

DIRETTORE RESPONSABILE

Alessandro Baratta  
Institut für Rechts- und Sozialphilosophie, Universität des Saarlandes  
66 Saarbrücken, R.F.T.

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Luciana Petroni  
Michael Silbernagl

Institut für Rechts- und Sozialphilosophie, Universität des Saarlandes, 66 Saarbrücken, tel. 0681/3023153, 3023583, 3023143, 3022173, Telex 4428851.

Gruppi di lavoro:

Dipartimento di sociologia, Università di Roma « La Sapienza », via Parigi 11, 00185 Roma, tel. 06/486606; Istituto giuridico A. Cicu, Università di Bologna, via Zamboni 27/29, 40126 Bologna, tel. 051/221718, 235464; Dipartimento di scienze storiche e sociali, Università di Bari, Piazza Battisti, 70100 Bari, tel. 080/317273.

Amministrazione: Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a. - 80121 Napoli, Via Chiatamone 7 - Telefono (081) 418346 426581

I manoscritti pervengono direttamente a tramite i membri del Comitato scientifico alla segreteria di Saarbrücken.

Registrata al n. 711 presso la Cancelleria del Tribunale Civile e Penale di Bari, il 22 aprile 1983

© 1986 Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.

La rivista esce tre volte l'anno. Per il 1987: *Enti* Abbonamento annuo L. 55.000; fascicolo singolo L. 20.000. *Privati* Abbonamento annuo L. 50.000; fascicolo singolo L. 17.000. Abbonamento annuo estero L. 65.000; fascicolo singolo estero L. 22.000. Le annate arretrate sono fornite al prezzo dell'annata in corso.

Condizioni speciali per studenti: Italia 31.000, estero 42.000, estero via aerea 57.000. Per abbonarsi, rivolgersi alle Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., 80121 Napoli, via Chiatamone 7, tel. 081/426581.

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri dell'annata, compresi quelli già pubblicati.

Il pagamento può effettuarsi direttamente all'Editore anche con versamento sul conto corrente postale 00325803, indicando a tergo del modulo, in modo leggibile, nome, cognome ed indirizzo dell'abbonato.

Gli abbonamenti che non saranno disdetti entro il 2 dicembre di ciascun anno si intenderanno tacitamente rinnovati per l'anno successivo.

Il rinnovo dell'abbonamento deve essere effettuato entro il 15 aprile di ogni anno: trascorso tale termine l'Amministrazione provvede direttamente all'incasso nella maniera più conveniente, addebitando le spese relative.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro 15 giorni dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono contro rimessa dell'importo.

All'Editore vanno indirizzate inoltre le comunicazioni per mutamenti di indirizzo, queste ultime accompagnate dall'importo di L. 1000 in francobolli.

Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso l'Amministrazione della Rivista.

DEI DELITTI E DELLE PENE

Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale

Anno IV - n. 3

settembre-dicembre 1986



STUDI

- Jock Young, *Il fallimento della criminologia: per un realismo radicale* 387
- Winfried Hassemer, *La prevenzione nel diritto penale* 417

DIBATTITI

- Gaetano De Leo, *Il crimine come problema e la sua spiegazione: nuovo realismo e oltre* 453
- Tamar Pitch, *Viaggio attorno alla « criminologia » - Discutendo con i realisti* 469

FATTI

- Giuseppe Bronzini, Mauro Palma, *La riforma penitenziaria tra riduzionismo e differenziazione* 489

RICERCHE

- Roberta Cipollini, Franca Faccioli, Tamar Pitch, *Aspetti dell'intervento penale sulle minorenni a Roma. Primo rapporto di ricerca* 501
- Jürgen Mansel, *Criminalità come tratto distintivo dei discendenti dei lavoratori stranieri? La misura del comportamento « criminale » dei giovani stranieri nella Rft* 533

Winfried Hassemer (Università di Francoforte)

## La prevenzione nel diritto penale

I. Un caso di prevenzione? — II. Le forme della prevenzione nel diritto penale. - 1. Un esempio: la legge sulle sostanze stupefacenti dell'82: a. Il contesto di politica criminale; b. L'intervento a grande estensione; c. L'offerta di terapia e la rinuncia alla pena; d. Misura di sicurezza e coercizione; e. La deterrenza. - 2. Le strutture del diritto penale preventivo: a. L'orientamento relativo alle conseguenze esterne; b. La determinazione del comportamento per mezzo del diritto penale: aa. L'utilitarismo, bb. La prevenzione speciale e generale, cc. Il reinserimento per mezzo della deterrenza, dd. La tutela di norme irrinunciabili, ee. L'analisi economica del diritto penale: aaa. Prezzo e domanda, bbb. Una politica interna che considera i costi. — III. Il valore della prevenzione nel diritto penale. - 1. Classificazioni: a. «Curare in luogo di punire»; b. Il diritto penale della «modernità»; c. L'orientamento relativo allo scopo e il controllo sociale. - 2. Osservazioni conclusive: a. L'eredità dell'Illuminismo; b. La funzionalizzazione del diritto penale; c. La forza preventiva propria del diritto penale. — IV. Quattro tesi.

### I. UN CASO DI PREVENZIONE?

Agli inizi degli anni settanta un mio buon amico dai tempi del movimento studentesco mi chiese un insolito piacere sullo scopo del quale tacque. Poco dopo ritornò e mi domandò della mia posizione sulla strategia della lotta armata. Gli opposi i comuni argomenti di allora: la storia, certo, insegna che la classe dominante non abbandona mai liberamente il campo, ma senza il sostegno delle masse la strategia della lotta armata, nel migliore dei casi, si riduce ad una prova di coraggio individuale; certo, una rivoluzione vittoriosa non è pensabile senza..., ma l'attuale periodo.... — furono i noti argomenti: «è vero che..., ma...».

Mentre sostenni questo contraddittorio, mi accorsi che non lottai soltanto contro le decisioni del mio amico, ma anche contro un mio assenso interiore che sembrò inaccessibile a simili argomenti di ragione. La doman-

da di quell'amico ebbe qualcosa di seducente e l'unico argomento valido che allora potei contrapporre a ciò fu un'associazione. Mi immaginai che seguendo questo amico sulla sua strada non avrei più potuto sedermi con un bicchiere di bianco ad uno dei tavoli della sporca spiaggia di Ostia nel caldo di mezzogiorno e guardare il mare, senza la paura che l'ombra di uno qualunque sulla terrazza alle mie spalle fosse quella di un mio inseguitore. Perché mai avrei dovuto liberamente, e per di più senz'alcun « incarico da parte delle masse », compiere una tale definitiva rinuncia?

Lo scrittore Peter Schneider ci racconta questo, dodici anni dopo, nell'introduzione alla pubblicazione di uno scambio di lettere da lui intrattenuto con Peter-Jürgen Boock, ex membro della *Raf* condannato recentemente all'ergastolo. Cosa ha impedito a Peter Schneider di intraprendere la strada di Peter-Jürgen Boock?

