluti scaturenti dall'idea del Diritto. L'apprezzamento valoriale regge, innanzitutto, la formazione dei concetti giuridici individuali, dedotti dalle diverse ipotesi criminose, ma anche l'elaborazione dei concetti giuridici generali, che si ottengono tramite astrazione dai concetti individuali e dalle regole applicabili a tutti i reati e pene. Tanto i concetti individuali quanto i concetti generali, dunque, sono di stampo teleologico, nel senso che rispondono a valutazioni, fini valorizzati, in sintesi, beni giuridici. Lo stesso bene giuridico che entra di volta in volta in questione si sottrae all'apprezzamento logico-formale; impone di avvalersi della rete di valutazioni che hanno modellato l'istituto, concetto o proposizione giuridica e, in definitiva, delle norme di cultura che offrono base e orientamento al Diritto positivo.

Con questa metodologia, la Giurisprudenza dei valori portò alla luce un sistema penale articolato tramite i concetti generali che abbiamo appena menzionato. Nella Parte speciale, si ordinarono i reati secondo l'oggetto giuridico generico ed il soggetto passivo di ciascuna famiglia,

---

<sup>29</sup> Altrimenti, «finiremmo in braccio alla più raffinata Dogmatica concettuale, poiché verremmo a considerare il Diritto con i suoi valori in una posizione separata e contrapposta rispetto alla realtà naturale. Finiremmo per estraniare i valori dal regno della realtà, quando questi sono reali, seppure di una realtà diversa da quella fisica, meccanica, naturalista-psicologica» (Bettiol).

<sup>30</sup> Oltre a Radbruch e Mayer, i più creativi furono Max Grünhut, con il suo studio degli elementi empirico-culturali dei tipi e la formazione teleologica dei concetti giuridico-penalistici in generale, e Erik Wolf, che si dedicò all'analisi della struttura dei tipi e della colpevolezza. Grandi sistemi della teoria del reato, ispirati da questa dottrina metodologica, sono quelli di Robert von Hippel, Edmund Mezger, Giuseppe Bettiol e Luis Jiménez de Asúa.



previa ricostruzione delle singole fattispecie secondo il loro oggetto giuridico specifico e sub-specifico. Nella Parte generale, l'azione è concepita tramite un substrato psicofisico, ma riferito a valori, intelligenza normativa che permane vincolata ai dati della realtà empirica<sup>31</sup>, e cioè, senza radicalizzare il dualismo di essere e dover essere.

Si depura ed arricchisce la teoria della tipicità, specialmente da parte di M.E. Mayer, con la sua analisi degli elementi tipici descrittivi, la scoperta di componenti normative in una struttura prima acromatica, l'indizio di contrarietà al Diritto che accompagna ciascuna realizzazione tipica, come il fumo annuncia il fuoco – nella felice metafora che rappresenta la dottrina della regola e dell'eccezione –, la separazione delle condizioni oggettive di punibilità e di procedibilità.

A quest'autore dobbiamo anche la collocazione degli elementi soggettivi dell'illecito, che non sono componenti della colpevolezza, all'interno di una concezione principalmente oggettiva della relazione di contraddizione dell'azione rispetto al Diritto, ed il fatto che si sia abbandonata, una volta per tutte, la visione di questo vincolo come un puro giudizio logico, per passare a considerarlo come un innesto teleologico, «giacché l'azione sempre si misura in relazione ai fini depositati in una norma», ossia, le norme di cultura che il riconoscimento statale eleva a beni giuridici.

La colpevolezza, da elemento psicologico del reato, evolve verso lo *status* di elemento di carattere normativo, fondato sulla esigibilità di una condotta diversa, ma comunque allacciandosi il giudizio di riprovevolezza agli elementi psichici dell'azione riprovevole (dolo, colpa e motivi determinanti) e alla personalità dell'autore nella sua relazione con il contesto sociale, per cui si cercò di salvaguardare l'entità antropologica dell'individuo che delinque e non farla scomparire nella spirale delle astrazioni normative.

In ultimo, l'antica individualizzazione della pena, di matrice positivista, si muove nel senso di una commisurazione penale mediante la

---

<sup>31</sup> Fa eccezione a questo l'opera di Radbruch, secondo il quale la natura pienamente normativa dell'omissione suggerirebbe di ricondurla, in compagnia dell'azione, alla teoria del tipo, in modo che la teoria del reato cominci dalla tipicità. Tuttavia, è esagerato supporre che per questo il neokantismo fosse dell'opinione secondo cui il Diritto crea la condotta umana (Zaffaroni).

considerazione di concetti regolatori all'interno dei fattori che deve analizzare il giudice nel momento di graduarla. Questi concetti presentano la caratteristica di polarità che è propria dei valori, possono presentarsi in modo graduato, come l'antigiuridicità e la colpevolezza, e integrano i concetti logici di classificazione (Radbruch).

### 3.2. *Fenomenologia*

La seconda grande scuola metodologica nel Diritto penale del Novecento è imparentata con il neokantismo – quello di Marburgo –, ma i suoi principi ultimi riposano nella filosofia fenomenologica.

Come è noto, il movimento denominato Fenomenologia è sorto nella Filosofia generale come una reazione contro il positivismo, il psicologismo e l'idealismo. La sua parola d'ordine fu il ritorno alle cose stesse, ai dati immediati e innegabili della realtà, alle evidenze stabili, l'ontologia delle cose, per poi edificare su quel sedimento la filosofia e le teorie scientifiche. Edmund Husserl, fondatore di questa corrente, distinse due classi di intuizioni, una che cattura dati fattuali, un'altra che si riferisce alle essenze. La nostra coscienza inizia con i dati empirici, l'esperienza sensoriale delle cose, in definitiva, con i fatti. Questi presentano una delimitazione spazio-temporale e, per questo, sono contingenti. Tuttavia, quando un fatto si presenta alla coscienza, essa è capace di comprendere anche un'essenza, per esempio, ascoltando l'aria *La calunnia*, di Rossini, e discernendo, nello stesso momento, «la musica». Così, ogni volta che la coscienza intuisce fatti, intravede anche essenze delle cose. Le essenze sono forme tipiche di apparizione dei fenomeni. Le si conosce mediante una classe speciale di intuizione, che Husserl chiamò intuizione eidetica.

Il primissimo oggetto di studio della Fenomenologia fu l'essere ideale, oggetti come i numeri, le leggi matematiche e i principi logici, che non esistono nello spazio né si producono nel tempo, ma possiedono una validità propria. Oltre alle essenze ideali, la Fenomenologia si aprì verso alcune ontologie regionali, quali la natura, la società, la morale, la religione e, infine, il Diritto. Lo studio di questi oggetti intende comprendere e descrivere le loro essenze, le modalità tipiche con cui si presentano dinanzi alla coscienza i corrispondenti fenomeni, nel pre-

supposto che tali essenze sono *a priori* e, quindi, necessarie e autonome rispetto ai fatti in cui si realizzano. Le rispettive proposizioni saranno, quindi, giudizi universali e necessari, poiché riguardano relazioni tra essenze, indipendenti dalla realtà empirica. La filosofia fenomenologica, «secondo la quale ogni processo di conoscenza è, prima di tutto, uno sguardo diretto verso la *cosa* e deve trovarsi orientato verso di essa» (Aster), non è una dottrina dei fenomeni, ma della struttura essenziale delle azioni in cui queste ci interpellano fenomenicamente. I fenomeni sono soggetti delle scienze empiriche, accanto o sopra le quali vi è una scienza materiale basata sull'intuizione di essenze, che descrive le leggi essenziali del settore fenomenico in questione.

Uno degli indirizzi in cui si è suddivisa la Fenomenologia è stato rappresentato dalla tendenza obiettiva o realista. Il realismo si manifestò nella fenomenologia dei valori di Scheler e Hartmann, entrambi interessati alla esistenza dei valori, piuttosto che al loro modo di essere. I beni, modi di essere dei valori, sono cose che hanno valore, ma i valori stessi sono essenze obiettive, qualità in virtù delle quali le cose possono essere di valore. L'uomo, che qualifichiamo come persona in quanto è centro di azioni intenzionali – caratteristica in cui riposa la sua essenza antropologica, secondo Scheler –, è circondato da un cosmo di valori, che hanno esistenza oggettiva e sono materia, non di un'attività teoretica, bensì di una intuizione emozionale che permette a lui di scoprirli e di riconoscere la gerarchia che si presenta tra di essi.

Nel Diritto, un'espressione della tendenza realista è stata la dottrina delle strutture ontologiche o logico-oggettive, dottrina che si inquadra nel concetto generale di «natura della cosa», non necessariamente fenomenologico. Le teorie della natura della cosa nutrono l'intenzione di dedurre dalla materia che bisogna regolamentare giuridicamente il contenuto stesso della disciplina, ossia il dover essere del Diritto o, per lo meno, un criterio indispensabile per interpretare i precetti giuridici esistenti. Ora, la natura della materia prima del Diritto, la natura della sua «cosa», non deve essere concepita in modo naturalistico, come se fosse un ente, bensì come l'*essenza* o il *senso* delle cose. Un modo per fissare tale natura consiste nell'impiego dei concetti di senso, idea, legame tra idee e tipo ideale, andando da «le relazioni esistenziali e le loro regole di condotta individuali fino al tipo ideale dell'istituto giuridico, passan-

do per l'interpretazione di senso riferita a queste idee» (Radbruch). Questo atteggiamento è distintivo della costruzione teleologica di concetti che utilizzò l'ultimo neokantismo sudoccidentale nella sua ricerca di concetti-tipi e del fine valorizzato a cui essi rispondono. L'altra strada per determinare quella natura è la visione di essenze della fenomenologia. E a questo circolo di pensiero appartiene, esattamente, la dottrina delle strutture ontologiche e la sua metodologia penale, conosciuta col nome di teoria finalistica dell'azione.

Hans Welzel, ideatore della teoria, cita espressamente Husserl e Hartmann quando afferma che «non è il metodo ciò che determina l'oggetto della conoscenza, bensì, al contrario, è il metodo che deve dirigersi essenzialmente e necessariamente verso l'oggetto in quanto parte dell'essere ontico». La sua metodologia, e il sistema penale costruito con essa, consistono in una inversione dell'epistemologia del neokantismo di Baden. Se la comprensione umana è incapace di determinare l'oggetto, verrà ad essere l'ente, nella sua legalità oggettiva, ciò che determina le classi e forme della conoscenza.

Welzel credette di poter trovare a sostegno di questo spostamento di prospettiva un appoggio in Kant, nel senso che le categorie kantiane sarebbero tanto forme della conoscenza così come condizioni logiche della possibilità dei fenomeni, per cui smettono di rappresentare solo categorie gnoseologiche e si convertono in altre di tipo ontologico.

D'altra parte, l'oggettivismo conoscitivo si associa in lui ad un oggettivismo valutativo, poiché Welzel concepisce i valori come Scheler e Hartmann, cioè, in modo assoluto e obiettivo, e ad una comprensione delle scienze dello spirito allo stile di Marburgo. Le scienze ricevono il loro carattere dal settore della realtà studiato da esse, prima che dal metodo che è loro peculiare. Mentre le scienze naturali contemplano la realtà nel suo aspetto causale, quelle dello spirito si occupano di fenomeni che portano impressa una finalità. Nella realtà, dunque, esisterebbe un ordine dell'accadimento causale e un altro del pensare finalista. Da tutto ciò dedurrà Welzel le strutture logico-oggettive, la cui radice è l'essenza antropologica, la capacità dell'uomo di autodeterminarsi in base a senso e fine, e il cui principio metodico consiste nel fatto che il giurista non può «disporre a suo capriccio dei concetti, ma deve sfor-

zarsi di comprendere la struttura ontica di quella realtà della cui comprensione giuridica si tratta in ciascun caso» (Larenz).

«Tutta la materia giuridica è attraversata da queste strutture ontologiche come in un tessuto», assicura Welzel. Il legislatore trova vincoli non solo nelle leggi che reggono il mondo fisico, ma anche nelle strutture logiche della realtà, nella misura in cui egli voglia che la sua regolamentazione risponda all'essere delle cose<sup>32</sup>. L'ontologia del Diritto penale riproduce alcune di queste strutture, tra le quali questo autore ne evidenzia in particolare tre. Primo, che l'azione umana è sempre esercizio di un'attività finalistica, non solamente un avvenimento che produce causalmente certi effetti nel mondo esteriore. Questo dato ontologico, che non può essere ignorato dal legislatore, è gravido di risvolti sistematici, in parte legati con la seconda struttura, che riguarda le relazioni tra autoria e partecipazione nel reato. Essa contiene la tripla esigenza che induzione e complicità si presentino quali predicati di un atto doloso di autoria, che la loro dipendenza sia limitata, per cui la punizione dei partecipi richiede che l'autore abbia realizzato un fatto anti-giuridico, a prescindere dalla sua colpevolezza, e che la differenza tra l'uno e gli altri sia reale, non qualcosa di creato dal linguaggio o dalle preferenze del legislatore. Infine, la terza struttura si colloca nella colpevolezza, che si dovrebbe considerare basata nel poter agire diversamente, che richiede il riconoscimento del potere esimente dell'errore sul divieto.

Dal punto di vista strettamente metodologico, questa dottrina non ha reso considerabili apporti aggiuntivi a quanto già ottenuto per la ricostruzione dei tipi delittuosi con la metodologia neokantiana. Anche Welzel si serve del concetto di bene giuridico come elemento chiave dell'interpretazione, ma dal punto di vista del suo oggettivismo valutativo, che trasforma le esigenze dell'etica sociale in postulati assoluti o, quanto meno, caratterizzati da una certa rigidità. Sicché il risultato principale della sua impostazione va ricercato nel sistema della teoria

---

<sup>32</sup> Per Welzel, «la violazione di queste strutture non significa che la disciplina non sia valida, bensì che non raggiungerà il suo fine, e cioè, che si è dettata una disciplina con lacune, contraddittoria e non obiettiva», in altre parole, in contrasto con il suo oggetto o, se si preferisce, che stabilisce una valutazione distinta dell'oggetto menzionato da essa.

del reato che deriva dalla prima delle strutture logico-obiettive, la direzione finalistica dell'azione umana. In effetti, se la finalità dell'autore è insita all'azione, ne deriva che il dolo, ridotto alle sue componenti psicologiche di cognizione e volizione, appartiene ai tipi come loro aspetto soggettivo. La struttura mista del tipo provoca una modificazione nel contenuto del giudizio di anti giuridicità, che diventa bipartito, ossia, composto dal disvalore d'evento, che corrisponde all'offesa oggettiva di un bene giuridico, e dal disvalore d'azione, che coincide con la volontà cattiva o anti giuridica dell'esecutore (illecito personale).