Se si volesse dare credito alla sua confessione, allora ciò che gli impedì di percorrere la via del terrorismo fu molto di più che una semplice associazione, un pensiero edonistico sfuggente. Di certo non lo furono le motivazioni razionali, i noti argomenti: « è vero che..., ma... »: quelli furono neutralizzati dagli aspetti seducenti intrinseci alla proposta di partecipazione alla lotta armata. Ciò nonostante a fondamento della decisione di rifiuto dell'invito vi fu un calcolo che dovrebbe trovare soddisfatti i sostenitori di un diritto penale preventivo: Peter Schneider ha scelto la spiaggia sporca di Ostia, ovvero, detto senza enfasi letteraria, si è deciso per il contesto della sua esistenza borghese. Ciò che la strada del terrorismo aveva di seducente è stato oscurato dall'ombra dell'inseguitore sconosciuto, vale a dire dalla forza preventiva del diritto penale. Se — continuando la storia — per Peter Schneider la spiaggia di Ostia avesse avuto meno attrazione o se per lui l'incarico delle masse fosse stato maggiormente percepibile, allora l'ombra minacciosa l'avrebbe (forse spaventato allo stesso modo, ma certamente) motivato meno nel rifiuto dell'invito e forse avrebbe percorso la stessa via di Peter-Jürgen Boock. Per un diritto penale che volesse ostacolare il percorso al terrorismo ed evitare altre violazioni giuridiche la quintessenza di ciò è che dovrebbe far pendere la bilancia a favore dello spavento rispetto alla seduzione, affinché possa valere: *Crime doesn't pay* [G. F. JENSEN, 1969, 189 ss.].

## II. LE FORME DELLA PREVENZIONE NEL DIRITTO PENALE

La teoria della pena conosce tale meccanismo da secoli e Feuerbach l'ha formulato validamente nella sua teoria della coercizione psicologica: « Le violazioni vengono impedito (...) quando ogni cittadino sa con certezza che alle violazioni seguirà un male maggiore di quello che ne deriva dalla insoddisfazione del bisogno all'azione (in quanto un'oggetto di piacere) »<sup>1</sup>. Il modello esplicativo al quale lo scrittore contemporaneo Peter Schneider ricorre nell'esame di quell'importante avvenimento della sua vita è dominato evidentemente da tale meccanismo. Questo si è intanto anche imposto alla riflessione sugli scopi della minaccia, condanna ed esecuzione della pena nella Rft [cfr., da ultimo, v. VANBERG, 1982], e pure negli Stati Uniti [cfr., H. J. OTTO, 1982] — al di là dell'atlantico addirittura nella variante estrema di un diritto penale che calcola in termini economici [si veda, G. S. BECKER, W. M. LANDES, 1974]. Inoltre sembra che il fine della dissuasione di potenziali rei a realizzare possibili progetti criminali tragga vantaggi dal tramonto del concetto di risocializzazione [cfr., W. HASSEMER, 1979, 29 ss., 33 ss.; v. VANBERG, 1982, 6; H. J. OTTO, 1982, 5 ss., 290]: presupposto che il pensiero giuridico-penale moderno non possa fare a meno di legittimarsi in senso preventivo ed ammesso che gli scopi preventivi della pena relativi alla risocializzazione siano da ritenersi irraggiungibili, rimane soltanto la speranza che il diritto penale possa provare la sua capacità di produrre effetti positivi per la società minacciata dalla criminalità almeno attraverso la produzione di deterrenza.

È tempo ora di raccogliere ed esaminare le ragioni della carriera del concetto di prevenzione all'interno del pensiero giuridico-penale moderno<sup>2</sup>. Per questo però è necessario avere chiarezza sulle forme e strutture nelle quali un progetto di prevenzione oggi si realizza.

<sup>1</sup> Cfr. P. J. A. v. FEUERBACH [1799; 1847, § 13]. In generale sul significato di Feuerbach per lo sviluppo del diritto penale e la filosofia del diritto si veda, tra i molti, A. KAUFMANN [1984]; in specifico sulla teoria della prevenzione generale, p. 184; cfr. anche J. BUSTOS RAMIREZ [1984, 26 ss.].

<sup>2</sup> Il fondamento di ciò costituiscono i risultati ai quali è giunta la discussione nel '79 [cfr. W. HASSEMER, 1979; v. VANBERG, 1982; H. J. OTTO, 1982]. All'epoca vedevo [W. HASSEMER, 1979, 33-38] la possibilità di affermare una commisurazione della pena orientata a criteri di prevenzione generale, oggi, in relazione ai seguenti

### 1. Un esempio: la legge sulle sostanze stupefacenti dell'82

Le forme del diritto penale preventivo possono essere rinvenute in tutti gli ambiti della teoria e pratica giuridico-penale ed inoltre è possibile osservare un accrescimento del loro significato. Non voglio riproporre qui aspetti specifici della politica criminale, legislazione penale ed elaborazione teorico penale che già altrove<sup>3</sup> ho indicato come elementi che comprovano il crescente interesse per la prevenzione all'interno del diritto penale, ma piuttosto concentrarmi su un esempio recente per dimostrare tale sviluppo: la « legge sul commercio di sostanze stupefacenti » (BtMG) del 28 agosto 1981 (BGBl. I, 681, 1187; III, 2121-6-24) entrata in vigore agli inizi dell'82. Tale legge fu accompagnata da grandi aspettative rispetto alle sue capacità preventive da parte del legislatore nonché dell'opinione pubblica<sup>4</sup> e rivela oggi con singolare chiarezza le forme di un diritto penale preventivo.

#### a. Il contesto di politica criminale

Per un inquadramento corretto del significato della legge bisogna aver presente il contesto criminologico e di politica criminale nel quale essa si trova inserita.

Il problema della « droga » appartiene, almeno dall'ultimo decennio, alle grandi tematiche di politica interna di molti paesi e il commercio in stupefacenti soggiace ad una notevole domanda di

presupposti: la prevenzione corrisponde a ciò che per il senso comune vale per l'attribuzione quotidiana di comportamenti devianti; la politica criminale e l'argomentazione politico-criminale si concentrano attualmente sulle conseguenze empiricamente descrivibili del diritto penale; la prevenzione, in particolare la prevenzione generale, si dà attualmente indifferente rispetto alla sua falsificazione; i tipi « moderni » di criminalità (la criminalità economica ed organizzata) favoriscono un cambiamento dei programmi giuridico-penalistici di scopo in direzione della prevenzione; il legislatore penale tende a delegare ultimamente i programmi decisionali preventivi al giudice penale.

<sup>3</sup> Per approfondimenti al riguardo rimando al mio lavoro sulla considerazione delle conseguenze nell'interpretazione della legge penale [W. HASSEMER, 1982a, 493 ss., 502 ss.], che contiene anche ampi riferimenti bibliografici.

<sup>4</sup> Si veda, K. LÜDERSSEN [1981]. Per un inventario critico delle conseguenze preventive nella pratica, con riferimenti alle particolarità legislative, si veda, H. H. KÜHNE [1984].

punizione da parte dell'opinione pubblica; il legislatore pertanto era « chiamato ad agire ». D'altronde non esiste prova statisticamente significativa della connessione tra influsso diretto di droga ed accrescimento della criminalità [H. J. KERNER, 1985, 346 ss., 350]; il legislatore pertanto non poteva fare riferimento ad un'imprevedibile espansione della criminalità connessa al commercio di droga — come p. es. gli era possibile fare per la criminalizzazione della prostituzione e delle associazioni a delinquere. Infine non esiste oggi « al mondo alcun programma di trattamento di tossicodipendenti che sia scientificamente o praticamente anche soltanto parzialmente collaudato »<sup>5</sup>; almeno le speranze sugli effetti individual-preventivi erano quindi attenuate. Da tutto ciò scaturisce una situazione di politica criminale esplosiva: un accresciuto bisogno di criminalizzazione da parte dell'opinione pubblica connesso alla richiesta di pene draconiche non può appellarsi ad una conferma scientifica di una situazione di particolare pericolosità; un grande bisogno di risoluzione del problema non può poggiarsi su alcuna adeguata possibilità di risoluzione dello stesso. Tutto sommato un terreno fertile per una « legislazione simbolica », gli effetti della quale non vengono visti direttamente nella risoluzione del problema a fondamento delle disposizioni legislative (criminalità e droga), ma indirettamente nell'immagine pubblica e rassicurante di un legislatore attento e deciso ad agire [H. STEINERT, 1976; W. HASSEMER, H. STEINERT, H. TREIBER, 1978, 1 ss., 23 ss.]. In questo contesto situazionale la legge sulle sostanze stupefacenti punta su idee di prevenzione che documentano la volontà del legislatore di risolvere il problema.