Questa sequenza ontologica è interrotta da una parentesi in sede di colpevolezza, che si considera in termini esclusivamente normativi, come la rimproverabilità del soggetto per non aver adeguato la propria volontà alle esigenze giuridiche<sup>33</sup>. I concetti di matrice ontologica riappaiono, tuttavia, nella delimitazione tra atti preparatori e tentativo, nella definizione dell'autore del reato e nell'intelligenza dell'unità o pluralità dell'azione. Il primo riposa nel piano concreto dell'autore, la seconda richiede che questo possieda il dominio del fatto e l'ultima prende in considerazione l'unità del fattore finale, secondo il giudizio giuridico-sociale che trasudano i tipi.

La derivazione di concetti giuridici a partire da categorie ontologiche deve essere giudicata partendo dai presupposti della teoria finalistica. Non ha senso criticarla secondo i punti di partenza di altre scuole, normativiste o concettualiste, perché si tratterebbe di un dialogo tra sordi<sup>34</sup>. Il vero problema del sistema in questione risiede nel corollario inevitabile al quale lo condussero i suoi fondamenti fenomenologici. Già si è segnalato che la filosofia del ritorno alle cose stesse ha nel suo grembo la distinzione tra scienze empiriche e scienze delle essenze degli oggetti empirici, indipendentemente dalle forme concrete con cui

---

<sup>33</sup> Rimproverabilità che sussiste se egli, nonostante commetta un'azione oggettivamente giustificata e, dunque, lecita, non la commise nella consapevolezza della situazione giustificata. Questo è uno dei risvolti dell'illecito personale o riferito all'autore, che si ripercuote nella disgregazione delle responsabilità dei membri di un consorzio delittuoso, poiché l'eventuale giustificazione di uno di essi non si estende necessariamente agli altri.

<sup>34</sup> Il quale vide quali protagonisti Welzel con i suoi oppositori più importanti, Karl Engisch e Edmund Mezger, verso la metà del secolo XX.

quelle possano realizzarsi in questi. Così, accanto alla Dogmatica giuridico-penale, esisterebbe una scienza penale *tout court*, la prima occupata da dati accidentali, contingente come questi, la seconda concentrata in elementi permanenti, indiscutibili, dal valore universale. Da qui l'insistenza degli adepti di questa scuola<sup>35</sup> nel porre in rilievo gli elementi transnazionali e sovra-positivi della scienza penale, come se questa dovesse possedere un linguaggio, ma anche alcuni concetti applicabili dovunque, a prescindere dall'ordinamento che il giurista abbia dinanzi a sé, quale unica scienza «corretta». In altre parole, quello che in origine aspirava ad essere un limite dell'elaborazione concettuale – e una barriera ontologica per il legislatore –, cadde nella trappola di trasformare il dato ontologico in fonte dei concetti stessi e, in definitiva, di definire come deve essere il Diritto<sup>36</sup>.

Con ciò, naturalmente, la fenomenologia applicata alle questioni penali segnò il suo destino, condannandosi ad essere superata da correnti meno proclivi alla mummificazione della Giurisprudenza e alla sua confusione con la Filosofia del Diritto.

#### 4. *Bozza sull'attuale funzionalismo*

Il funzionalismo nel Diritto penale è una verità recente del sociologismo giuridico.

Questo conobbe il suo splendore nel periodo a cavallo tra fine del secolo XIX e inizio del secolo XX, quando i progressi della Sociologia scossero la Filosofia del Diritto, le discipline criminali e il Diritto civile e pubblico, attraverso le teorie di Émile Durkheim e Max Weber, da

---

<sup>35</sup> Hans Joachim Hirsch e Armin Kaufmann, tra i più rappresentativi.

<sup>36</sup> Ossia, che l'essere determinerebbe non solo il conoscere, come si suppose al principio, ma anche il dover essere. Questo non è un giusnaturalismo «negativo» che si limita ad indicare quello che non può essere Diritto (Zaffaroni), ma una classe speciale di giusnaturalismo propriamente detto. Conviene ricordare che il compito del giurista non è stabilire ciò che è, ma ciò che deve essere, e il dover essere presuppone un giudizio di valore che non ammette verifica empirica, ma solo una giustificazione argomentativa che inizia col dimostrare che il giudizio di valore è stato formulato da persone reali dotate del potere di creare Diritto (Bobbio).

una parte, e la lotta della metodologia giuridica di allora contro il concettualismo, dall'altra. In concreto, consistette nel considerare il Diritto come un fenomeno sociale e, soprattutto, nell'adozione dei metodi propri della Sociologia. Il risultato fu la trasformazione di una scienza culturale in una scienza naturale e l'aver messo in secondo piano l'ontologia e la valutazione giuridica, lo studio dell'essere del Diritto quale concetto autonomo e la sua costituzione e apprezzamento secondo valori. Dipendente dalla società in quanto fatto, il Diritto si trasformò esso stesso in un dato di fatto.

Anche prima di cristallizzarsi con l'opera di Gény, Duguit e Hauriou nella giusfilosofia, nel Diritto costituzionale e nel Diritto civile, rispettivamente, il sociologismo ebbe anche una branca criminalistica nella componente sociale della Scuola positiva italiana. Si noti, tuttavia, che Ferri e Garofalo non pretesero di costruire sul fatto sociale del reato e del delinquente come suo protagonista, né sulla base della visione organicista della società – il processo di adattamento e disadattamento degli individui descritto da Garofalo –, una teoria giuridica del Diritto penale. Il loro monismo metodico, immerso nel positivismo naturalista novecentesco, era troppo rigoroso per ammettere altro dall'assorbimento della Dogmatica penale all'interno della Sociologia criminale (Ferri) o della Criminologia (Garofalo).

Invece, l'odierno funzionalismo penale parte dalle osservazioni empiriche generali di una concezione sociologica in particolare, la sociologia dei sistemi, per dimenticare subito dopo la propria matrice ed elaborare una teoria normativa chiusa su se stessa, in una inversione metodica che va dal monismo naturalista – perfettamente legittimo nella Sociologia – ad un dualismo concentrato in modo esclusivo ed escludente su astrazioni normative. Questa metodologia non fa caso al principio di correlazione tra oggetto e metodo della conoscenza, perché essa stessa, come una sorta di surrogato della Filosofia del Diritto, si occupa di definire entrambi gli elementi e tutti i concetti giuridico-penali, rendendo la Dogmatica una fabbrica di produzione concettuale primitiva.

Torniamo sui suoi presupposti all'interno della Sociologia. Il funzionalismo sociologico afferma che il Diritto è un sottosistema la cui funzione consiste nel confermare l'identità normativa della società. Il concetto di funzione aiuta a capire qualcosa a questo riguardo. Funzio-



ni, così nella Biologia, nella Sociologia, quanto nella Meccanica, sono le capacità di operare proprie degli esseri viventi, delle macchine o delle organizzazioni, ossia, compiti, che possono essere biologici, meccanici o istituzionali. Per la sociologia dei sistemi, le funzioni sono le prestazioni che mantengono un sistema sociale. Premesso ciò, si tratta di sapere qual è la funzione cui risponde il Diritto come sub-sistema sociale, che tipo di prestazione questo rende a favore degli altri sistemi sociali e alla società nel suo insieme, tutto ciò tramite un impegno puramente descrittivo, non animato da propositi di comprensione o valutazione. Alla base di questa teoria non esiste un interesse normativo, così come neppure la sfiora l'intenzione di indicare come il Diritto o altri sistemi sociali dovrebbero essere.

Secondo Luhmann, l'oggetto di studio della Sociologia differisce da quello della teoria sociologica precedente. Mentre questa si è occupata di azioni umane o fatti sociali, la dottrina sistemica verte su comunicazioni, messaggi che sono portatori di un senso per la società. Se l'atomo del sociale è sempre una comunicazione, operazione elementare a partire dalla quale si costruisce la complessità sociale, ne deriva che, per esempio, l'individuo umano non esiste come tale; ciò che esiste è una persona, nella misura in cui sia competente all'interno dell'ambito sociale di comunicazione. D'altro canto, tutti i sistemi sociali sono caratterizzati dal fatto che generano dal proprio tessuto nuove componenti (autopoiesi) e perché le loro operazioni si riferiscono sempre ad altre dello stesso sistema<sup>37</sup>. Ciò significa che, in una con i cambiamenti e le instabilità che si presentano nelle società, si verifica pure una costante partenogenesi e auto-conferma, come se il sistema fosse un organismo

---

<sup>37</sup> La «auto-referenzialità» di cui si parla qui non deve essere confusa con l'autismo, perché rappresenta tutto il contrario di questo. L'autismo è un sintomo patologico; l'auto-referenzialità, una condizione fisiologica dei sistemi sociali. Inoltre, lo schizofrenico riconduce alla sua persona tutto quanto accade all'interno di lui, mentre la società auto-referenziale è tale poiché realizza una «clausura operativa». Solo nella necessità di mantenere stabile il suo ambiente, l'auto-referenzialità potrebbe compararsi con un tipo di sindrome infantile che gli psicologi chiamano pure autismo. Detto ciò, teniamo conto che gli stessi autori del concetto di autopoiesi, i biologi cileni Humberto Maturana e Francisco Varela, hanno ripetutamente sottolineato, con esplicito riferimento a Luhmann, che i sistemi sociali non potrebbero essere autopoietici perché i loro componenti non sono esseri viventi, organismi né molecole, bensì comunicazioni.

vivo che si mantiene e sviluppa partendo dalla sua funzione specifica. Pertanto, per l'analisi di qualsiasi istituzione sociale è fondamentale identificare qual è la funzione che essa compie in ragione della conservazione del sistema a cui appartiene. E, affinché la società funzioni, è indispensabile che i suoi sottosistemi riducano la complessità e generino fiducia.

Il Diritto, un sottosistema sociale differenziato, riproduce i tratti dei sottosistemi in generale. È un organismo auto-referenziale ed ermetico, con l'unica peculiarità di orientare le sue decisioni secondo un codice binario giuridico-antigiuridico. Ovviamente, non è separato da altri sistemi sociali, ma è il Diritto stesso a definire i propri limiti ed il contesto per esso rilevante, accettando o rifiutando le proposizioni che provengono da questo<sup>38</sup>. Non è tutto. Definisce anche la sua funzione, che consiste nell'assicurare aspettative normative in vista di possibili defezioni. La funzione specifica del Diritto penale parte anche da una comprensione comunicativa di reato e pena. Il reato rappresenta una negazione fattuale delle norme e, con esso, una confutazione dell'identità sociale. La pena è una risposta fattuale il cui obiettivo non è riaffermare aspettative cognitive, bensì normative, il che significa che cerca di confermare le norme che determinano quella identità. Ad una comunicazione difettosa sul piano fattuale, si oppone un'altra funzionale sul piano normativo, un'auto-conferma. Per questo il fine, o per meglio dire, la funzione della pena, non è tanto la prevenzione generale dei reati attraverso l'integrazione sociale, ma l'auto-conferma della maestà del sistema penale<sup>39</sup>.

Siccome la società consiste nella costruzione di un contesto di comunicazione, la sua identità si configura secondo le regole di quest'ultimo, le norme del sistema, piuttosto che su interessi individuali o beni

---

<sup>38</sup> «Il valore positivo si applica quando un assunto coincide con le norme del sistema. Il valore negativo si applica quando un assunto infrange le norme del sistema. Quello che abbiamo appena chiamato «assunto» è costituito dal sistema stesso» (Luhmann).

<sup>39</sup> Che influisca sul comportamento degli individui è secondario. Questa teoria penale «legittima la pena solo attraverso la necessità di marginalizzare l'affermazione dell'autore (oggettivata nel fatto) secondo cui la norma non vale, attraverso una contro-affermazione oggettivata nella pena» (Schünemann).

oggettivi. Il contesto deve essere capace di mantenersi di fronte ad azioni comunicative divergenti. Qui si cela una parte centrale del funzionalismo penale. La giustificazione dello *ius puniendi* non riposa nella necessità di rinforzare mediante la pena la protezione dei beni giuridici, così come neppure i beni sono l'elemento cruciale nell'interpretazione e sistematizzazione dello *ius poenale*. L'osservazione è importante, perché il funzionalismo, in fondo, propone qualcosa di distinto rispetto ad una normativizzazione dei concetti giuridici. Siccome ogni norma fa riferimento a valori, gli stessi che questa dottrina rimuove dall'attenzione del giurista, ne deriva che il Diritto penale debba essere oggetto di una funzionalizzazione. Ciò che resta in esso di normativo è solo l'obbligo per il giurista di disinteressarsi della base empirica dei concetti giuridici e riconcentrarsi nel Diritto come entità autosufficiente e chiusa su se stessa<sup>40</sup>.

La teoria del reato si organizza secondo la metodologia funzionalista. In primo luogo, l'azione criminosa. Dato che il Diritto penale funzionale conosce persone, soggetti definiti così dal sociale – ruoli sociali, ambiti comportamentali o competenze ascritte all'individuo, che non esiste nella sua individualità extra-funzionale –, l'azione è priva di un nucleo psicofisico, naturale o fattuale. Piuttosto, Günther Jakobs, l'ideologo di questo sistema, la definisce come una competenza per la lesione della validità della norma, competenza che può essere per organizzazione o istituzionale. Il concetto ricorda, ma non si identifica con Binding, perché in quest'ultimo l'azione doveva essere colpevole per poter essere considerata tale. L'antigiuridicità, a sua volta, ruota intorno alla violazione della norma, come in Binding, pur se intendendosi per norme, non obblighi o divieti di condotta, bensì aspettative normative.

La colpevolezza del funzionalismo non prende in assoluto in considerazione se il soggetto potesse o no agire in altro modo. Siccome essa non misura soggetti, ma persone, e cioè, stereotipi sociali ritagliati secondo l'immagine del cittadino fedele al Diritto, il relativo giudizio dipende esclusivamente dall'esigenza di ristabilire la fiducia nel sistema. Una scusante è possibile solo quando l'espressione di senso/valore

---

<sup>40</sup> Decisamente, questo modello costruttivo non è normativista. Lo intuisce Silva Sánchez quando scrive che «in effetti sono assenti da esso valori e principi, mentre appaiono quali fattori decisivi i criteri di stabilizzazione del sistema».

rappresentata dal fatto antiggiuridico lascia incolumi le aspettative normative. Della funzionalizzazione della colpevolezza offre un ottimo esempio il trattamento della paura insuperabile, che per i Codici penali derivati da quello spagnolo è causa espressa di esclusione della colpevolezza, fondata sull'entità psichica di questa emozione primaria, che rende impossibile motivarsi in accordo ai doveri giuridici. Per il funzionalismo, invece, «non è mai soltanto la paura ciò che scusa, ma sempre la paura in un contesto in cui l'indulgenza non perturba l'ordine» (Jakobs). Altre manifestazioni le forniscono il dolo, che si svuota di qualsiasi momento volitivo, per essere ridotto alla coscienza della produzione di un pericolo normativo, il tentativo inidoneo, punibile quando delude aspettative, ecc. In ultimo, il funzionalismo avanza anche nella Parte speciale, tra altri temi, rifiutando l'esistenza di un pregiudizio patrimoniale nelle truffe che avvengono all'interno di relazioni immorali o criminose<sup>41</sup>.

Analizzata nel suo insieme, la metodologia in parola non è molto innovativa. La sua originalità risiede nelle peculiarità del funzionalismo di fronte ai suoi predecessori sociologici, come già si è indicato. Ma in esse si intuiscono anche le contraddizioni del prototipo. La conservazione della Dogmatica penale, soggiogata da dati di fatto, è insostenibile senza il riferimento a valutazioni. È vero che il funzionalismo si presenta a se stesso come una teoria assiologicamente neutrale, e correttamente, ma ciò vale solo sul piano della Sociologia. Una cosa è la descrizione del funzionamento del sistema sociale, altra il sottosistema chiamato Diritto, il quale non si propone di descrivere accadimenti – fatti o comunicazioni, non importa –, ma di regolare la vita intersoggettiva. La regolamentazione è impossibile in mancanza di giudizi di valore, del perché il Diritto vuole che le cose siano in un modo e non altri. Che questi fini valorizzati coincidano o no con le funzioni reali che realizza il sistema giuridico all'interno della società, è ben altro. Quello che non sembra indifferente è il fatto che sono le funzioni a doversi adeguare ai fini valorizzati, e non i fini valorizzati alle funzioni sociali, che per definizione sono neutre e possono servire a qualsiasi

---

<sup>41</sup> Soluzione che si ripercuote nella carenza di protezione penale per i meno abbienti, le cui strategie di sopravvivenza li rendono disfunzionali rispetto al sistema.

proposito. Così si spiega perché il funzionalismo parli costantemente di stabilizzazione di norme *tout court*, senza chiarire che le norme del suo discorso sono giuridiche, dato che l'aggettivo supporrebbe una valutazione, e che riconosca onestamente che la sua teoria penale è applicabile al Diritto punitivo di qualsiasi sistema politico, sia questo liberale, autoritario o totalitario.

D'altra parte, le valutazioni presuppongono un soggetto che valuta, e un altro che è oggetto della valutazione. L'impresa è inimmaginabile ove manchi del tutto la considerazione di questi quali individui libervolenti e fini in sé, per cui non ha senso in una dottrina che conosca persone, e non individui. Anzi, se non ci sono soggetti dei fini, neppure possono esserci fini nella pena. Quello che il funzionalismo indica come fine – non come una funzione reale, che rifiuta e considera secondaria –, non è neanche un'autentica finalità. La preservazione della vigenza delle norme lascia in sordina perché sia di valore ricercarla. Raggiungere quest'obiettivo solo per conservare l'imperio maestoso del Diritto, equivale ad osservarlo nel ruolo di qualcosa che il Diritto non è né mai sarà, un valore.

Il fine della pena acquisisce la sua genuina significanza sul piano dell'assiologia del Diritto. Ma collegato all'idea del Diritto, il fine si converte in ciò che deve essere, un problema di senso o significato. Di questo tratterà il prossimo capitolo.



## CAPITOLO SETTIMO

### IL SENSO DELLA PENA

*Traduzione di Gabriele Fornasari*

SOMMARIO: 1. *Delimitazione concettuale e inquadramento assiologico del tema*; 2. *Idee del Diritto e senso della pena*; 3. *Umanità, retribuzione e riparazione*.

#### *1. Delimitazione concettuale e inquadramento assiologico del tema*

Il concetto del Diritto penale appartiene alla Filosofia del Diritto, in quanto rappresenta una parte o una flessione del concetto logico-astratto del Diritto nel suo insieme<sup>1</sup>. A sua volta, il concetto di reato sviluppa il concetto giuridico fondamentale dell'antigiuridicità in una questione di grado, culminando con la precisione che le conferisce la sua connotazione specifica all'interno degli atti giuridici, ovvero la punibilità<sup>2</sup>. Il concetto della pena si dispiega a partire dalla punibilità, anche se si relaziona con la natura garantista e con il carattere secondario del Diritto penale, come la specie di sanzione giuridica di carattere pubblico che ogni ordinamento considera di maggiore gravità<sup>3</sup>.

Le tre indagini precedenti, di tipo concettuale, si integrano con il primissimo ed iniziale compito della Filosofia giuridico-penale, ovvero la definizione di questo ramo del diritto e la determinazione dei suoi elementi universali. Dopo averle effettuate, sappiamo che nessuno dei membri di questa triade di aspetti si sottrae al riferimento ai valori. Il Diritto penale, perché le sue proposizioni associano le pene all'infrazio-

---

<sup>1</sup> Si ricordi quanto esposto *supra*, Cap. II, paragrafo 1.

<sup>2</sup> Cfr. *supra*, Cap. V, paragrafo 2, lett. b.

<sup>3</sup> Della natura del Diritto penale si è trattato *supra*, Cap. II, par. 2; del concetto della pena, pure *supra*, Cap. V, par. 3, lett. b.

ne di norme di cultura, finalità cariche di valore per la comunità nazionale ed internazionale; il reato, perché la sua speciale gravità gli deriva dal fatto di attentare contro i beni di maggiore rilevanza per la rispettiva organizzazione sociale, secondo i giudizi di valore della comunità; infine, la pena, perché il suo tratto distintivo rispetto alle altre sanzioni giuridiche, in particolare quelle disciplinari ed amministrative, è di natura quantitativa, vista la gravità che le assegna l'ordinamento alla luce dei beni offesi dal colpevole e di quelli da lui perduti.

Ebbene, il concetto della pena ci rivela la sua essenza, ciò che costituisce il suo essere, la sua anima o la sua indole giuridica, ma lascia senza una risposta immediata la domanda che riguarda il senso di questa classe di sanzioni. Non perché esista una differenza tra l'entità della pena ed il suo fine, contrariamente ad un pensiero che si ripete talvolta nella dogmatica penalistica dal XVII secolo e che prende spunto dall'affermazione per cui la pena possiederebbe natura retributiva e, allo stesso tempo, una finalità di prevenzione. In realtà, «la natura non consiste in altro che nell'essenza della cosa in quanto principio operativo, e dunque ne comprende il fine»<sup>4</sup>. Quindi, trattare dell'essenza della pena equivarrebbe a costruire un discorso sulla sua finalità, se non fosse che la parola fine risulta del tutto inadeguata in questo ordine di considerazioni. I fini sono cause psicologiche, provengono dall'esperienza, indicano un obiettivo che si cerca di raggiungere, per cui li si può relazionare solo con una volontà storicamente determinata, a prescindere dal fatto che i suoi disegni meritino approvazione o riprovazione dal punto di vista morale. Lo scopo della pena non deve essere confuso con propositi eticamente ambivalenti, relativi e aleatori. Se ogni fine necessita assolutamente di una giustificazione, allora la questione della finalità della pena deve essere sostituita da un'indagine sul suo significato, che è la categoria all'interno della quale ottiene o no la sua legittimazione.

Ora, il significato o, ciò che è uguale, la ragion d'essere della pena, non è questione che si possa affrontare con l'aiuto del concetto del Di-

---

<sup>4</sup> Fondandosi sulla filosofia tomista, Rivacoba precisa la sua osservazione: «Asseverare che la pena ha natura retributiva e finalità preventiva equivale, in fondo, a sostenere che ha fini di volta in volta retributivi o preventivi». È esattamente quello che postulano alcune teorie miste o complesse.



ritto, dato che la sua ascendenza filosofica si trova su un diverso piano, nell'idea di Diritto. Si noti che non impieghiamo il termine di ideale giuridico. Gli ideali, ovvero le associazioni tra idee e fini, a loro volta non sono principi assoluti connotati di valore, ma esigenze relative che indicano solo il fine a cui si attribuisce valore, nel nostro caso il modello di pena adeguato ad ogni ordinamento concreto, ideale che, d'altra parte, può restare dissimulato dietro pompose dichiarazioni costituzionali o legali la cui autentica entità, tuttavia, necessita di essere confermata avendo riguardo al plesso del sistema penale, dalla comminazione fino all'esecuzione delle punizioni<sup>5</sup>. Il senso della pena, il suo significato pieno per la comunità giuridicamente organizzata, dipende dall'idea del Diritto, l'unica capace di legittimare i fini concreti della volontà, e pertanto anche la volontà che anima le disposizioni giuridico-penali.

Tuttavia, il termine idea è stato impiegato nella Filosofia del Diritto con distinte accezioni, similmente a quanto è avvenuto nell'ambito della Filosofia generale. A volte, designa l'essenza dei fenomeni giuridici; altre volte, la loro perfezione; è servito anche per distinguere la realtà dal valore; da ultimo, può essere presentato come un concetto supremo o limitrofo, che resta sottratto alla ragione rappresentandone uno dei presupposti aprioristici. Quest'ultimo modo di intendere è caratteristico della filosofia kantiana, la quale contrappone le idee ai concetti. Secondo Kant, concetto è la determinazione comune e unitaria di una serie di oggetti analoghi, ai quali attribuisce le loro note generiche e in ciascuno dei quali trova completa realizzazione. D'altro canto, le idee sono la rappresentazione armonica di tutti gli oggetti possibili. Condotte nel mondo dei propositi o dei fini, le idee permettono di articolare tutti gli sforzi umani, benché non ci si possa aspettare una piena realizzazione

---

<sup>5</sup> Così come «capita che i cervelli siano pieni di presupposti ideali che, di fronte a una considerazione critica, scoprono il loro carattere di finalità, che poi si convertono in autentici ideali una volta che ricevono il *placet* dell'idea» (Mayer), anche i proclami generali di cui parliamo, abbastanza comuni negli ordinamenti dei paesi latini, possono occultare fini sviati, incompatibili con le possibilità di ogni organizzazione sociale o che fanno a pugni con il fine reale che si deduce dall'applicazione effettiva delle pene, che è il terreno in cui il Diritto penale si gioca il tutto e per tutto, incluse le cosiddette 'antinomie del fine della pena', su cui diremo qualcosa più avanti.

nell'esperienza, ma solo un orientamento, un *focus imaginarius*<sup>6</sup>. Detto in modo diverso, dirigono e non costituiscono la comprensione.

Resta ancora l'identificazione dell'idea del Diritto con un valore, ma non uno qualunque, bensì un valore supremo, irriducibile ad altri valori. Proprio questo è il senso dell'idea di Diritto che adottiamo per giungere da essa al senso della pena, un pensiero che offra la più alta sintesi teorica e, contemporaneamente, la maggiore estensione ai fini della vita pratica, attraverso il quale sia possibile intravedere «il senso di eternità di ogni ordine giuridico positivo» (Mayer), e anche il significato ultimo della pena finché ci saranno uomini sulla terra. Così intesa, l'idea del Diritto è chiamata a compiere una duplice missione, ovvero essere un principio di apprezzamento del diritto vigente, con il ché alludiamo ai fini a cui esso attribuisce valore, e convertirsi in un principio orientativo per configurare il diritto a venire. In una tale duplicità di compiti si percepisce la parentela tra l'idea stabilita estimativamente, che si ispira alla Filosofia dei valori contemporanea, e l'idea come presupposto limotrofo della ragione, di matrice kantiana, dato che in entrambi i casi l'idea del Diritto non indica il *quid*, ossia i contenuti, ma il come, ossia solo le forme assolute secondo le quali bisogna intendere l'apprezzamento, la critica e la trasformazione del Diritto. La parentela appare, inoltre, nella relazione esistente fra il concetto e l'idea del Diritto. Entrambe sono nozioni formali e *a priori*, nessuna procede dall'esperienza; e il loro intreccio è a partita doppia, poiché se la formazione del concetto di Diritto corre il rischio di fallire per non essere orientata secondo la sua idea, a sua volta la conoscenza dell'idea necessita di un concetto sicuro.

Il dibattito concernente il senso della pena deve ruotare intorno ad un valore assoluto. In quanto tale, sarà un valore sovraempirico, situato

---

<sup>6</sup> Le idee, scrive nella *Critica della ragion pura*, «non hanno mai un uso costitutivo che somministri i concetti di certi oggetti [...]. Ma, in cambio, hanno un uso regolatore eccellente, indispensabile e necessario: quello di dirigere la comprensione verso un certo fine che fa convergere le linee direttive che seguono le sue regole verso un punto che, non essendo altro che un'idea (*focus imaginarius*), ovvero un punto dal quale i concetti della comprensione non partono realmente, dato che si trova collocato fuori dei limiti dell'esperienza possibile, serve, tuttavia, per procurargli la più assoluta unità con la più assoluta estensione».

più in là del momento storico di ogni cultura nazionale. Deve essere un valore intemporale della comunità umana, deve appartenere alla cultura nel suo insieme. Perciò, con esso non devono avere nulla a che vedere fini, funzioni o classificazioni, né alcun altro concetto che si trovi sul piano dell'esperienza. Ripetiamo che il preteso fine delle pene segnala solo ciò che uno o vari soggetti aspirano ad ottenere attraverso di esse, indipendentemente dal fatto che tale obiettivo sia o meno autorizzato da un'idea. Si spiega così che i fini della pena possono essere tanti quanti se ne possono concepire, dalla realizzazione della volontà o della ragione divina nel nostro mondo sublunare – come nell'antica teoria retributiva di Stahl, De Maistre e Jarcke<sup>7</sup> – fino alla poco meno ambiziosa pretesa di educare il condannato adulto per renderlo migliore e perché non delinqua, un controsenso che provoca «un'atmosfera di sfiducia da una parte e di ostinazione dall'altra, nella quale l'educazione può difficilmente prosperare» (Radbruch). Le funzioni che le vengono assegnate non sono in rapporto nemmeno con il valore che fonda il senso della pena. Il concetto di funzione è sociologico, non filosofico-giuridico. Funzioni del Diritto sono i compiti che esso svolge effettivamente nella realtà, i suoi effetti sulla vita degli individui e sul sistema sociale. Si tratta di una nozione empirica analoga ai fini, la cui indagine compete alla Sociologia del Diritto. Questa ci potrà mostrare che il Diritto orienta o confonde i comportamenti, risolve o acuisce i conflitti, configura o deforma la vita collettiva, promuove o ostacola il cambiamento sociale. Funzione del Diritto equivale a quello che fa, non a quello che dovrebbe fare, relativamente (secondo gli ideali giuridici) o assolutamente (secondo l'idea del Diritto), benché spesso i penalisti contemporanei, specialmente coloro che aderiscono al funzionalismo, amino presentare le funzioni come se fossero fini o ideali, scambiando così informazioni fattuali con aspirazioni soggettive, occasionalmente rivestite di una patina di valore. Del resto, la pena, intesa qui come pena effettivamente

---

<sup>7</sup> O nella retribuzione morale di Kant, che presenta il medesimo difetto, consistente nell'immaginare che una legge naturale vorrebbe la pena come restaurazione dell'ordine violato dal reato, «una sopravvivenza di antiche credenze magiche che derivano da una confusione tra Diritto e natura» (Ferrajoli). Anche Nagler, benché abbia insistito sul carattere strettamente giuridico della retribuzione del reato, riconobbe che essa ha nello spirito umano la stessa radice della retribuzione divina, morale e sociale.

eseguita – poiché fuori dell'esecuzione non si possono dare fini, funzioni e tanto meno un senso di essa<sup>8</sup> – pare avere realizzato storicamente compiti non vantaggiosi per la società, talvolta con conseguenze molto gravose sugli individui e le famiglie che hanno dovuto soffrirla, senza che, d'altro lato, sia servita per una prevenzione effettiva di ulteriori reati. Riguardo a quest'ultimo aspetto, il sociologo ci può dire approssimativamente quanti reati sono stati commessi nonostante le pene imposte, ma non quelli che esse hanno consentito di prevenire<sup>9</sup>.