La legge ricorre a quattro strumenti di controllo comportamentale per mezzo del diritto penale: un'estesa copertura della materia del divieto; offerte di terapia e rinuncia alla punizione nei confronti di rei capaci e volenterosi di risocializzazione, insieme alla minaccia di più dure reazioni nel caso di rifiuto dell'offerta; misure di sicurezza costrittive nei confronti dei rei risocializzabili; deterrenza per mezzo di minacce di elevate pene nei confronti degli spacciatori<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Cfr., H. H. KÜHNE [1984, 381]; per ulteriori riferimenti sugli sviluppi del consumo di droga tra i giovani cfr., G. KAISER [1983, 223 ss.].

<sup>6</sup> Secondo S. KAPPEL e S. SCHEERER [1982, 182 ss., 185] la legge, in realtà, non

b. *L'intervento a grande estensione*

La legge sulle sostanze stupefacenti contiene tre allegati (I - III) nei quali sono elencati un centinaio di sostanze stupefacenti come oggetti di regolamentazione legislativa.

Quest'elenco può essere cambiato nonché integrato in modo flessibile con semplici regolamenti esecutivi e senza il ricorso alla lente procedure legislative del Parlamento (§ 1 II BtMG). La materia di divieto rimane così strategicamente indeterminata, in uno stato poroso<sup>7</sup> che permette di rimediare immediatamente a possibili lacune — una costruzione questa degna di nota in considerazione del principio di legalità che vige nell'ambito del diritto penale (art. 103 II GG - Legge fondamentale).

Anche il contatto illecito con sostanze stupefacenti, l'azione criminale, è descritta con accuratezza ed in modo estensivo (§ 29 BtMG): la coltivazione, la produzione, il commercio, l'importazione, l'esportazione, l'esecuzione, la vendita, la consegna nonché altri modi di circolazione, l'acquisto nonché altri modi di procacciamento, il possesso, la ricettazione, la somministrazione, l'affidamento all'uso. Con ciò non è ancora tutto. Previsione trova pure la pubblicità di sostanze stupefacenti; lo stanziamento di denaro o di altri valori in favore di terzi allo scopo della produzione o del commercio di stupefacenti; l'istigazione al consumo; la comunicazione interessata o pubblica di occasioni di consumo, acquisto o consegna; ed infine addirittura il commercio fraudolento di sostanze che non sono stupefacenti.

La legge sulle sostanze stupefacenti condivide questa tendenza alla « penalizzazione assoluta » [H. H. KÜHNE, 1984, 380] con altre leggi penali di taglio preventivo, come p. e. le disposizioni sulla tutela dell'ambiente dell'80<sup>8</sup>.

Tale tendenza sarebbe misconosciuta se fosse identificata meramente con il perfezionismo semantico del legislatore. Questo viene integrato dalla propensione ad introdurre clausole generali laddove

riesce a colpire i commercianti internazionali, ma solamente « il livello basso della piramide dei commercianti ».

<sup>7</sup> A proposito di questo tipo di formulazione ambigua, cfr. W. HASSEMER [1981, § 19 II].

<sup>8</sup> Per un raffronto si veda, p. e. il § 329 (la minaccia di aree tutelate) o il § 330 (la grave minaccia dell'ambiente) del StGB (Codice penale).

si trovano importanti punti di intersecazione per la pratica giuridico-penale [si veda, W. NAUCKE, 1973, 6 ss., *passim*]. Così p. es. la pena massima per il commercio, possesso e la consegna di sostanze stupefacenti è « di regola » aumentata da 4 a 15 anni, quando si tratta di « non modiche quantità » (§ 29 III, nr. 4 BtMG)<sup>9</sup>. Le clausole generali possono, come la perfezione semantica delle disposizioni di legge, assolvere la funzione di ampliare l'ambito di ciò che costituisce la materia del divieto quando la giurisprudenza concorda con le finalità del legislatore di « coprire » totalmente l'ambito di punibilità.

L'immagine di un diritto penale preventivo interessato ad un intervento a grande estensione sarebbe incompleta se non rivolgesse lo sguardo ai tentativi criminologici per una completa chiarificazione del comportamento punibile. Già la legge sulle sostanze stupefacenti promette nel § 31 — nonostante gravi preoccupazioni giuridico-costituzionali e garantistiche relative ad un tale « baratto » — a determinati reati riduzioni di pena o addirittura l'impunità se collaborano e contribuiscono con ciò alla scoperta o alla prevenzione di ulteriori atti criminali. Ed è sopra tutto l'ambito della criminalità legata alla droga dove trova il suo principale campo di intervento « l'agente provocatore », « l'uomo di fiducia » o « la spia »<sup>10</sup>. Questa figura investigativa esiste grazie alla risoluta volontà « di combattere la criminalità, in particolare quella estremamente pericolosa e di difficile investigazione, alla quale appartiene pure il commercio di sostanze stupefacenti » (BGH, 1984, 2300 = « NStZ », 1985, 131). Riguardo all'agente provocatore prevale il forte interesse di natura investigativa proprio di un diritto penale preventivo su preoccupazioni ed argomentazioni garantistiche. Si ha l'impressione che la disputa sul diritto di impiego della figura dell'agente provocatore venga combattuta su un livello meramente teorico: rispetto al grande interesse pratico di un intervento a grande estensione nell'ambito delle droghe essa è comunque destinata all'impotenza, qualunque ne siano i risultati.

<sup>9</sup> A proposito del significato che tale clausola assume per la pratica giurisprudenziale si veda, p. e., la rassegna giurisprudenziale ad opera di A. SCHOREIT [1985, 57, 60].

<sup>10</sup> Su tale questione si è ultimamente espresso in modo critico e con ampi rinvii alla recente discussione e giurisprudenza, F. HERZOG [1985].

c. *L'offerta di terapia e la rinuncia alla pena*

Allo sforzo per una piú possibile completa copertura del settore droghe si contrappone una rinuncia di pena sconosciuta finora dal diritto penale tedesco nei riguardi di rei tossicodipendenti e disponibili a trattamenti terapeutici. Con il concetto di deterrenza nei confronti degli spacciatori (si veda piú avanti, II., 1. e.) questa forma la forbice che fa della legge sulle sostanze stupefacenti dell'82 un modello esemplare di un diritto penale preventivo.