D'altro canto, l'analisi dei possibili sensi della pena dovrà aver cura di determinare con esattezza il significato delle dottrine penali e, di conseguenza, porsi al riparo da una certa classificazione convenzionale di una parte del loro contenuto. Se intendiamo correttamente il concetto, le dottrine penali sono l'insieme delle dottrine generali che si possono proclamare nel settore punitivo con un carattere assoluto. Si è spiegato in precedenza che vanno molto al di là della circoscritta questione del senso della punizione, così come che questo non può essere separato in modo netto dall'essenza della pena, dall'entità del reato, dal fondamento dello *ius puniendi* e dai condizionamenti politici che circonda-

---

<sup>8</sup> «Ogni pena è pena finalistica. Il fine giuridico di ogni pena [...] si raggiunge pienamente con l'esecuzione penale. Non c'è fine penale al di fuori dell'esecuzione» (Binding). Questo pensiero assolutamente corretto, che si legge anche in altri penalisti antichi e moderni, consente di ridurre fino ad eliminarle le teorie (della coazione psicologica, dell'avvertimento e dell'intimidazione) per le quali la pena è chiamata a prevenire i reati in generale, come pena comminata o minaccia penale, paralogismo che cela il fatto che la penalità non stabilisce alcun dialogo razionale con nessuno e, al contrario «è tale perché è destinata ad essere attuata per mezzo dell'irrogazione della pena a individui 'singoli' e 'reali'» (Ferrajoli). Lo ammettono anche autori, come Roxin, che attribuiscono una certa efficacia preventiva alla pena anche solo in quanto annunciata dalla legge.

<sup>9</sup> «Sono accessibili all'osservatore e ai registri statistici solamente quei casi nei quali la forza dissuasiva della minaccia penale non ha avuto alcun valore» (Mayer). Un insegnamento lapidario della Criminologia critica sta nella relativizzazione del preteso potere preventivo della pena, considerando il basso numero dei reati per i quali il Diritto penale riceve effettiva applicazione, cifra addirittura irrisoria in alcuni casi, come quello del furto. A parte questo, è noto alla Sociologia criminale e alla Psicologia criminale che nella prevenzione delle infrazioni sono decisivi fattori che non hanno niente a che vedere con la persecuzione e l'esecuzione penale.

no tutti questi elementi<sup>10</sup>. Tuttavia, nei fatti le dottrine in questione si sono limitate per la maggior parte al problema della finalità della punizione, ma fatto ciò «non è il Diritto penale, ma la pena, non la totalità, ma solo una metà l'oggetto di considerazione»<sup>11</sup>.

Così è accaduto che il *telos* della punizione venisse utilizzato, dall'inizio del XIX secolo, per classificare tali dottrine, che si ridussero ad altrettante concezioni, non della pena reale, ma di un'altra solo immaginaria, «così come introdotta dall'autore della teoria nell'ordine giuridico ideale, il cui creatore è lui stesso» (Mayer). La classificazione, poi, porta il segno della ferita inferta nel suo punto di partenza, una mutilazione del contesto filosofico-giuridico in cui si inserisce il senso della pena. Del resto, nemmeno la figura storica invocata da Bauer, Röder e altri penalisti del passato intese tracciare una classificazione con materiali tanto semplici come quelli espressi nelle frasi latine *punitur quia peccatum est* e *punitur ne peccetur*. Invocando Platone, Seneca si limita a prendere decisamente posizione a favore del fatto che la pena guardi al futuro, affinché chi ha commesso un'infrazione non la ripeta, e a rifiutare, in modo altrettanto netto, che sia lecito punire per il fatto realizzato, «perché la legge non serve a infierire, ma a prevenire»<sup>12</sup>. Stando così le cose, è facile cogliere il problema che si cela dietro la distinzione di alcune teorie assolute, che postulano la pena come fine a se stessa, da altre relative, che la contemplanò come mezzo per raggiungere fini estrinseci rispetto al reato e al delinquente, e di altre ancora miste o eclettiche, che costruiscono il mostro di una pena che è allo stesso tempo fine e mezzo. Si può parlare di fini o di mezzi solo se prima si chiarisce il necessario riferimento degli uni e degli altri. Il riferimento riposa in un'idea, in un pensiero assoluto, un valore puro corrispondente al-

---

<sup>10</sup> Si veda *supra*, Cap. I, par. 3.

<sup>11</sup> Questa considerazione di Mayer rimane un po' limitata, perché il senso della pena costituisce soltanto uno dei quattro grandi temi della Filosofia giuridico-penale, non la metà. Le autentiche scuole penali «prendono posizione su molte altre questioni, come il metodo più conveniente o l'essenza dell'imputabilità» (Rodriguez Devesa).

<sup>12</sup> Anche Cattaneo segnala che questa condanna della vendetta e difesa della prevenzione non sembra possa pretendere di ordinare nulla. Però, una volta deformato il pensiero, la classificazione elaborata sulla sua base doveva incorrere in molteplici equivoci. Uno dei più rilevanti fu considerare che la riparazione sarebbe una teoria relativa, non 'assoluta' come la retribuzione.

l'essenza della pena e nel quale essa raggiunge il suo senso. Perciò non possono nemmeno darsi 'antinomie nei fini della pena'. In realtà, si tratta di conflitti tra concezioni differenti riguardo all'idea di Diritto. Di esse, come anche dell'eventualità che simili conflitti siano «una contraddizione dell'idea di Diritto con se stessa» (Radbruch) e, infine, di una via per superarli a proposito del senso della pena, ci si occuperà in seguito.

## 2. Idee del Diritto e senso della pena

Dato che lo spettro delle possibilità offerto dall'idea di Diritto non è tanto ampio quanto quello delle possibilità che propongono i criminalisti riguardo ai fini della pena, possiamo limitarci a considerare quelle più comunemente accettate nell'ambito della Filosofia del Diritto ed esaminare la loro risonanza rispetto al tema che affrontiamo. La questione sul senso della pena ha distinte risposte in rapporto a tre differenti idee del Diritto: giustizia, sicurezza giuridica e utilità.

Nel controverso problema della giustizia, il cui concetto descrive nel corso del tempo una parabola che l'ha via via associata a un attributo della divinità, a una virtù, a un'idea e da ultimo a un valore, senza dimenticare le posizioni che tentano di dedurla da forme di consenso o da discorsi argomentativi, né quelle che la scartano ravvisandovi un ideale irrazionale, esiste un nucleo, generalmente condiviso, che si esprime nella teoria aristotelica dell'eguaglianza.

La giustizia ci offre, innanzi tutto, la figura della giustizia egualitaria, per fondare in essa la pena. Come il prezzo alla mercanzia, il salario al lavoro e l'indennizzo al danno, la pena corrisponde al reato, ovvero come *retribuzione* (Radbruch).

La giustizia egualitaria – sinallagmatica o correttiva – possiede il vantaggio di saldare fermamente la pena al reato commesso e a nient'altro. Con ciò, questa specie di giustizia preserva il legame tra concetto e idea della pena e soprattutto esige che fra pena e reato sussista un rapporto di proporzione. In un *humus* di giustizia, in effetti, affonda la radice proporzionale che i penalisti sono abituati ad attribuire alla teoria

retributiva<sup>13</sup>. Tuttavia, contrariamente all'indizio delle apparenze, l'eguaglianza, la proporzione aritmetica nelle relazioni involontarie, insomma la giustizia correttiva di Aristotele, non sfocia nella retribuzione dei reati. Questa giustizia si presta ben poco a far dedurre da essa un senso retributivo della pena, poiché mai si potrà intrecciare una vera relazione di equivalenza tra la pena e il reato. Lo stesso Aristotele, dopo aver escluso dalle sue disquisizioni il taglione, «che non è compatibile né con la giustizia distributiva, né con la giustizia riparatrice e repressiva», poche righe dopo aver perorato la necessità di comparare in modo diverso le cose che sono soggette a qualche forma di scambio<sup>14</sup>, riconobbe che l'anelata unità di misura «è arbitraria e convenzionale», ovvero è estranea al concetto di giustizia.

E la giustizia non solo si mostra incapace di fornire un'equazione che renda commisurabili le realtà eterogenee del reato e della pena, tranne un elemento esterno che, perciò, sarebbe aggiunto alla retribuzione e, in definitiva, tanto arbitrario per essa quanto incompatibile con l'eguaglianza che contraddistingue la giustizia<sup>15</sup>. Tanto meno può darci la base su cui costruire un sistema penale, neppure nella sua versione di giustizia distributiva, il *suum cuique tribuere*. Perché, quale dovrebbe essere il criterio con cui dare a ogni delinquente quello che si merita: la

---

<sup>13</sup> Sono molti coloro che hanno sottolineato come grazie alla retribuzione ha potuto fare ingresso nella casa del Diritto penale il pensiero che commisura la pena all'atto delittuoso; tra questi, è sufficiente ricordare due menti giuridiche molto dotate sul piano filosofico come Max Ernst Mayer e Giuseppe Bettiol. Nel paragrafo successivo torneremo sul punto.

<sup>14</sup> «Non vi è pertanto vera reciprocità se non quando si sono poste le cose in condizione di eguaglianza già in precedenza», leggiamo nella *Etica a Nicomaco*. Ma si tratta di un giro su se stessa della giustizia, cioè di fondare la giustizia egualitaria sulla giustizia distributiva, quella che esige di trattare allo stesso modo gli eguali e in modo diverso i diseguali. Alla fine dei conti, «la giustizia è sempre nient'altro che l'astrazione di una diseguaglianza data da un certo punto di vista» (Radbruch).

<sup>15</sup> Röder portò la critica al limite di affermare che mancherebbe ogni punto di paragone fra reato e pena. Del Vecchio afferma che, se esistesse, sarebbe una comparazione cervelotica. In ogni caso, è chiaro che noi penalisti dobbiamo rassegnarci al fatto che i fattori di valutazione si costruiranno secondo un determinato ideale culturale (Mayer), che nell'età contemporanea sono il tempo e il denaro. Il problema è che essi sono senz'altro relativi, ci lasciano fermi al palo e non permettono di fare passi avanti nella ricerca del senso della pena in sintonia con l'idea di giustizia.

sua colpevolezza, la gravità del danno cagionato, la pericolosità del soggetto per gli altri consociati, la frequenza di condotte analoghe nella comunità?

Riassumendo, il supposto vincolo necessario tra giustizia e retribuzione naufraga proprio nei due aspetti più cari al pensiero retributivo. Da una parte, la giustizia

non ci dà alcun metro con cui misurare l'eguaglianza o la diseguaglianza di quella gravità del delitto, la colpevolezza, la pericolosità o qualunque altro, e d'altra parte ci parla solo della relazione delle pene tra di loro, ma non del loro rango e delle loro classi (Radbruch).

Inoltre, poiché la giustizia distributiva può tutt'al più determinare la classe e il grado della pena all'interno di un sistema penale dato, ma non il sistema in sé, risulta che il Diritto penale fondato su di essa, che erroneamente viene qualificato come retributivo, ha due sbocchi tanto estremi quanto possibili, ovvero la giustizia del totalitarismo, con la sua vocazione escludente e omicida, e la giustizia dell'individualizzazione, con la sua mania di correggere l'«atteggiamento interiore antiguridico» e il cui logico punto d'arrivo è il Diritto penale dell'autore. È la giustizia connessa a fini di utilità, di cui faremo menzione tra breve<sup>16</sup>.

Da parte sua, la sicurezza giuridica è un'idea molto più definita di quella sfuggente di giustizia, al punto che alcuni filosofi del diritto la considerano l'unico valore proprio del Diritto, il solo che sarebbe in possesso di un significato strettamente giuridico<sup>17</sup>. In ogni caso, non deve essere confusa con la sicurezza individuale, la sicurezza per mez-

---

<sup>16</sup> Nel nostro studio sulla individualizzazione della pena osserviamo che appartiene all'essenza del concetto una ispirazione transpersonale di valore, che verte politicamente su concezioni sostanzialistiche della società e dello Stato. Non modifica questa conclusione il fatto che in certe occasioni gli sforzi di individualizzazione si presentano nelle vesti di un sedicente umanesimo, come nell'ideologia della risocializzazione.

<sup>17</sup> «È l'unico che, in effetti, sia stato associato nel modo più estremo all'esistenza del Diritto; la sicurezza giuridica viene realizzata, adempiuta, per il solo fatto che esiste un Diritto vigente». Questo può contribuire alla realizzazione di altri valori, come la stessa giustizia, ma nient'altro che la sicurezza giuridica è «la dimensione ontologica del Diritto, il suo fine *a priori*, al quale ogni altro fine risulta subordinato» (Jorge Millas).



zo dell'ordinamento giuridico, quella «che il diritto ci conferisce con il garantire la nostra vita e i nostri beni contro l'assassinio, la rapina, ecc.» (Radbruch). Inoltre, la sicurezza giuridica non è sinonimo di certezza del diritto, che alcuni sociologi denominano sicurezza dell'ordinamento, quel valore che impone che coloro che sono sottoposti a giudizio dispongano, o per lo meno possano disporre effettivamente di una conoscenza adeguata riguardo alle norme che regolano la loro condotta giuridica, in modo che siano in grado di comportarsi secondo i loro precetti. La certezza è condizione indispensabile per la realizzazione della sicurezza come tale, che sarebbe una chimera se le persone ignorassero che cosa è giuridicamente vietato e permesso. In questo aspetto, la certezza guida l'azione e la rende libera, non la lascia esposta al movimento di una volontà malsicura e arbitraria<sup>18</sup>. Ma ancora non è sicurezza giuridica.

Questa seconda idea del Diritto designa l'insieme di condizioni che permettono a chiunque di fidarsi fondatamente che i diritti e gli obblighi che il Diritto attribuisce o impone saranno riconosciuti e applicati, in altre parole, che riceveranno la dovuta protezione da parte degli organi del potere pubblico, se necessario mediante l'uso della forza socialmente organizzata. La *securitas*, sicurezza in senso stretto, possiede due livelli. La sua dimensione oggettiva si riferisce ad una situazione carica di valore che deriva dal rispetto delle norme e, nell'ipotesi in cui siano conculcate, dalla applicazione pubblica delle disposizioni che ne sanzionano il mancato rispetto. L'aspetto soggettivo consiste nella rappresentazione della sicurezza oggettiva nella psiche dei consociati, nel senso che il Diritto, che si è introdotto nelle relazioni interpersonali come uno strumento che ha l'aspirazione di sottrarre l'esistenza di ciascuno alle violenze e alle usurpazioni, che provengano dallo Stato o da soggetti privati, trasmette questo effetto benefico nella sfera delle persone, placando nel loro animo il timore che, senza di esso, le dominebbe.

---

<sup>18</sup> «La certezza del diritto si traduce in certezza dell'azione. L'azione diviene libera, perché riconosce la legge che porta in sé e che trova fuori di sé, e che preclude la possibilità di muoversi senza meta come volontà incerta o arbitraria, in una catena di opzioni successive che può in qualunque momento disgregarsi nelle più mutevoli direzioni» (Lopez de Oñate).

Si pensa che a questa idea del Diritto, tipica dell'individualismo liberale – da qui si spiega come fosse la preferita dal giusnaturalismo razionalista e dai padri del Diritto penale contemporaneo –, debba corrispondere, come obiettivo della pena, la prevenzione generale dei reati. C'è un elemento di verità nel vincolo tra quella ascendenza filosofica e questa finalità empirica. Con la versione negativa della prevenzione generale, per mezzo della intimidazione o semplicemente del terrore, fa perfetto *pendant* la configurazione oggettiva della sicurezza giuridica. D'altro lato, gli obiettivi di conoscenza, fiducia e pacificazione sociale che propugnano i sostenitori della prevenzione generale positiva, si coniugano perfettamente con l'efficacia soggettiva della sicurezza giuridica<sup>19</sup>.

Ciononostante, così come la giustizia distributiva, l'idea della sicurezza fallisce proprio nella sua missione più importante, ovvero offrire un criterio certo per la configurazione del sistema penale, per tacere del fatto che tende per sua stessa natura a espandere illimitatamente l'intensione e l'estensione delle punizioni. Il sottoprodotto preventivo-generale della sicurezza non dipende dal fatto che la pena sia uguale o proporzionata al reato, ma si collega ai timori o alla soddisfazione degli altri – che spesso si riducono ai gruppi dominanti o al governo – le cui aspettative sfuggono naturalmente ad ogni possibilità di valutazione. Di conseguenza, la sicurezza, volo maestoso della borghesia in ascesa, poi pietrificato con il consolidamento del potere della classe borghese, non è nemmeno in grado di limitare le esigenze delle cangianti finalità sociali, come suppose Radbruch, perché la stessa sicurezza, in fondo, è una cristallizzazione dell'utilità, e presto vedremo che finalità e utilità non possono giustificarsi da sé.

Certo è che, inquadrata nel Diritto penale, la sicurezza giuridica può esibire un volto liberale, quello che comprime il potere dei giudici nella rete del principio di legalità, il *nullum crimen nulla poena sine lege* di Feuerbach. Tuttavia, non può essere adatta a contenere l'autore delle

---

<sup>19</sup> Come nella vecchia frase di Carrara, al quale non sfuggì l'effetto che commentiamo, ma che tuttavia non lo esaltò come gli ardenti seguaci del funzionalismo moderno: «La *forza morale oggettiva* della pena è rappresentata dal *risultato morale* che il supplizio eccita nell'animo dei cittadini, tranquillizzando i buoni e trattenendo i malvagi».

disposizioni punitive, il legislatore. A parte questo, l'esperienza storica è prodiga di esempi di utilizzazioni di rei potenziali o reali per acquietare animi inquieti o promuovere il conformismo rispetto alla situazione esistente, esasperando le sanzioni in una spirale che culmina nel terrorismo punitivo, la sicurezza della tomba<sup>20</sup>.

Abbiamo appena fatto cenno al problema di giustificazione che complica il pensiero della utilità o convenienza sociale, l'adeguatezza al fine (*Zweckmässigkeit*) di cui discusse brillantemente Radbruch. Si comprenderà che in qualunque delle sue accezioni il concetto riflette, non una vera idea di Diritto, ma un semplice fine, la pretesa soggettiva che il Diritto e le sue istituzioni, tra cui la pena, realizzino un servizio utile per la collettività, così come lo intende chi se lo propone in un determinato momento storico. Il suo lemma: Salvare la società! è molto distante dal costituire un'esigenza valida in sé, perché ancora non determina ciò che lo giustifica e, soprattutto, come deve essere realizzato. Radbruch osserva a ragione che finalità o adeguatezza al fine, in una parola, l'utilità, necessitano di una definizione più precisa, e che «possono trovare il loro fondamento ultimo solamente laddove, in definitiva, ogni posizione di fini deve cercare la sua legittimazione, ovvero nei valori assoluti».

Tuttavia, convertire un fine preciso, l'utilità della pena, in una idea di fine, quello che la pena deve essere, dipende dal sistema assiologico che viene in considerazione. Sappiamo che questi sistemi possono essere assoluti o relativi. Conosciamo anche la loro traduzione giuridico-filosofica, rispettivamente sovraindividualista e transpersonalista o individualista, con le ideologie politiche che vi corrispondono, autoritaria nel primo caso, liberale nel secondo<sup>21</sup>. Ora, l'utilità è stata perseguita a titolo di fine della pena e presentata come il suo senso con riferimento a determinate concezioni filosofico-politiche, sia dal liberalismo di sinistra sia dall'autoritarismo punitivo. L'uno e l'altro hanno in comune la

---

<sup>20</sup> La prevenzione generale deve condurre a un incessante aggravamento della pena, per giungere alla fine alla pena di morte per tutti i reati, uccidendo a cannonate le zanzare; insomma, a un codice draconiano. Sulla questione, Rivacoba, Bettiol e, molto prima di loro, Dorado Montero e Carrara formularono obiezioni ancora perfettamente attuali.

<sup>21</sup> Si ricordi, *supra*, Cap. I, par. 4.

prevenzione speciale, positiva o negativa nel caso del liberalismo, decisamente negativa per l'autoritarismo. Questa coppia di dottrine, nonostante la loro evidente differenza, volle frammentare l'uomo in tipi umani concreti, sebbene senza giungere mai ad una autentica individualizzazione, perché questa corrisponde a un'altra idea del Diritto e, peraltro, avrebbe rovinato i piani che erano in attesa sotto il padiglione inalberato della utilità sociale. Di fatto, il passo che ha condotto naturalmente dalla politica criminale della Scuola Positiva, passando per la Scuola Moderna tedesca, fino alla brutale realtà punitiva del nazional-socialismo e al non meno crudo Diritto penale 'sociale' del comunismo sovietico, si è dato nel segno della prevenzione speciale attraverso il miglioramento o la neutralizzazione del delinquente. Che la correzione sia irrealizzabile e invece l'eliminazione possa essere intrapresa efficacemente con molteplici mezzi, ma anche la grossolana utilizzazione del condannato a seguito di disegni che costui non ha nemmeno immaginato<sup>22</sup>, sono premesse che perdono importanza di fronte alla principale obiezione che suscita il principio di utilità quando si presenta sul terreno delle pene. Il fatto è che, se coerentemente applicata, la prevenzione speciale rende inutile qualsiasi codice penale. Poiché nessuna delle infinite possibilità di aggressione che si possono temere da parte del delinquente pericoloso è identica alle altre, il sistema penale e lo stesso giudice diventano innessari, e perfino pregiudizievole. La prevenzione speciale dei reati si coniuga meglio con l'attività della polizia, la liquidazione amministrativa del problema giuridico della criminalità<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Le dottrine della prevenzione speciale, i cui migliori esponenti propugnavano «non un Diritto penale migliore, ma qualcosa di meglio del Diritto penale, ovvero un trattamento razionale del delinquente nel senso della sua educazione e della difesa sociale» (Radbruch), sono, tuttavia «le più illiberali e antigarantistiche che siano mai state concepite storicamente, e giustificano modelli di Diritto penale massimo e tendenzialmente illimitato» (Ferrajoli).

<sup>23</sup> «La caratteristica del potere punitivo, nell'ambito di questa corrente, è la sua riduzione a coazione diretta amministrativa: *non c'è differenza tra questa e la pena, poiché entrambe mirano a neutralizzare un pericolo attuale*». Crediamo che il commento di Zaffaroni, pensato per la prevenzione speciale negativa, sia estensibile anche alla variante positiva.

### 3. Umanità, retribuzione e riparazione

Il risultato raggiunto fino a questo momento non è certo propizio per lasciare nell'animo un'impressione soddisfacente. Giustizia, sicurezza giuridica e utilità possono forse configurarsi con finalità retributive, generalpreventive e specialpreventive, ma, in cambio, questa triade di significati della pena ha rivelato la sua inettitudine a edificare un sistema penale che mantenga una stretta correlazione con i reati. Per di più, diversi di questi significati non sono altro che meri fini penali e, in ogni caso, presentano l'evidente difetto di ridurre la condizione del reo, da soggetto passivo a mero oggetto dello *ius puniendi*. Tutt'altro che ridente, il panorama che si dispiega alla nostra vista è sconfortante.

Resta da chiamare in causa un'altra idea del Diritto. Che la discussione giusfilosofica del nostro tempo la mantenga in sordina non toglie nulla alla sua radicale importanza, celebrata dai massimi esponenti dell'Illuminismo e dai suoi epigoni penalisti nella Repubblica di Weimar, e oggi presente in molte Costituzioni e nel Diritto internazionale che si occupa dei diritti fondamentali. È l'idea di umanità, della quale è opportuno tracciare il concetto.

L'umanità consiste nel rompere mentalmente tutti i vincoli degli uomini a società storicamente date, per non ammettere altro che l'appartenenza alla società umana o, come pure si suole dire, non attribuire alcun valore ai condizionamenti nei quali consiste l'esistenza di ogni essere sociale, e riconoscere il massimo valore alla dignità della persona in quanto tale. L'umanità proclama ed esige l'uomo in sé (Mayer).

Se la dignità, in quanto valore assoluto, designa la costituzione dell'uomo come un essere che vuole liberamente e un fine in se stesso, sembra che l'unico fine della pena che potrebbe esserle congruente sia la retribuzione del reato. Nella disapprovazione pubblica, riflessa e concretizzata nella pena, delle condotte di più grave impatto sociale, si rispetta l'autore di tali condotte come un fine in sé, non lo si tratta come un mezzo per fini che lo superano o lo trascendono. In questo aspetto, la vecchia obiezione di Kant, che la pena non deve servire semplicemente per la promozione di beni, siano essi del delinquente o della società civile, «perché l'uomo non può mai essere utilizzato come un

mezzo per il raggiungimento di propositi altrui né confuso tra gli oggetti del Diritto sulle cose», conserva piena validità. Nessuna teoria preventiva ha potuto e potrà superare con successo questa critica, che Cattaneo considera un contributo essenziale e irrinunciabile del filosofo tedesco al problema penale.

Non solo questo. Nel suo volto positivo, la retribuzione comporta notevoli vantaggi ai fini della costruzione della teoria del reato. Beling e, sulla sua scia, Bettiol dedussero dall'idea retributiva il triplice corollario del fatto che il reato richiede una condotta anti-giuridica e colpevole, poiché si può retribuire solo ciò che il soggetto fa e come lo ha fatto e non ciò che il soggetto è, che la relativa disapprovazione presuppone la contraddizione della condotta rispetto al Diritto, e, da ultimo, che il giudizio di disvalore non avrebbe senso se la condotta, nonostante la sua anti-giuridicità, non fosse anche colpevole. Possiamo anche essere disposti ad ammettere che solo la retribuzione rende possibile una certa proporzione tra reato e pena, anche se non con la relazione rigida che ravvisò Beling, come anche che la pena retributiva consente una riaffermazione simbolica degli oggetti a cui le norme giuridiche attribuiscono valore e che il delinquente ha invece calpestato.

Tuttavia, è ancora conficcato nel costato dell'idea di umanità il dubbio se sia lecito aspirare alla disapprovazione dei reati e al ristabilimento ideale delle norme infrante, facendo al delinquente l'onore hegeliano di subire una pena la cui unica coordinata è l'atto da lui realizzato o, con minore deferenza, rinfacciandogli che il suo dolore «serve per la salvaguardia *cognitiva* della vigenza della norma» (Jakobs). Questo gesto aristocratico tradisce l'aspetto disumano e contro-culturale del pensiero retributivo. In effetti, non può essere compatibile con i giudizi di valore della comunità il prurito di garantirli a colpi di bastone, così come neppure si può filosofare a martellate e, in un altro senso, la conciliazione tra umanità e retribuzione secondo l'umanissima consegna di «retribuire quanto sia necessario e far soffrire solo il minimo indispensabile» (Rivacoba), non tiene in conto che, anche così, la pena retributiva continua a dire all'uomo che la subisce che la sua sofferenza, nella quale si è considerato quello che ha fatto, ma non le sue conseguenze, è un totale nonsenso.

Ci troviamo dunque in un vicolo senza uscita. L'idea dell'umanità, incompatibile con la prevenzione penale, meglio armonizzabile con la retribuzione, sembra reclamare qualcosa di meglio della pena retributiva, ma senza rinunciare – in un pericolosissimo 'commiato da Kant e Hegel' – all'unico aspetto in cui questa è ampiamente preferibile rispetto a tutte le altre finalità della pena.

Qui il penalista non ha altro rimedio che rivolgersi al filosofo. E sarebbe bene che qualche volta si rivolgesse ai rappresentanti del romanticismo in filosofia, tanto denigrati dal pensiero giuridico. Un enigmatico aforisma di Friedrich Schlegel, la cui stampa giganteggia nel panorama intellettuale degli ultimi anni del secolo di lumi, recita così: «È proprio della umanità il dovere di elevarsi al di sopra dell'umanità». In realtà, la pena retributiva è umana, ma troppo umana, tipica di una umanità ripiegata su se stessa, egoista e infertile. Va da sé che il superamento dell'umanità non può consistere in un «sarete tutti come dei», esattamente perché non lo siamo. Tuttavia, quando l'uomo acquisisce la conoscenza della connessione che esiste fra tutte le cose, comprese quelle che sembrano più lontane le une dalle altre, intuirà anche che l'unico senso costitutivamente umano della pena, fino a che sarà necessaria per le società umane, coincide con la riparazione del danno prodotto dal reato.