Dall'apertura del procedimento penale fino alla chiusura del dibattimento di primo grado il PM nonché il giudice possono, se la probabile condanna non supera i due anni di reclusione, sedurre il reo tossicodipendente con l'interruzione provvisoria del procedimento o minacciarlo con il proseguimento dello stesso (§ 37 BtMG). Presupposto per l'applicazione del beneficio di legge è che il reo tossicodipendente si sottoponga ad una terapia che prometta successo. Motivo di decadimento è, p. es., la mancata documentazione della cura (oltre all'interruzione della stessa) da parte del reo. Mentre, p. es., la successiva documentazione di frequenza della terapia dà nuovamente il diritto di goderne. Questa costruzione costituisce una commistione tra disponibilità e severità. Non solo si rinuncia alla condanna ed alla sua esecuzione, ma addirittura al proseguimento del procedimento se la risocializzazione è probabile. D'altronde si insiste sulla realizzazione dei presupposti a cui la legge lega l'aspettativa della risocializzazione senza ulteriore condiscendenza.

La stessa configurazione assume il § 35 BtMG (insieme al § 36 relativo al calcolo delle attenuanti), disposizione centrale per il programma di risocializzazione della legge<sup>11</sup>. Secondo tale normativa l'esecuzione della pena di reclusione fino a due anni o l'internamento in un centro di disintossicazione può essere sospeso se l'illecito è

<sup>11</sup> Al riguardo sono illuminanti i controversi appunti mossi dal difensore Gallandi e dal PM Winkler ad una decisione della Corte d'assise di Coblenza favorevole all'intervento terapeutico con riferimento al § 35 II, nr. 2 BtMG [in «NStZ», 1985, p. 177 ss.]. Il difensore approva la confessione univoca in favore dell'idea della risocializzazione, mentre il PM non riesce a comprendere il risultato al quale la Corte perviene «in considerazione proprio anche della lodevole confessione in favore della terapia»; ambedue criticano la motivazione tecnico-giuridica della decisione: il principio «terapia in luogo di pena» rimane indiscusso; lite c'è soltanto sulla portata di tale principio.

stato commesso in ragione di tossicodipendenza e se il reo si sottopone o si sottoporrà ad «un trattamento finalizzato alla sua riabilitazione». Se la terapia comporta «rilevanti limitazioni» della libera determinazione della condotta di vita (quindi p. es. il soggiorno in un istituto psichiatrico perlomeno semichiuso), allora la durata di essa è scontata dalla pena e alla rimanenza è applicabile l'istituto della sospensione condizionale (§ 36 BtMG).

Da questo emerge chiaramente che nella nuova legge il legislatore penale sacrifica una buona parte delle esigenze di pena a favore del concetto di risocializzazione dei rei tossicodipendenti. Per questo non può destare meraviglia il fatto che la pratica segue soltanto con esitazione la nuova disciplina [H. H. KÜHNE, 1984, 381 ss.] (perché le disposizioni appaiono complicate; non esistono programmi terapeutici convincenti; mancano ancora le infrastrutture necessarie per la riabilitazione; il cambiamento degli scopi della pena trova resistenza in tendenze giuridico-penali conservatrici della pratica) e che si consiglia [E. DREHER, H. TRÖNDLE, 1985, § 56, nota 12] ai tribunali di considerare invece delle disposizioni dei §§ 35 ss. BtMG, troppo «burocratiche», quelle del Codice penale (della sospensione condizionale, §§ 56 ss. StGB) — adducendo che i tossicodipendenti non devono essere trattati diversamente rispetto alla reazione penale dai rei colpiti da altre assuefazioni.

d. *Misura di sicurezza e coercizione*

Il diritto penale preventivo non demorde neanche quando il reo tossicodipendente non è piú disposto a sostenere o proseguire di sua volontà una terapia: allora intervengono le disposizioni sulle misure di sicurezza del Codice penale e della legge sul tribunale per i minorenni (JGG). Il § 64 StGB (c.p.) prevede il ricovero in un centro di disintossicazione, quindi in una clinica specializzata in psichiatria e psicoterapia; per giovani ed adolescenti vige al riguardo una particolare disciplina esecutiva (§ 93a JGG)<sup>12</sup>. Il c.d. principio del vicariato che regola il concorso di pene e misure di sicurezza

<sup>12</sup> Cfr. le disposizioni sul ricovero degli §§ 7, 105 JGG (legge sul tribunale per i minorenni).

garantisce anche qui il fatto che l'interesse al trattamento sia anteposto per principio all'interesse punitivo. In base al § 67 I StGB la misura di sicurezza è applicata prima dell'esecuzione della pena quando vi sia stata condanna simultanea a pena e misura di sicurezza; in base al § 67 IV StGB l'esecuzione della misura di sicurezza viene scontata dal periodo di pena; e secondo il § 67 V StGB al resto della pena è applicabile, sempre e senza limitazione di tempo, la sospensione condizionale.

Anche per questo contesto risulta chiaro che l'orientamento al trattamento all'interno del diritto penale conduce a costellazioni normative che solo difficilmente sono conciliabili con le concezioni tradizionali del principio di eguaglianza e degli scopi della pena. Così l'applicazione anticipata della misura di sicurezza significa sicuramente il sacrificio del principio retributivo a favore dell'interesse alla risocializzazione; tale sacrificio tuttavia è compiuto con riguardo ad una teoria giuridico-penale, oggi dominante, che concepisce la colpevolezza e la sua retribuzione non più come fondamento della pena ma soltanto come sua limitazione [C. ROXIN, 1966, 37 ss., 384]. Essa perciò può anche accettare il fatto che per singoli casi la pena comminata e « meritata » non venga eseguita per ragioni di prevenzione. Già per il § 67 V StGB la problematica si pone diversamente. Tale normativa si basa certamente sull'esperienza che l'esecuzione della pena non è più indicata quando il fine del trattamento è stato raggiunto; essa però comporta evidentemente uno stravolgimento non accettabile dei criteri di eguaglianza quando favorisce il reo più pericoloso, il quale oltre alla pena viene sottoposto ad una misura di sicurezza, nei confronti del meno pericoloso, il quale deve scontare una pena della stessa misura — ma con ridotte possibilità di sospensione della stessa. La pratica nella maggioranza dei casi non ci sta e fa valere per ambedue — *contra legem* — la disposizione del § 57 II StGB sui limiti della sospensione della pena [cfr. W. STREE, 1982, § 67, nota 4].

#### e. La deterrenza

La nuova legge sulle sostanze stupefacenti, mentre si caratterizza per una decisa assistenza nei confronti dei rei tossicodipendenti,

dedicando a questi addirittura una particolare sezione (§§ 35 ss., sezione 7), cambia del tutto atteggiamento nei confronti degli altri rei. Nei loro confronti ricorre alla deterrenza per mezzo della minaccia di pene elevate<sup>13</sup>. Dopo che nel '72 il limite massimo della pena era già stato portato da 3 a 10 anni (§ 11 IV BtMG del 22 dicembre 1971, nella versione del 10 gennaio 1972, BGBl I 1), esso è stato ulteriormente ritoccato e aumentato al massimo della pena detentiva determinata prevista dal nostro Codice, vale a dire a 15 anni (§§ 29 II, 30 I BtMG, 1982). Inoltre per tali rei è previsto un regime speciale di sorveglianza (§ 34 BtMG, §§ 68 ss. StGB). Nel mirino di queste minacce si trovano i grossi spacciatori e il commercio internazionale di droga, i quali, si presuppone, considerano già nel loro rendiconto dei profitti e delle perdite il periodo di pena normalmente da scontare nella Rft [H. KÖRNER, 1982, 673 ss., 675].

Rispetto a questo dato sono degni di nota — per la determinazione della prevenzione nel diritto penale — due circostanze.

Da una parte bisogna qui considerare il fatto che la minaccia della massima pena di reclusione riguarda fattispecie di pericolo e non di lesione. Così, per fare un paragone, l'avvelenamento di pozzi o di riserve d'acqua che cagiona un pericolo pubblico, fin tanto costituisce una fattispecie di pericolo, vale a dire, non produce gravi conseguenze, viene punito meramente con 10 anni di carcere come massimo della pena (§ 319 StGB). Che tali minacce di pena del BtMG dell'82 non si fondano su criteri di retribuzione dell'illecito e della colpevolezza, ma costituiscono piuttosto l'esito di esigenze emotive di deterrenza è chiaramente rilevabile dalla storia parlamentare della normativa alla quale appartiene pure una proposta, da parte di alcuni deputati socialdemocratici, di introdurre la pena dell'ergastolo, la quale se non altro passò indenne al vaglio della commissione giuridica del Parlamento tedesco [H. KÖRNER, 1982, 673 nota 4].

Dall'altra parte è significativo il fatto che soltanto con le gravi minacce di pena contro i trafficanti si forma la forbice che si apre con le proposte terapeutiche nei confronti dei rei tossicodipendenti

<sup>13</sup> Rispetto all'intensità della persecuzione, che deve essere considerata anche in questo contesto, si veda sopra, II.1.b.

(si veda sopra II., 1.c.). Il comune denominatore di queste strategie della deterrenza per mezzo della minaccia e quelle della rinuncia alla pena, in apparenza così distanti tra di loro, è il concetto di prevenzione. Per questo motivo sarebbe erroneo considerare p.e. i §§ 35 ss. BtMG come un « diritto penale umanizzato ». Queste disposizioni sono piuttosto, proprio come le disposizioni dei §§ 29 III, 30 I BtMG, l'espressione di una rigorosa politica di controllo, ed in questo senso esercitano la stessa funzione di quelle. Gli sforzi per una il più possibile completa copertura semantica e criminologica della materia del divieto (si veda sopra II, 1.b.) perfezionano l'immagine della risolutezza preventiva.

## 2. Le strutture del diritto penale preventivo

Certamente la legge sulle sostanze stupefacenti dell'82 può valere come modello esemplare di un diritto penale preventivo non in base a criteri di quantificazione statistica, ma per la sua qualità idealtipica. Essa è una legge « moderna » per il suo collegamento di strategie di prevenzione speciale e generale, la sua risolutezza nella totale copertura dell'ambito di criminalità e la sua propensione a trascurare esigenze retributive del trattamento eguale a favore di interessi preventivi. In riferimento ad essa si lasciano pertanto esemplificare e riassumere le strutture del bene giuridico-penale preventivo.

### a. L'orientamento relativo alle conseguenze esterne

Ridotto ad una formula il diritto penale preventivo può essere definito, in contrapposizione al diritto penale orientato alla retribuzione dell'illecito e della colpevolezza, come un diritto penale orientato alle conseguenze. Il concetto dell'orientamento relativo alle conseguenze ha trovato, almeno per quanto riguarda la legislazione penale, scarsa esplicazione. Vorremmo rimediare a questo stato tanto quanto conviene alla comprensione della prevenzione nel diritto penale [W. HASSEMER, 1982a, 502 ss., 510 ss.].

Il concetto dell'« orientamento relativo alle conseguenze » non si riferisce soltanto al fatto che il legislatore è interessato agli « effetti

delle leggi penali ». Un tale interesse non è discriminante giacché caratterizza ogni legislazione penale qualunque effetto proprio persegua e tenga d'occhio. Esso contraddistingue allo stesso modo progetti di legislazione completamente differenti: la legge sulle sostanze stupefacenti dell'82 che intende combattere la criminalità legata alla droga; l'introduzione di una disposizione penale contro le frodi nel campo delle sovvenzioni (§ 264 StGB) che abbassa la soglia di punibilità della tradizionale fattispecie di truffa al fine di una più efficace lotta alla criminalità economica [H. JUNG, 1976, 758]; ma anche la riforma dei delitti di omicidio che mira a realizzare i principi di giustizia ed eguaglianza nella differenziazione tra omicidio premeditato e volontario<sup>14</sup>. In ogni caso sono in gioco effetti sperati di nuove leggi in situazioni bisognose di riforma. Ad ogni modo gli scopi reclamati per la riforma dei delitti di omicidio difficilmente possono essere definiti « preventivi »; questi si collocano piuttosto nell'ambito (dell'eguaglianza) della retribuzione dell'illecito e della colpevolezza e pertanto si collocano al polo opposto dell'orientamento di politica criminale.

Per questo propongo di distinguere, all'interno del concetto dell'orientamento relativo alle conseguenze, tra conseguenze esterne ed interne [cfr., W. KILIAN, 1974, 283, con riferimento a LANLOR] e di considerare quest'ultime effetti che riguardano l'ambito interno del sistema giuridico (leggi, interpretazioni delle leggi, teorie dogmatiche) e di escluderle dal concetto delle conseguenze. Tale concetto diventa produttivo soltanto se lo si concentra sulle conseguenze esterne. Ciò nonostante deve essere tenuto presente che gli effetti interni di una decisione legislativa (com p.e. nell'ambito della dogmatica della colpevolezza dopo l'estensione del § 20 StGB - sull'imputabilità) producono, e ciò mi sembra triviale, mediamente effetti esterni (come p.e. l'esclusione dell'imputabilità nei confronti di rei che prima dell'estensione erano imputabili). Se si vuole eliminare trivialità del genere dal concetto delle conseguenze, allora bisogna precisare ed esemplificare ulteriormente il concetto delle conseguenze esterne — con riguardo alla legislazione penale.

Il criterio distintivo per eccellenza delle conseguenze esterne (e con

<sup>14</sup> Cfr., p.e., l'elencazione dei difetti della legge in A. ESER [1980, 34 ss.].



ciò anche di un diritto penale preventivo) è la loro descrivibilità empirica, vale a dire, il loro realizzarsi nel tempo e nello spazio e l'osservabilità di tale realizzazione con l'ausilio di strumenti propri del metodo empirico<sup>15</sup>. Con questo sono esclusi dal concetto fenomeni quali la giustizia, l'adeguatezza normativa o la consequenzialità di una decisione legislativa, ma anche assunti come quello che una determinata interpretazione giurisprudenziale o costruzione dogmatica possa essere intesa come « conseguenza » di una decisione legislativa; appartengono invece ad esso fenomeni quali la circoscrizione della criminalità in un determinato ambito e spazio temporale o una attenuazione della propensione a delinquere di un individuo.

Con il concetto delle conseguenze esterne acquistano rilevanza, come suo necessario corollario, calcoli di probabilità e prognosi<sup>16</sup>. La trasformazione delle finalità dell'agire giuridico-penale verso la prevenzione comporta anche una trasformazione della sua metodologia. Una delimitazione dell'orizzonte delle decisioni giuridico-penali alle conseguenze decisionali interne (orientata all'*input*)<sup>17</sup>, una delimitazione concettuale e intrasistemica non abbisogna di prognosi; essa reperisce criteri di giustezza delle decisioni giuridico-penali p.e. nelle corrispondenze tra semantica e valori. Una considerazione delle conseguenze esterne delle decisioni giuridico-penali « orientata all'*output* » non può invece fare a meno di esse; quando tali conseguenze (come gli effetti preventivi di una legge penale) appartengono all'orizzonte decisionale giuridico-penale e pertanto la giustezza delle decisioni dipende (anche) dalle aspettative relative a determinati effetti decisionali, allora la metodologia giuridico-penale assume un aspetto del tutto diverso. Essa ricorre a criteri di giustezza

<sup>15</sup> Cfr. anche l'elaborazione e la definizione delle conseguenze esterne in W. HASSEMER [1982a, 513]: conseguenze esterne come « stati futuri (...) empiricamente descrivibili che si realizzano nel tempo e nello spazio e che possono essere osservati con l'ausilio degli strumenti propri del metodo empirico »; sul carattere empirico dei concetti preventivi si veda anche, v. VANBERG [1982, 7 con riferimento a Andenaes, 40 s.].