«La pena potrebbe perdere un po' di illegittimità come sanzione riparatrice se la si riducesse a una coazione che obbligasse alla riparazione» (Zaffaroni). Vale la pena soffermarsi su questa idea, al fine di non incorrere in gravi confusioni, che possono annientare in partenza le virtualità positive della riparazione nel Diritto penale. I suoi timidi esperimenti attuali, come alternativa a pene e misure, causa di attenuazione della responsabilità penale, riconoscimento del ruolo processuale delle vittime, ecc., tendono a rendere equivoco il concetto. La riparazione non persegue l'obiettivo di compensare un danno alla vigenza delle norme, compito per il quale sono allo stesso modo inadeguati il Diritto civile e il Diritto penale. Il suo obiettivo non è nemmeno quello di indennizzare pregiudizi, che invece appartiene al Diritto privato. Non ha niente a che vedere con alcun disegno preventivo, poiché risponde a un'idea assoluta come la retribuzione, ciò da cui consegue, tra l'altro, che non c'è motivo di sperare in un atteggiamento di rimorso del con-

dannato (la riparazione non è espiazione), o che questi si riconcilia con la vittima o di esigere che abbia mantenuto una condotta ineccepibile fino al fatto commesso. Neppure elucubrazioni di prevenzione generale dovrebbero impedire che la riparazione abbia sempre la prima parola. Essa è praticabile di fronte a qualunque infrazione, «anche per i reati che non hanno avuto come conseguenza un danno concreto o una vittima diretta»<sup>24</sup>, e al riguardo è opportuno ricordare che i sistemi medievali di composizione, di carattere indiscutibilmente penale, si estendevano praticamente a tutti i malefici, cominciando dall'omicidio<sup>25</sup>. Da ultimo, la pena riparatrice è pena, e pertanto una perdita o limitazione di beni giuridici che si impone contro la volontà del condannato. Non implica certamente l'eutanasia del Diritto penale, né la dissoluzione della pena come sanzione pubblica di estrema gravità.

Questo senso della pena offre ai sistemi penali una miriade di possibilità, nessuna delle quali avrebbe la macchia di una offesa all'umanità, perché in questa idea devono trovare giustificazione tutte le pene riparative, nello stesso modo in cui nel danno tipico di ogni reato esse trovano la loro natura e misura. Il compito affidato al Diritto penale del futuro, ricostruirsi da capo secondo questa idea e quel senso, è davvero considerevole, ma anche stimolante e rappresenta un sollievo per la cattiva coscienza del penalista. È un paradosso crudele che, esercitando un'arte dai frutti notoriamente abietti, continuiamo ancora ad avere la convinzione che non esista un altro modo di coltivarla che non sia quello di limarne o nasconderne la spregevolezza. Torna spontanea alla mente la figura letteraria alla quale la metà buona del *Visconte dimezzato*, nell'indimenticabile romanzo di Italo Calvino, ordinava di costruire macchine «nate dalla bontà, non dalla sete di sevizie». Bene, al carpentiere sembrava impossibile «far funzionare in maniera pratica e precisa congegni diversi dal patibolo e dal tormento», gli stessi la cui manifattura pretendeva il sanguinario Gramo, l'altra metà del visconte.

---

<sup>24</sup> Crediamo che il ragionevole punto di vista di Pablo Galain Palermo, nella sua difesa della riparazione come istituto di natura penale, debba essere apprezzato con la riserva che, senza danno, non può esserci neppure alcun reato.

<sup>25</sup> Ma esclusi i reati di tradimento del re e, in seguito, certi reati in materia di religione, i primi in ossequio all'assolutismo politico, gli altri in considerazione del potere temporale della Chiesa.



Tocca all'umanità impegnarsi oggi e domani affinché le immagini paradossali appaiano sotto una nuova luce, nella piccola e finora fosca arena del Diritto penale.



## BIBLIOGRAFIA

- ACHTER VIKTOR, *Geburt der Strafe*. Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1951;
- ALEXANDER FRANZ e STAUB HUGO, *Il delinquente, il giudice e il pubblico*. Un'analisi psicologica. Prefazione di Pietro Veltri e traduzione di Pietro Veltri e Laura de Bernardi. Giuffrè, Milano, 1978;
- ALEXY ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*. Traduzione e Studio introduttivo di Carlos Bernal Pulido. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008;
- AMBOS KAI, *¿Castigo sin soberano? «Ius puniendi» y función del Derecho penal internacional*. Traduzione di Ezequiel Malarino e Carolina Aguilera Marinovic. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013;
- VON AMIRA KARL, *Thierstrafen und Thierprozesse*. Sonderdruck, Innsbruck, 1891;
- ARISTOTELE, *Organon*. 5 vols. Traduction nouvelle et notes par J. Tricot. Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, t. IV (*Les seconds analytiques*), 1966;
- VON ASTER ERNST, *Introducción a la Filosofía contemporánea*. Versione dal tedesco e appendice bibliografica di Felipe González Vicen. Edizioni Guadarrama, Madrid, 1961;
- BARATTA ALESSANDRO, *Enfoque crítico del sistema penal y la Criminología en Europa*, in ID., *Criminología y sistema penal*. (Compilación in memoriam). Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2004; ID., *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933. Giuffrè, Milano, 1966; ID., *Über Jherings Bedeutung für die Strafrechtswissenschaft*, in *Jherings Erbe*. Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering, edito da Franz Wieacker y Christian Wollschläger. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1970, pagg. 17-26;
- BARRETO TOBIÁS, *Introducción al estudio del Derecho penal*. Traduzione e Studio preliminare di Pablo D. Vega, Hammurabi, Buenos Aires, 2009;

- BAUER ANTON, *Die Warnungstheorie nebst einer Darstellung und Beurtheilung aller Strafrechts-theorien*. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1830;
- BAUMANN JÜRGEN, WEBER ULRICH e MITSCH WOLFGANG, *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 10ª ed., Giesecking, Bielefeld, 1985;
- BECCARIA CESARE, *Dei delitti e delle pene*. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento. A cura di Franco Venturi. Einaudi, Torino, 3ª. ed., 1973;
- VON BELING ERNST, *Derecho procesal penal*. Traduzione e Note di Miguel Fenech. Editorial Labor, Barcelona, 1943; ID., *Die Lehre vom Verbrechen*. Mohr, Tübingen, 1906; ID., *Esquema de Derecho penal y La doctrina del delito-tipo*. Traduzione di Sebastián Soler. Depalma, Buenos Aires, 1944; ID., *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*. Dr. Benno Filser Verlag, Augsburg, 1923;
- BENTHAM JEREMY, *Los principios de la moral y la legislación*. Traduzione di Margarita Costa. Editorial Claridad, Buenos Aires, 2008;
- BERENINI AGOSTINO, *Offese e difese*. Battei, Parma, 1886;
- BERNER ALBERT FRIEDRICH, *Trattato di Diritto penale*. Tradotto e annotato dall'avv. Eduardo Bertola, con Prefazione di Luigi Lucchini. Vallardi, Milano, 1887;
- BETTIOL GIUSEPPE, *El problema penal*. Traduzione di José Luis Guzmán Dalbora e Prologo di Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Hammurabi, Buenos Aires, 1995; ID., *Giurisprudenza degli interessi e Diritto penale*, in ID., *Scritti Giuridici*, 2 vol., Cedam, Padova, 1966, t. I, pagg. 330-342;
- BETTIOL GIUSEPPE e PETTOELLO MANTOVANI LUCIANO, *Diritto penale*. Parte generale. Dodicesima edizione riveduta e integrata. Cedam, Padova, 1986;
- BINDING KARL, *Handbuch des Strafrechts*. T. I (unico pubblicato), Scientia Verlag, Aalen, 1991 (ristampa dell'edizione di Lipsia, 1885); ID., *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*. Besonderer Teil. 2 vols. Keip Verlag, Goldbach, 1997 (ristampa dell'edizione di Leipzig, 1902-1905);
- BIRNBAUM JOHANN MICHAEL FRANZ, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Traduzione e Studio preliminare di José Luis Guzmán Dalbora. Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2010;
- BOBBIO NORBERTO, *El tercero ausente*. Traduzione di Pepa Linares. Ediciones Cátedra, Madrid, 1997; ID., *La naturaleza de las cosas*, in *Contribución a la teoría del Derecho*. Edizione a cura di Alfonso Ruiz Miguel. Editorial Debate, Madrid, 1990, pagg. 141-152; ID., *Naturaleza y función de la Filo-*

- sofia del Derecho*, in ID., *Contribución a la Teoría del Derecho*. Edizione di Alfonso Ruiz Miguel. Editorial Debate, Madrid, 1990, pagg. 91-101;
- BOCKELMANN PAUL, *Strafe*, in *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*. Gustav Fischer-Stuttgart, J.C.B. Mohr-Tübingen, Vandenhoeck & Ruprecht-Göttingen, t. 10, 1959, págs. 211-213;
- BRUSA EMILIO, *Prolegómenos de Derecho penal*. Con un Apéndice sobre el Derecho penal español (Historia y fuentes). Reus, Madrid, 1897;
- CANARIS CLAUS WILHELM, *El sistema en la Jurisprudencia*. Traduzione di Juan Antonio García Amado. Fundación cultural del Notariado, Madrid, 1998;
- CARMIGNANI GIOVANNI, *Elementos de Derecho criminal*. Traduzione di Antonio Forero Otero, con revisione tecnica e traduzione delle note di Jorge Guerrero. Temis, Bogotá, 1979;
- CARRARA FRANCESCO, *Programma del corso di diritto criminale*. Del delitto, della pena. Il Mulino, Bologna, 1993;
- CARRIÓ GENARO, Nota preliminar a su traducción de Wesley Newcomb Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*. Fontanamara, México, 1991;
- CASTÁN TOBEÑAS JOSÉ, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*. (Metodología y técnica operatoria en Derecho privado positivo). Prologo di José Juan Pintó Ruiz, Reus, Madrid, 2005;
- CATTANEO MARIO A., *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*. Giuffrè, Milano, 1976; ID., *Pena, diritto e dignità umana*. Saggio sulla filosofia del diritto penale. Giappichelli, Torino, 1998; ID., *Separazione dei poteri e certezza del diritto nella rivoluzione francese*, in Mario A. Cattaneo (a cura di), *Diritto e stato nella filosofia della rivoluzione francese*. Atti del Colloquio internazionale (Milano, 1-3 ottobre 1990). Giuffrè, Milano, 1992, pagg. 7-56;
- CEREZO MIR JOSÉ, *Derecho penal*. Parte general. Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2008; ID., *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, en sus *Problemas fundamentales del Derecho penal*. Tecnos, Madrid, 1982, págs. 38-59;
- COING HELMUT, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Traduzione di Juan Manuel Mauri. Ediciones Ariel, Barcelona, 1961;
- CORN EMANUELE, *Il principio di precauzione nel Diritto penale*. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale. Giappichelli, Torino, 2013;
- COSTA JOAQUÍN, *La ignorancia del Derecho*. Studio preliminar di Guillermo Cabanellas. Editorial Partenón, Buenos Aires, 1945;

BIBLIOGRAFIA

- CHRISTIE NILS, *Los límites del dolor*. Traduzione di Mariluz Caso. Fondo de Cultura Económica, México, 1988;
- D'AQUINO TOMMASO, *Suma teológica*. 20 vols. Nuova versione del testo latino con note, chiarimenti e commenti di Ismael Quiles. Club de Lectores, Buenos Aires, t. XI (*La prudencia, la justicia y el Derecho*), 1948;
- DE CASTRO ALFONSO, *De potestate legis penalis*. Analecta, Pamplona, 2004 (Reimpresión facsimilar de la edición de Andreas de Portinariis, Salamanca, 1550);
- DE CASTRO Y BRAVO FEDERICO, *Derecho civil de España*. Parte general, I. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 3ª ed., 1955;
- DE HINOJOSA Y NAVEROS EDUARDO, *El elemento germánico en el Derecho español*. Introducción de Francisco Tomás y Valiente. Marcial Pons, Madrid, 1993;
- DE QUIRÓS CONSTANCIO BERNALDO, *Los procesos contra las bestias*, in *Alrededor del delito y de la pena*, Madrid, 1904;
- DE RIVACOBA Y RIVACOBA MANUEL, *Aproximación a Utopía*. Academia Chilena de Ciencias Sociales del Instituto de Chile, Santiago del Cile, 1985; ID., *División y fuentes del Derecho positivo*. Edeval, Valparaíso, 1968; ID., *Elementos de Criminología*. Edeval, Valparaíso, 1982; ID., *Función y aplicación de la pena*. Depalma, Buenos Aires, 1993; ID., *Influencia historicista en Pellegrino Rossi*, en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, número 8, mayo-agosto de 1979, pagg. 128-139; ID., *Introducción al estudio de los principios cardinales del Derecho penal*, in *Revista de Derecho penal y Criminología*, Madrid, 2ª época, número 4, julio de 1999, cfr. págs. 735-741; ID., *Krausismo y Derecho*. Castellví, Santa Fe [Argentina], 1963; ID., *La racionalidad del ordenamiento como presupuesto de la Dogmática jurídica en materia penal*, in ID., *Nueva crónica del crimen*. Edeval, Valparaíso, 1981, pagg. 187-211; ID., *Orden político y orden penal*, in *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 22., número 2 (monográfico: «Derecho penal y Criminología»), mayo-agosto de 1995, pp. 201-212; ID., *Origen y desarrollo del Derecho*, in *Problemas actuales de las ciencias penales y la Filosofía del Derecho*. Estudios en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa. Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, pagg. 543-559;
- DEL VECCHIO GIORGIO, *Filosofía del Derecho*. Nona edizione spagnola corretta e ampliata. Rivista da Luis Legaz y Lacambra. Bosch, Barcelona, 1974; ID., *Il concetto del Diritto*. Zanichelli, Bologna, 1912; ID., *La Declaración*