<sup>16</sup> A proposito di tale aspetto in generale si veda, W. FRISCH [1983]. I tipi fondamentali di prognosi (relative alla recidiva e all'effettività) di cui si occupa il libro (pp. 3 e *passim*) si riferiscono sostanzialmente al concetto da noi utilizzato delle conseguenze esterne.

<sup>17</sup> A proposito dell'orientamento relativo all'*input* ed *output*, si veda N. LUHMANN [1974, 25 ss., 36 ss.].

che da una parte sono descrivibili soltanto empiricamente (conseguenze esterne) e dall'altra assumono una dimensione del futuro (l'aspettativa della loro realizzazione). Il modo con cui attualmente la decisione elabora metodologicamente la dimensione del futuro è costituito dal calcolo di probabilità nei suoi diversi gradi, cioè dalla prognosi.

b. *La determinazione del comportamento per mezzo del diritto penale*

Con questo si esaurisce, per intanto, il contributo che il concetto dell'orientamento relativo alle conseguenze riesce a fornire per la determinazione concettuale della « prevenzione nel diritto penale ». La prevenzione (nel diritto penale) non si identifica, nella sua versione « classica », con l'orientamento relativo alle conseguenze (del diritto penale), ma ne costituisce soltanto una sua parte essenziale<sup>18</sup>. La prevenzione è un concetto delle conseguenze precisato, arricchito da ulteriori particolari; essa costituisce un'insieme parziale di questo.

Il più tardi a partire da Paul Johann Anselm Feuerbach (1775-1833) — per la prevenzione generale — e da Christoph Carl Stübel (1764-1828) o Karl Ludwig von Grolmann (1775-1829) — per la prevenzione speciale — sono conosciute le caratteristiche che contraddistinguono la prevenzione nel diritto penale come una specifica forma di considerazione delle conseguenze. Il diritto penale preventivo « classico » non considera qualunque conseguenza (esterna), ma soltanto

— quelle che si basano sulla minaccia, condanna ed esecuzione della pena giudiziale e formalizzata (a)

e

— quelle che producono effetti sulla disposizione criminale degli individui (b).

<sup>18</sup> Così, p.e., i tentativi di estendere le competenze di atti amministrativi autoritativi rispetto alle conseguenze (p.e. per combattere situazioni minacciose per lo Stato o per salvare la vita di persone prese in ostaggio) rappresentano casi di un orientamento relativo alle conseguenze, ma non di prevenzione; per questi esempi si rimanda a, W. HASSEMER [1982a, 508 s.].

aa. *L'utilitarismo*

La caratteristica (a) espelle le violazioni giuridiche orientate alle conseguenze dal concetto di prevenzione. Ciò vale per l'esempio impiegato con fortuna all'interno del dibattito sull'utilitarismo [E. KLIEMT, H. KLIEMT, 1981, 171 ss., 175 ss.], secondo il quale la condanna e la punizione di un colpevole si presentano come male minore: appena noto il fatto che una donna bianca è stata violentata da un uomo di colore la plebe bianca minaccia il linciaggio che non può essere impedito e che farà molte vittime innocenti; il calcolo utilitaristico delle vittime salvate con la condanna esemplare di un unico uomo di colore innocente dovrebbe superare di molto il danno inferto alla vittima. Nessun teorico della prevenzione di osservanza classica sarebbe disposto ad accettare una tale costruzione giustificatoria — senza dubbio orientata alle conseguenze; piuttosto si insisterebbe a considerare soltanto quelle conseguenze che scaturiscono dall'attuazione e non dalla violazione del diritto penale formalizzato<sup>19 20</sup>.

bb. *La prevenzione speciale e generale*

La caratteristica (b) è più chiaramente delineata nelle teorie classiche della prevenzione che non nelle sue varianti recenti. Essa è rinvenibile in forma chiara nella teoria della prevenzione speciale per mezzo dell'esecuzione della pena, alla quale si uniforma anche la legge penitenziaria tedesca<sup>21</sup>: il recupero del reo condannato per

<sup>19</sup> Sul concetto e il significato della formalizzazione rispetto al diritto penale e il processo penale si veda, W. HASSEMER [1981, § 16 III, § 27 II, III].

<sup>20</sup> L'esempio riportato non vuole discreditar l'utilitarismo; esso vuole solo far luce sul tipo di questioni che sono al centro delle sue riflessioni. L'utilitarismo si caratterizza inoltre per una tendenza ad annacquare a tal punto i contorni dell'ipotesi di partenza per cui più nulla possa procurare scandalo e diventi possibile dedurre dalla sua stessa forma la proporzionalità delle conseguenze giuridico-penali per il caso singolo: chiunque ha un beninteso interesse alla salvaguardia dei diritti individuali per mezzo dell'ordine statale e con ciò un beninteso interesse alla esistenza dello stesso Stato; le limitazioni dei diritti da parte dello Stato sono però condizionate dalle massime della necessità e proporzionalità. Cfr. E. KLIEMT, H. KLIEMT [1981, 181 ss.].

<sup>21</sup> Il § 2 StvollzG (legge penitenziaria) del 16 marzo 1976 stabilisce le «finalità dell'esecuzione della pena»: «Nell'ambito dell'esecuzione della pena detentiva il recluso deve poter acquistare la capacità di tenere nel futuro una condotta di vita social-

una vita conforme al diritto con l'ausilio di misure (ri)socializzanti. Anche la teoria della prevenzione generale — come fu coniata da Feuerbach — mira alla disposizione criminale degli individui quando punta sulla minaccia della condanna utile nei confronti degli individui che tendono a delinquere « come ad un oggetto di piacere »<sup>22</sup>. Con questo sono escluse giustificazioni orientate alle conseguenze delle decisioni giuridico-penali che non riguardano la motivazione degli individui (si veda la nota 18).

La combinazione di caratteristiche qui proposta, certo, non vale soltanto per le concezioni classiche della prevenzione nel diritto penale, ma anche per le forme miste e i suoi più recenti sviluppi. Tali forme di espressione di un diritto penale preventivo non possono non trovare considerazione se vuole essere esaustiva.

cc. *Il reinserimento per mezzo della deterrenza*

I tentativi, praticati e criticati sopra tutto negli Stati Uniti [cfr. S. L. HALLECK, A. D. WITTE, 1977, 372 ss., 376], di utilizzare l'esecuzione della pena non come strumento ausiliario di risocializzazione, ma come strumento di deterrenza e di inasprire a tale scopo le condizioni detentive, mirano ad influenzare le disposizioni criminali allo stesso modo come le concezioni evidentemente oggi emergenti in Germania che pongono l'aspettativa della risocializzazione non nelle terapie costrittive dell'esecuzione della pena, ma piuttosto nelle offerte terapeutiche in « libertà » - p.e. nella forma di obblighi e prescrizioni durante il periodo di sospensione condizionale della pena [cfr., B. HAFFKE, 1977; H. SCHELLHOSS, 1985; S. MIR PUIG, 1984, 42 ss.]. Questi modelli appartengono evidentemente a diversi mondi se ci si riferisce al contesto teoretico nel quale si inseriscono, ai tipi di

mente responsabile e senza comportamenti criminali (scopo dell'esecuzione della pena). L'esecuzione della pena detentiva serve anche per la difesa della comunità da ulteriori atti criminali ».

<sup>22</sup> Cfr. sopra, la nota 1; decisamente in questa direzione si muove N. HOERSTER [1970, 272 ss., 273]: « L'effetto della pena sta nella deterrenza in quanto influisce sulla formazione della volontà e della decisione del potenziale reo; egli si dice che il vantaggio al quale mira con la sua azione è superato dallo svantaggio che lo Stato gli procurerà nella forma della pena come conseguenza dell'azione; per questo egli si trattiene dalla possibile azione nel proprio beninteso interesse ».

autori di reato al centro della loro attenzione, alle diverse condizioni di realizzazione politica ed alla loro diversa sensibilità per i diritti delle persone coinvolte<sup>23</sup>. Ciò nonostante possono definirsi concordemente come modelli preventivi.

dd. *La tutela di norme irrinunciabili*

Anche per la teoria della prevenzione generale positiva che è stata elaborata in contrapposizione al teorema della deterrenza [cfr. W. HASSEMER, 1983, 39 ss.; F. MUÑOZ CONDE, 1985, 41 ss.; S. MIR PUIG, 1982, 29 ss. e *passim*] vale ciò che è stato detto sopra. Essa assume il punto di vista del teorema della deterrenza (dalla minaccia, condanna ed esecuzione della pena alla società che percepisce il diritto penale), lo allarga però e con questo mitiga l'ipotesi che sta alla sua base, secondo la quale gli individui diventano vittime se non sono minacciati per mezzo della pena: il diritto penale non deve servire (specialmente e negativamente) alla intimidazione dei potenziali delinquenti, ma (generalmente e positivamente) all'affermazione ed alla salvaguardia di quelle norme che per una società sono irrinunciabili [W. HASSEMER, 1981, § 27 III]. A fondamento di questa teoria vi è la convinzione che la deterrenza non sia normativamente accettabile, che queste funzioni effettivamente solo in condizioni che si verificano eccezionalmente e che non sia né obbligatorio né evidente limitare gli effetti della prevenzione generale del diritto penale alla deterrenza di potenziali rei; poiché il diritto penale non produce effetti in modo isolato, ma piuttosto all'interno di un sistema complessivo di controllo sociale (il cui ambito formalizzato è costituito dal diritto penale) una teoria giuridico-penale della prevenzione generale deve rivolgere l'attenzione agli effetti interattivi tra diritto penale ed altre situazioni di controllo (la famiglia, l'ambiente di lavoro, la scuola, etc.). Gli effetti utili, che sono perseguibili attraverso il diritto penale, sono allora non soltanto la deterrenza (di rei che calcolano razionalmente), ma l'influenza positiva che esso esercita a lungo termine sulle norme so-

<sup>23</sup> A tal riguardo rimando alle mie osservazioni sulla risocializzazione e lo Stato di diritto [W. HASSEMER, 1982b].

ciali; tale influenza può riuscire con più probabilità per mezzo di una politica penale (materiale e processuale) umana, conforme ai principi dello Stato di diritto e rispettosa dei diritti delle persone coinvolte, che per mezzo di una politica della deterrenza incline ad inasprimenti.

ee. *L'analisi economica del diritto penale*

Almeno in linea di principio anche nel teorema economico della criminalità e della pena [si veda, in particolare, G. S. BECKER, 1974] possono rinvenirsi le caratteristiche (a) e (b) che contraddistinguono una teoria della prevenzione nel diritto penale. Questo sembra essere al centro dell'attuale dibattito di politica criminale negli Stati Uniti [H. J. OTTO, 1982, 84]. «L'analisi economica del diritto penale» andrebbe come la teoria europea della prevenzione generale distinta secondo due varianti le quali si assomigliano per la prospettiva, ma differiscono per l'estensione dell'ambito di ricerca e di conseguenza anche per i risultati che rispettivamente conseguono.

aaa. *Il prezzo e la domanda*

Così la variante della deterrenza («deterrence») del teorema economico, sviluppata in seguito a calcoli utilitaristici<sup>24</sup>, non è altro che una sottospecie della teoria della coercizione psicologica come la troviamo in Feuerbach. Comune è già la supposizione che il delinquente si distingua meno dalla persona fedele al diritto di quanto generalmente le teorie della criminalità sostengono e che ambedue reagiscono a influssi ambientali [si veda, J. EHRLICH, 1974, 69]; con questo è indicato ciò che, anche secondo Feuerbach, accomuna tutti gli individui che calcolano razionalmente. Inoltre non muta, almeno nella sostanza, il meccanismo di calcolo, anche se è riformulato in termini economici: non più il sistema della soddisfazione dei bisogni e del male maggiore [P. J. A. FEUERBACH, 1799; 1847, § 13] è ciò che determina la psiche, ma quello della domanda e dell'offerta; se le pene (i prezzi) vengono aumentate, allora il comportamento

<sup>24</sup> Questa variante è al centro della esposizione del VANBERG [1982, 14 ss.].

minacciato da pena (la domanda) perde tendenzialmente attrazione: « price deters demand and profit motivates supply » [I. EHRLICH, 1978, 172]<sup>25</sup>.

bbb. *Una politica interna che considera i costi*

Il teorema economico fornisce accanto a questo modello decisionale di costruzione individual psicologica però anche uno schema di calcolo che assume una prospettiva di politica criminale [H. J. OTTO, 1982, 82 ss. e *passim*]. Al centro dell'attenzione non stanno più i processi motivazionali interiori di individui che tendono a delinquere, ma i processi decisionali all'interno dello Stato e della società in considerazione di risorse economiche limitate. La questione non è se il delitto paghi, ma se (e quali) investimenti nella politica criminale paghino di modo che alla fine i costi non superino l'aspettativa di riduzione della criminalità e dei suoi costi. Per questo meccanismo di calcolo non è atipica la considerazione calcolata degli omicidi scongiurati in un anno dall'ulteriore esecuzione di un condannato a morte [I. EHRLICH, 75, 397 ss., 414].

Questa teoria economica di politica criminale supera chiaramente, rispetto all'orizzonte delle questioni da essa trattate, le modeste dimensioni della prevenzione nel diritto penale. Il suo interlocutore non è l'individuo calcolante, ma il politico che determina la politica interna<sup>26</sup>. Ciò nonostante essa fa parte del pensiero preventivo nel diritto penale non soltanto perché costituisce un'emanazione dell'utilitarismo. Più significativo mi sembra il fatto che la variante della deterrenza sopra presentata costituisca il suo necessario presupposto: soltanto se viene presupposto un reale effetto deterrente della pena il calcolo degli utili e costi sociali dei delitti e delle pene può riuscire; i costi investiti nella lotta al crimine possono essere con-

<sup>25</sup> « (...) the deterrence hypothesis finds natural expression in economics, for its presumption of man's responsiveness to incentives mirrors the must basis laws of the economic theory of choice: price deters demand and profit motivates supply. », citazione tratta da, I. EHRLICH, MARK [1978, 172 ss.].