- de los derechos del hombre y del ciudadano en la Revolución francesa*, in ID., *Persona, Estado y Derecho*. Prologo di Manuel Fraga Iribarne. Instituto de Estudios Políticos (Colección «Civitas»), Madrid, 1957, pagg. 45-186; ID., *Sobre el fundamento de la justicia penal*, appendice di *La justicia*. Traduzione di Francisco P. Laplaza. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1952;
- DELITALA GIACOMO, *El «hecho» en la teoría general del delito*. Traduzione e Studio preliminare di Pietro Sferrazza Taibi, con revisione e Prologo di José Luis Guzmán Dalbora. Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2009;
- DÍEZ RIPOLLÉS JOSÉ LUIS, *La categoría de la antijuridicidad en el Derecho penal*. Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2011;
- DILTHEY WILHELM, *La esencia de la Filosofía*. Studio preliminare di Eugenio Pucciarelli. Traduzione di Elsa Tabernig. Editorial Losada, Buenos Aires, 1944; ID., *Introducción a las ciencias del espíritu*. Ensayo de una fundamentación del estudio de la sociedad y de la historia. Versione spagnola di Julián Marías e Prologo di José Ortega y Gasset. Alianza Editorial, Madrid, 1980;
- DORADO MONTERO PEDRO, *Concepciones penales y sociales de Tolstoy, según su novela «Resurrección»*, in ID., *El Derecho protector de los criminales*. 2 voll. Analecta, Pamplona, 1999, t. II, pagg. 579-609; ID., *Valor social de leyes y autoridades*. Analecta, Pamplona, 2003;
- DURKHEIM EMILE, *Las reglas del método sociológico*. Traduzione di Ernestina de Champourcín. Fondo de Cultura Económica, México, 1986;
- FERNÁNDEZ GONZALO D., *Dogmática penal y teoría del delito*. Una Introducción. La Ley, Montevideo, 2013;
- FERRAJOLI LUIGI, *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale. Laterza, Bari, 1989; ID., *Principia iuris*. Teoría del Derecho y de la democracia. 3 vols. T. 1 (*Teoría del Derecho*). Traduzione di Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís e Alfonso Ruiz Miguel. Editorial Trotta, Madrid, 2011;
- FERRI ENRICO, *Sociología criminal*. 2 vols. Prologo di Primitivo González del Alba. Versione spagnola di Antonio Soto y Hernández. Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1907;
- VON FEUERBACH PAUL JOHANN ANSELM RITTER, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*. Traduzione di Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989;

BIBLIOGRAFIA

- FIANDACA GIOVANNI e MUSCO ENZO, *Diritto penale*. Parte generale. Zanichelli, Bologna, 5<sup>a</sup> ed., 2007;
- FICHTE JOHANN GOTTLIEB, *Fundamentos del Derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*. Traduzione di José L. Villacañas Berlanga, Manuel Ramos Valera e Faustino Oncina Covés. Studio introduttivo di José L. Villacañas Verlanga. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994;
- FILANGIERI GAETANO, *Ciencia de la legislación*. Traduzione di Juan Ribera. 10 vols. 2<sup>a</sup> edizione, Burdeos, t. IV, 1825;
- FREUDENTHAL BERTHOLD, *La posición jurídico-pública del preso*. Traduzione di José Luis Guzmán Dalbora, in *Revista de Derecho penal*, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 2<sup>a</sup> época, número 14, junio de 2004, pp. 467-474;
- GARCÍA MÁYNEZ EDUARDO, *Filosofía del Derecho*. Editorial Porrúa, México, 6<sup>a</sup> ed., 1989; ID., *Introducción a la Lógica jurídica*. Colofón, México, 2<sup>a</sup> ed., 1989; ID., *Introducción al estudio del Derecho*. 48<sup>a</sup> ed., con Prologo di Virgilio Domínguez. Editorial Porrúa, México, 1996;
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA ANTONIO, *Introducción al Derecho penal*. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 3<sup>a</sup> ed., 2005; ID., *Tratado de Criminología*. 4<sup>a</sup> ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008;
- GAROFALO RAFFAELE, *La Criminología*. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad. Versione spagnola di Pedro Borrajo. Daniel Jorro, Editor, Madrid, 1912;
- GIMBERNAT ORDEIG ENRIQUE, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*. Tecnos, Madrid, 1999;
- GOLDSCHMIDT JAMES, *Concepto y cometido del Derecho penal administrativo, El Derecho penal administrativo en relación con la moderna teoría del Derecho y del Estado y ¿Qué es el «Derecho penal administrativo»?* , nella Raccolta di scritti dell'Autore: *Derecho, Derecho penal y proceso*. Problemas fundamentales del Derecho. Edizione di Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons, Madrid, 2010;
- GRISPIGNI FILIPPO, *Diritto penale italiano*. 2 vols. Giuffrè, Milano, 2<sup>a</sup> ed., 1952;
- GROCIO HUGO, *Del derecho de la guerra y de la paz*. 4 vols. Versione diretta dall'originale latino di Jaime Torrubiano Ripoll. Reus, Madrid, 1925, t. III;
- GRÜNHUT MAX, *Formación de conceptos y aplicación del Derecho en el Derecho penal*. Traduzione di José Luis Guzmán Dalbora, nell'*Anuario de Fi-*



- losofía Jurídica y Social*, pubblicazione della Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Edeval, Valparaíso, número 22, 2004, pagg. 307-329;
- GÜNTHER HANS LUDWIG, *Strafrechswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*. C. Heymans Verlag, Köln, 1983;
- GUZMÁN DALBORA JOSÉ LUIS, *Filosofía y política de la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, in *Revista de Ciencias Penales*, Instituto de Ciencias Penales di Santiago del Cile, Legalpublishing, Santiago del Cile, 6ª Época, vol. XVI, número 1, 2004;
- HART H.L.A., *El concepto de Derecho*. Traducción de Genaro Carrió. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2ª ed., 1990;
- HARTMANN NICOLAI, *Ética*, Presentazione e traduzione di Javier Palacios, Edicioni Encuentro, Madrid, 2011;
- HECK PHILIPP, *El problema de la creación del Derecho*. Versión castigliana di Manuel Atienza. Prologo di José Puig Brutau. Comares, Granada, 1999;
- HEGEL GEORG WILHELM FRIEDRICH, *Filosofía del Derecho*. Introducción di Karl Marx. Traducción di Angélica Mendoza de Montero, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1955; ID., *Estética*. 2 vols. Prologo e Note di Charles Bénard. Traducción de Hermenegildo Giner de los Ríos. Editorial Losada, Buenos Aires, 2008;
- HESSEN JOHANNES, *Tratado de Filosofía*. 3 vol. Traducción di Juan Adolfo Vásquez. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, t. I, 1957 (*Teoría de la ciencia*);
- VON HIPPEL ROBERT, *Deutsches Strafrecht*. 2 vols. Scientia Verlag (ristampa dell'edizione di Berlino, 1930), Aalen, 1971, t. II (*Das Verbrechen. Allgemeine Lehren*);
- HOBBS THOMAS, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*. Traducción e Prefazione di Manuel Sánchez Sarto. Fondo de Cultura Económica, México, 2ª ed., 1992;
- HULSMAN LOUK e DE CELIS JACQUELINE BERNAT, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. Prologo di Juan Bustos Ramírez. Epilogo e Traducción di Sergio Politoff. Editorial Ariel, Barcelona, 1984;
- HUME DAVID, *Investigación sobre el entendimiento humano*. Studio preliminar di Francisco Romero e Traducción di Juan Adolfo Vásquez. Editorial Losada, Buenos Aires, 2ª ed., 1945;
- JAKOBS GÜNTHER, *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción di Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Pons, Madrid, 1995; ID., *El Derecho penal como dis-*

- ciplina científica*. Traduzione di Alex van Weezel. Cívitas, Madrid, 2008; ID., *Sobre la normativización de la Dogmática jurídico-penal*. Traduzione di Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Cívitas, Madrid, 2003; ID., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traduzione di Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez, in ID., *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*. Presentazione di Dino Carlos Caro Coria. Palestra Editores, Lima, 2000, pagg. 19-57;
- JESCHECK HANS-HEINRICH e WEIGEND THOMAS, *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. Duncker & Humblot, Berlin, 5ª ed., 1996;
- VON JHERING RUDOLF, *El fin en el Derecho*. Traduzione di Diego Abad de Santillán. Studio preliminare: «El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho» di José Luis Monereo Pérez. Editorial Comares, Granada, 2000; ID., *El elemento de la culpabilidad en el Derecho privado romano*. Traduzione e Studio preliminare di José Luis Guzmán Dalbora. Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2013;
- JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS, *Indagación sobre el fundamento del Derecho de penar*, in ID., *El Criminalista*. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, t. IV, 2ª ed., 1951, pagg. 41-63; ID., *Tratado de Derecho penal*. 7 voll. Losada, Buenos Aires, 2ª ed., 1958, t. I, 1952;
- JIMÉNEZ HUERTA MARIANO, *La antijuricidad*. Imprenta Universitaria, México, 1952;
- KANT IMMANUEL, *Ensaio para introducir a noção de grandezas negativas en filosofia*, Traduzione di Vinicius de Figueiredo e Jair Marboza, in ID., *Escritos pré-críticos*. Editora Unesp, São Paulo, 2005, pagg. 51-99; ID., *La metafísica de las costumbres*. Studio preliminare di Adela Cortina Orts. Traduzione e note di Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. Tecnos, Madrid, 1989; ID., *La paz perpetua*, traduzione di F. Rivera Pastor, in *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres. Crítica de la razón práctica. La Paz perpetua*. Studio introduttivo ed analisi delle opere di Francisco Larroyo. Editorial Porrúa, México, 4ª ed., 1980; ID., *Obras selectas. Crítica de la razón pura y Crítica de la razón práctica*. Traduzione di Manuel Fernández Núñez, E. Miñana y Villagraña, y Manuel García Morente. El Ateneo, Buenos Aires, 2ª ed., 1961;
- KANTOROWICZ HERMANN, *Baldus de Ubaldis and the subjective theory of guilt*, in *Rechtshistorische Schriften*, Helmut Coing y Gerhard Immel (editori). Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1970, pagg. 299-309;

- KAUFMANN ARMIN, *Teoría de las normas*. Fundamentos de la Dogmática penal moderna. Versione spagnola di Enrique Bacigalupo ed Ernesto Garzón Valdés. Depalma, Buenos Aires, 1977;
- KAUFMANN ARTHUR, *Filosofía del Derecho*. Traduzione di Luis Villar Borda e Ana María Montoya. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999; ID., *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung*. Dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs, in *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen*. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge. Carl Heymanns Verlag. Köln-Berlin-Bonn-München, 1983, pagg. 147-165;
- KROPOTKINE PEDRO, *Palabras de un rebelde*. F. Granada y C<sup>a</sup> Editores, Barcelona, s/f;
- LARENZ KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Traduzione e revisione di Marcelino Rodríguez Molinero. Editorial Ariel, Barcelona, 1994;
- LASK EMIL, *Filosofía jurídica*. Prologo di Enrique Martínez Paz e traduzione di Roberto Goldschmidt. Depalma, Buenos Aires, 1946;
- LEGAZ Y LACAMBRA LUIS, *Filosofía del Derecho*. Bosch, Barcelona, 4<sup>a</sup> ed., 1975;
- VON LEIBNIZ GOTTFRIED WILHELM, *Il nuovo metodo di apprendere ed insegnare la giurisprudenza*. Saggio introduttivo, traduzione e note di Carmelo Massimo de Iulii. Giuffrè, Milano, 2012;
- VON LISZT FRANZ, *Kriminalpolitische Aufgaben*, in ID., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. 2 vols. Guttentag, Berlin, 1905, t. I, págs. 290-466; ID., *La idea de fin en el Derecho penal*. Traduzione di Enrique Aimone Gibson, con Revisione tecnica e Prologo di Manuel di Rivacoba y Rivacoba. Edeval, Valparaíso, 1984; ID., *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche*. Ein kritischer Beitrag zur juristischen Methodenlehre, in ID., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. 2 vol. J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Berlino, 1905, t. I, pagg. 212-251; ID., *Tratado de Derecho penal*. 3 vol. Reus, Madrid, t. I, traduzione di Quintiliano Saldaña, 3<sup>a</sup> ed., s/f;
- LUHMANN NIKLAS, *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Traduzione e Introduzione di Darío Rodríguez Mansilla. Universidad Interamericana y Antropos, México y Barcelona, 2005;
- LUKÁCS GEORG, *El asalto a la razón*. La trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler. Traduzione di Wenceslao Roces. Ediciones Grijalbo, S.A., Barcelona-México, 3<sup>a</sup> ed., 1972;

BIBLIOGRAFIA

- MAGGIORE GIUSEPPE, *Derecho penal*. 5 vol. Traduzione di José J. Ortega Torres. Temis, Bogotá, 1954-1956, t. I;
- MANNHEIM HERMANN, *Trattato di Criminologia comparata*. A cura di Franco Ferracuti. Presentazione di Giuliano Vassalli. 2 vols. Einaudi, Torino, 1975;
- MANTOVANI FERRANDO, *Diritto penale*. Parte generale. Cedam, Padova, 4<sup>a</sup> ed., 2001;
- MATURANA ROMESÍN HUMBERTO e VARELA GARCÍA FRANCISCO, *De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo*. Editorial Universitaria, Santiago del Cile, 7<sup>a</sup> ed., 2013;
- MAURACH REINHART e ZIPF HEINZ, *Derecho penal*. Parte general. 2 vols. Traduzione di Jorge Bofill Genzsch ed Enrique Aimone Gibson. Editorial Astrea, Buenos Aires, t. I, 1994;
- MAYER MAX ERNST, *Derecho penal*. Parte general. Traduzione di Sergio Polittoff Lifschitz, revisione generale e Prologo di José Luis Guzmán Dalbora. Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2007; ID., *Filosofía del Derecho*. Traduzione di Luis Legaz Lacambra. Editorial Labor, Barcelona, 1937; ID., *Normas jurídicas y normas de cultura*. Traduzione e Prologo di José Luis Guzmán Dalbora. Hammurabi, Buenos Aires, 2000;
- MERKEL ADOLF, *Kriminalistische Abhandlungen*. 2 vol. Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1867, t. I (*Zur Lehre von den Grundeinteilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen*);
- MEZGER EDMUND, *Tratado de Derecho penal*. 2 vol. Traduzione di José Arturo Rodríguez Muñoz, rivista y aggiornata da Antonio Quintano Ripollés. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957;
- MILLAS JIMÉNEZ JORGE, *Filosofía del Derecho*. Studio preliminare, note ed edizione di Juan O. Cofré. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2012; ID., *Idea de la Filosofía*. 2 vols. Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1969;
- MIR PUIG SANTIAGO, *Introducción a las bases del Derecho penal*. Concepto y método. 2<sup>a</sup> ed. Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2002;
- MORO ALDO, *La subiettivazione della norma penale*. L. Macri, Bari-Città del Castello, 1942; ID., *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*. Raccolte e curate da Francesco Tritto. Presentazione di Giuliano Vassalli. Cacucci Editore, Bari, 2005;
- MUÑOZ CONDE FRANCISCO, *Introducción al Derecho penal*. Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2003;

BIBLIOGRAFIA

- NAGLER JOHANNES, *Die Strafe. Eine juristisch-empirische Untersuchung*. Scientia Verlag, Aalen, 1970 (ristampa dell'edizione di Leipzig, 1918);
- NATORP PAUL, *Kant y la Escuela de Marburgo*. Traduzione e note di J.V. Viqueira, nella selezione di opere curata da Francisco Larroyo, Editorial Porrúa, México, 1975, pagg. 67-97; ID., *Propedéutica filosófica*. Traduzione di Francisco Larroyo, in ID., pagg. 1-68;
- NÚÑEZ RICARDO, *Tratado de Derecho penal*. 6 vols. Lerner, Córdoba, t. I, 1976;
- ONECA JOSÉ ANTÓN, *Derecho penal*. 2ª ed., aggiornata e con note José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino. Akal, Madrid, 1986;
- OPOCHER ENRICO, *Lezioni di Filosofia del diritto*. Cedam, Padova, 2ª ed., 1993;
- PELÁEZ MICHELANGELO, *Introducción al estudio de la Criminología*. Traduzione e note di Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Depalma, Buenos Aires, 1966;
- PESSINA ENRICO, *Elementos de Derecho penal*. Traduzione di Hilarión González del Castillo. 4ª ed., con note di Eugenio Cuello Calón. Reus, Madrid, 1936;
- POLITOFF LIFSCHITZ SERGIO, *El papel del factor subjetivo en las causas de justificación*, in Luisi, Rivacoba y Rivacoba, Guzmán Dalbora y Politoff Lifschitz, *Política criminal y reforma penal*. Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1996, pagg. 67-107;
- PULITANÒ DOMENICO, *Diritto penale*. Giappichelli, Torino, 4ª ed., 2011;
- RADBRUCH GUSTAV, *Conceptos de clasificación y conceptos ordenadores en el pensamiento jurídico*. Traduzione di José Luis Guzmán Dalbora, nell' *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, cit., número 27, 2009, pagg. 391-404; ID., *Der innere Weg. Aufriss meines Lebens*. K.F. Verlag, Stuttgart, 1951; ID., *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*. Studio introduttivo di Gonzalo Fernández e José Luis Guzmán Dalbora. Traduzione di J.L. Guzmán Dalbora. Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2011; ID., *El relativismo en la Filosofía del Derecho*, in ID., *El hombre en el Derecho*. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho. Traduzione di Aníbal del Campo. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980; ID., *Filosofía del Derecho*. Traduzione di José Medina Echavarría. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 3ª ed., 1952; ID., *Franz v. Liszt. Anlage und Umwelt*, en *Elegantiae juris criminalis*. Vierzehn Studien zur Geschichte des Strafrechts. Verlag

BIBLIOGRAFIA

- für Recht und Gesellschaft, Basel, 2<sup>a</sup> ed., 1950, pagg. 208-232; ID., *Idea y materia del Derecho. Un esbozo*, en *Tres estudios de Filosofía del Derecho y una arenga para los jóvenes juristas*. Traduzione, introduzione e note di José Luis Guzmán Dalbora. Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2013, pagg. 33-45; ID., *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Traduzione di Wenceslao Roces. Fondo de Cultura Económica, México, 1985; ID., *Introduzione alla scienza del diritto*. Traduzione di Dino Pasini e Carlo A. Agnesotti. Giappichelli, Torino, 1961; ID., *La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento*. Versione spagnola, introduzione e note bibliografiche di Ernesto Garzón Valdés. Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Argentina), 1963; ID., *Sobre el sistema de la teoría del delito*. Traduzione di José Luis Guzmán Dalbora, in *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, de Granada, número 12, 2010, disponibile in internet <http://criminet.ugr.es/recpc/12/repc12-r1.pdf>;
- RECASÉNS SICHES LUIS, *Tratado general de Filosofía del Derecho*. Editorial Porrúa, México, 10<sup>a</sup> ed., 1991;
- RICKERT HEINRICH, *Ciencia cultural y ciencia natural*. Traduzione di Manuel García Morente. Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1943;
- ROBESPIERRE MAXIMILIEN, *Discurso sobre la transcendencia y la personalidad de las penas*. Traduzione, Prologo e Note di Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Edeval, Valparaíso, 2009;
- ROCCO ARTURO, *Apuntes históricos sobre la doctrina de los derechos subjetivos en materia penal y de las relaciones de Derecho penal*, in ID., *Cinco estudios sobre Derecho penal*, Traduzione di Bernardo Nespral, con supervisione di Antonio Bonanno e controllata da Corina Gouardères. Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2003, pagg. 79-128; ID., *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*. Contribución a las teorías generales del delito y de la pena. Traduzione, Prologo e Note di Gerónimo Seminara. B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2001; ID., *El problema y el método de la Ciencia del Derecho penal*. Versione di Rodrigo Naranjo Vallejo. Temis, Bogotá, 1982; ID., *Sobre el concepto del derecho subjetivo de punir*, in ID., *Cinco estudios sobre Derecho penal*, cit., pagg. 11-42;
- RODRÍGUEZ MOURULLO GONZALO, *Derecho penal*. Parte general. 1 voll. Editorial Cívitas, Madrid, 1977;
- ROMAGNOSI GIANDOMENICO, *Génesis del Derecho penal*. Traduzione di Carmelo González Cortina e Jorge Guerrero. Temis, Bogotá, 1956;

- ROSSI PELLEGRINO, *Trattato di Diritto penale*. Nuova traduzione italiana con note ed addizioni dell'avvocato Enrico Pessina. Società Editrice, Torino, s/d;
- ROUSSEAU JEAN JACQUES, *El contrato social*. Traduzione di Enrique Azcoaga. Sarpe, Madrid, 1983;
- ROXIN CLAUS, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*. A cura di Sergio Moccia. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996; ID., *Derecho penal*. Parte general. T. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traduzione e note di Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, e Javier de Vicente Remesal. Editorial Cívitas, Madrid, 1997; ID., *Política criminal e sistema del diritto penale*. A cura di Sergio Moccia. Guida editori, Napoli, 1986;
- RUIZ FUNES MARIANO, *Actualidad de la venganza*. (Tres ensayos de Criminología). Losada, Buenos Aires, 1944;
- SÁINZ CANTERO JOSÉ, *La Ciencia del Derecho penal y su evolución*. Bosch, Barcelona, 1970;
- VON SAVIGNY FRIEDRICH KARL, *Metodología jurídica*, Depalma, Buenos Aires, 1979;
- SCHELER MAX, *El puesto del hombre en el cosmos*. Traduzione di José Gaos e Prologo di Francisco Romero. Losada, Buenos Aires, 1989; ID., *Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*, traduzione di Hilario Rodríguez Sanz e Introduzione di Juan Miguel Palacios, terza edizione rivisitata, Caparrós Editores, Madrid, 2001;
- SHELLING FRIEDRICH, *Lecciones sobre el método de los estudios académicos*. Traduzione di Elsa Tabernig. Editorial Losada, Buenos Aires, 2008;
- SCHLEGEL FRIEDRICH, *O dialeto dos fragmentos*. Tradução, apresentação e notas de Márcio Suzuki. Editora Iluminuras, São Paulo, 1997;
- SCHMIDHÄUSER EBERHARD, *Vom Sinn der Strafe*. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2ª ed., 1971;
- SCHÜNEMANN BERND, *La relación entre ontologismo y normativismo en la Dogmática jurídico-penal*, traduzione di Marina Sacher, in *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, pagg. 642-663;
- SEMINARA SERGIO, *Die rechtstechnische Methode und die Entwicklung der italienischen Strafrechtswissenschaft in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts*, in Thomas Vormbaum (ed.), *Arturo Rocco und der Rechtstechnizismus im italienischen Strafrecht*. Lit Verlag, Berlin, 2013;

- SERRANO GÓMEZ ALFONSO, *Introducción a la ciencia del Derecho penal*. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1981;
- SERRANO MAÍLLO ALFONSO, *Ensayo sobre el Derecho penal como ciencia*. Acerca de su construcción. Dykinson, Madrid, 2000; ID., *Introducción a la Criminología*. Dykinson, Madrid, 2ª ed., 2004;
- SILVA SÁNCHEZ JESÚS MARÍA, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2ª ed., 2010; ID., *Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio «jurisdiccional» de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado*, in García Valdés, Cuerda Riezu, Martínez Escamilla, Alcácer Guirao e Valle Mariscal de Gante, *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. 2 voll. Edisofer, Madrid, 2008, t. I, pagg. 661-690;
- SIMMEL GEORG, *Problemas fundamentales de la Filosofía*. Traduzione di Susana Molinari y Eduardo Schulzen. Editora y Distribuidora del Plata, Buenos Aires, 1947;
- SOLER SEBASTIÁN, *Derecho penal argentino*. 5 vols. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, t. II, 5ª ed., 1988;
- SPRANGER EDUARD, *Formas de vida*. Psicología y ética de la personalidad. Traduzione di Ramón de la Serna, Revista de Occidente, Madrid, 5ª ed., 1961;
- SQUELLA NARDUCCI AGUSTÍN, *¿Qué es el Derecho?* Una descripción del fenómeno jurídico. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007;
- STAMMLER RUDOLF, *Tratado de Filosofía del Derecho*. Traduzione di W. Rocces. Editorial Reus, Madrid, 1930;
- STERNBERG THEODOR, *Introducción a la ciencia del Derecho*. Traduzione di José Rovira y Ermengol. Editorial Labor, Barcelona, 1930;
- TARELLO GIOVANNI, *Storia della cultura giuridica moderna*. I («Assolutismo e codificación del diritto»). Il Mulino, Bologna, 1976;
- TAVARES JUAREZ RUDOLF, *Teoria do injusto penal*. Del Rey, Belo Horizonte, 2ª ed., 2002;
- THON AUGUST, *Rechtsnorm und subjektives Recht*. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre. Scientia Verlag, Aalen, 1964 (ristampa dell'edizione di H. Böhlau, Weimar, 1878);
- TOLSTOY LEÓN, *La guerra ruso-japonesa*. Traduzione di Carmen de Burgos Seguí. F. Sempere y Compañía, Editores, Valencia y Madrid, s/d; ID., *No puedo callarme*, in ID., *Novelas y cuentos*. Océano, Barcelona, s/d; ID., *Re-*



- surrección*, Traduzione di Mariano Orta Manzano. Editorial Juventud, Barcelona, 2ª ed., 1984;
- VASSALLI GIULIANO, *La potestà punitiva*. Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1942; ID., *Potestà punitiva*, in *Enciclopedia del diritto*. Giuffrè, Milano, t. XXXIV, 1985, pagg. 793-812;
- WAHL JEAN, *Tratado de Metafísica*. Traduzione di Francisco González Aramburo. Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1960;
- WEBER MAX, *Economía y sociedad*. Esbozo de Sociología comprensiva. Edizione di Johannes Winckelmann e Nota preliminare di José Medina Echavarría. Traduzione di José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez e José Ferrater Mora. Fondo de Cultura Económica, México, 2005;
- WELZEL HANS, *Das Deutsche Strafrecht*. Eine systematische Darstellung, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 11ª ed., 1969; ID., *Derecho penal alemán*. Parte general. Traduzione di Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2ª ed., 1976, pág. 92; ID., *El nuevo sistema del Derecho penal*. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Versione castigliana e note di José Cerezo Mir. Ediciones Ariel, Barcelona, 1964; ID., *La dottrina iusnaturalistica di Samuel Pufendorf*. Un contributo alla storia delle idee dei secoli XVII y XVIII. A cura di Vanda Fiorillo. Giappichelli, Torino, 1993; ID., *La teoría de la acción finalista*. Depalma, Buenos Aires, 1951; ID., *Más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico*. Versione castigliana e note bibliografiche di Ernesto Garzón Valdés. Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Argentina), 2ª ed., 1970; ID., *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, in ID., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1975, pagg. 29-119;
- WIEACKER FRANZ, *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna*. Traduzione di Francisco Fernández Jardón. Aguilar, Madrid, 1957;
- WINDELBAND WILHELM, *Historia general de la Filosofía*. Con un estudio sobre la Filosofía del siglo XX por Heinz Heimsoeth. Traduzione di Francisco Larroyo. Editorial El Ateneo, Barcelona, 1970; ID., *Historia y ciencia de la naturaleza*, in ID., *Preludios filosóficos*. Figuras y problemas de la Filosofía y de su historia. Traduzione di Wenceslao Roces. Sergio Rueda Editor, Buenos Aires, 1949, págs. 311-328; ID., *Normas y leyes naturales*, in

#### BIBLIOGRAFIA

- ID., *Preludios filosóficos*, cit., pagg. 257-284; ID., *Sobre el concepto y la historia de la Filosofía*, in ID., *Preludios filosóficos*, cit., pagg. 1-37.
- WINDSCHEID BERNHARD, *Tratado de Derecho civil alemán*. (Derecho de Pandectas). Traduzione di Fernando Hinestrosa Forero. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1976;
- WOLF ERIK, *Las categorías de la tipicidad*. (Estudios previos sobre una doctrina general de la Parte especial del Derecho penal). Traduzione di María del Mar Carrasco Andriano. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005;
- WOLFGANG MARVIN E. e FERRACUTI FRANCO, *La subcultura de la violencia: hacia una teoría criminológica*. Traduzione di Antonio Garza y Garza. Fondo de Cultura Económica, México, 1971;
- ZAFFARONI EUGENIO RAÚL, con la collaborazione di Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, *Derecho penal*. Parte general. Ediar, Buenos Aires, 2ª ed., 2002; ID., *En busca de las penas perdidas*. Deslegitimación y Dogmática jurídico-penal. Academia Boliviana de Ciencias Jurídico Penales, La Paz, 2009; ID., *La Pachamama y el humano*. Prologo di Osvaldo Bayer. Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2011; ID., *Tratado de Derecho penal*. Parte general. 5 voll. Ediar, Buenos Aires, 1987-1988, t. I;
- ZIEGLER KONRAT, SONTHEIMER WALTER e GÄRTNER HANS (Hrsg.), *Der Kleine Pauly Lexikon der Antike in fünf Bänden*. Deutscher Taschenbuch Verlag, München, 1979, t. V, voce *Strafrecht*.
- ZIPF HEINZ, *Politica criminale*. Traduzione di Adriano Bazzoni. Giuffrè, Milano, 1989.
- ZITELMANN ERNST, *Lagunas del Derecho* (traduzione di C.G. Posada), in *La ciencia del Derecho*. Losada, Buenos Aires, 1949, pagg. 287-322.

**COLLANA**  
**‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’**

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO**

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)

2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)

3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)

4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)

5. *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice* - JOHN A.E. VERVAELE, with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori (Eds.) (2014)

6. *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino* - (a cura di) ANDREA PRADI, ANDREA ROSSATO (2014)

7. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2015)

8. *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI, FLAVIO GUELLA (2014)

9. *Reti di libertà. Wireless Community Networks: un'analisi interdisciplinare* - (a cura di) ROBERTO CASO, FEDERICA GIOVANELLA (2015)

10. *Studies on Argumentation and Legal Philosophy. Further Steps Towards a Pluralistic Approach* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2015)

11. *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)* - (a cura di) SERGIO BONINI, LUCIA BUSATTA, ILARIA MARCHI (2015)

12. JOSÉ LUIS GUZMÁN D'ALBORA, *Elementi di filosofia giuridico-penale* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ALESSANDRA MACILLO (2015)