<sup>26</sup> A tal proposito è possibile supporre che alle spalle di colui che determina la politica interna vi sia il « qualunque » -- ma non quale tipo che tende a delinquere, ma quale tipo che detiene il diritto di voto.

trappesati soltanto se vengono posti in un rapporto causale con la riduzione della criminalità costosa; se la deterrenza non dovesse funzionare (o dovesse funzionare secondo altri meccanismi), allora tali investimenti sarebbero inutili.

III. IL VALORE DELLA PREVENZIONE NEL DIRITTO PENALE

Da un punto di vista concettuale le diverse forme di manifestazione della prevenzione nel diritto penale possono essere riunite e riferite l'un l'altra in modo plausibile. Ciò nonostante all'interno di una prospettiva valutativa di politica criminale una tale riunione riesce irritante. Essa comprende tanto la risocializzazione utile del condannato in libertà quanto l'inasprimento delle condizioni detentive o delle pene nonché l'esecuzione di un condannato — e pertanto strategie che in ogni caso al primo sguardo sono tra di loro in radicale contrapposizione.

1. *Classificazioni*

a. *Curare in luogo di punire*

Le diverse estrinsecazioni della prevenzione si contrappongono però soltanto se sono valutate secondo massime di « cura *versus* punizione » o « umanità *versus* repressività ». Questi criteri ben noti alla politica criminale [H. ZIPF, 1973, 28 s., 110 ss.], come è possibile constatare, non si addicono ad una valutazione del diritto penale preventivo: essi sono indeterminati ed evocano con riguardo alle moderne tecniche di prevenzione sentimenti irritanti (è forse « umana » una cura costringitiva in un centro di disintossicazione (si veda, sopra II, 2. d.); non conserva anch'essa tratti repressivi?) ed inoltre appartengono ad un'epoca — passata — nella quale la politica criminale era essenzialmente critica della sanzione criminale che richiamandosi alla comprensione e all'umanità contrapponeva a questa il concetto di terapia<sup>27</sup>. Una valutazione di politica criminale adeguata

<sup>27</sup> Un'esempio di tale forma di pensiero critico è costituito da A. PLACK [1974, 364 ss., 380 ss.]; cfr. anche, W. HASSEMER [1981, § 27; 1982b].

alle attuali forme di espressione del diritto penale preventivo necessita di un diverso e più profondo approccio.

b. *Il diritto penale della « modernità »*

Disponiamo di schemi che per la loro pretesa esplicativa, abbastanza fondamentale ed esigente, sono senz'altro capaci di inquadrare storicamente il diritto penale preventivo e con ciò capaci di avviare una valutazione di tali sviluppi. Così lo Stratenwerth [1977, 6 ss., 28 s.] colloca la nascita del paradigma preventivo nel periodo di trapasso alla società moderna alla fine del XVII secolo con l'avvento della separazione tra diritto e morale e dell'orientamento illuministico agli scopi; Hans Jochen Otto [1984, 210 ss., 250 ss.] collega la strategia preventiva del diritto penale con l'attuale dibattito sul narcisismo che tematizza la decadenza delle tradizionali strutture di adattamento e di socializzazione per cui il diritto penale assumerebbe compiti di motivazione e di deterrenza che prima venivano assecondati da altri meccanismi individuali e sociali; Muñoz Conde<sup>28</sup> collega la prevenzione speciale e generale all'eterna contrapposizione tra individuo e società.

Sopra tali esplicazioni oggi non sembra possibile questionare; a tal riguardo costituiscono approcci troppo fondamentali, mirano a connessioni troppo globali. Ciò nonostante hanno — nel concetto centrale della « modernità » — un comune nucleo di rappresentazione, la fertilità del quale appare ancora più chiaramente se arricchito con riflessioni appartenenti ad altri approcci esplicativi che mirano nella stessa direzione.

Per Foucault [1977, 93 ss., 104 ss., 173 ss., 229 ss. e *passim*] il

<sup>28</sup> Cfr. F. MUÑOZ CONDE [1985, 124 e *passim*]; contro questa classificazione vorrei ricordare che essa non tiene sufficientemente conto dell'interesse statale e sociale alla prevenzione speciale — che negli ultimi tempi si manifesta sempre maggiormente. Soltanto un modello di prevenzione speciale, che si limitasse ad offerte di terapia senza ricorso a minacce di coercizione, potrebbe essere collocato dalla parte dell'individuo all'interno del conflitto che lo vede contrapposto alla società; ogni altra strategia special-preventiva deve legittimarsi — come una strategia del diritto penale statale! — come affermazione di interessi statali o sociali (anche contro la volontà di colui che ne costituisce l'oggetto).

periodo di svolta per il diritto penale è la seconda metà del XVIII secolo. Con tale svolta, predisposta dallo sviluppo delle scienze (empiriche) umane, favorita dalle nuove forme di produzione e realizzata dalla « sanzione normativizzante », vale a dire la pena disciplinare, il diritto penale diventa strumento della direzione statale, della « tecnologia politica della punizione » [ivi, 177], dell'« arte degli effetti programmati » [ivi, 119]. Da un altro punto di vista anche la teoria critica francofortese<sup>29</sup> tematizza lo stesso oggetto all'interno della contrapposizione tra scienze empirico-analitiche e storico-ermeneutiche, della coscienza scienziata, dell'interesse tecnico conoscitivo e dell'agire strumentale. Infine è possibile rinvenire — se non si ha timore della oscurità concettuale — accenti simili nella critica postmoderna al concetto della « modernità » [cfr. H. G. VESTER, 1985, 3 ss., 5 s.], alla fede nell'universalità della ragione, alla « secolarizzazione della salvezza », alla razionalità di scopo e mezzo o all'approvazione della differenziazione strutturale ed organizzazione funzionale della società.

L'elemento comune che collega, nonostante le specifiche divergenze, tutti questi approcci di interpretazione e critica è costituito dalla definizione del diritto penale preventivo come diritto penale della « modernità »: dominata da teorie conoscitive e metodologiche scienziste, dalla fede nella trasformabilità del mondo per mezzo dell'intervento consultivo della scienza, nella capacità del diritto penale di « risolvere » il problema della criminalità<sup>30</sup>; dipendente da legittimazione attraverso il provato impedimento di effetti svantaggiosi e la produzione di effetti vantaggiosi.

c. *L'orientamento relativo allo scopo e il controllo sociale*

Questa definizione generale può essere precisata se si fa proprio e si utilizza il modello del diritto penale come ambito parziale del

<sup>29</sup> Cfr., J. HABERMAS [1968, 146 ss., in particolare, 155 ss.]; fondamentale al riguardo anche, M. HORKHEIMER, T. ADORNO [1969].

<sup>30</sup> Questo non necessariamente nel senso che il crimine dovesse scomparire [cfr. E. SCHMIDHÄUSER, 1971, 55]; ma sicuramente nel senso che l'intervento penale diminuisca la criminalità nonché la sua crescita. Sul concetto della « risoluzione » del problema criminalità si veda, W. HASSEMER [1981, V libro].

controllo sociale [W. HASSEMER, 1983, 52 ss.] e quindi si parte dal fatto che il diritto penale interagisce nell'elaborazione di conflitti prodotti da comportamenti devianti con altri meccanismi sociali. Con questo è possibile fissare l'emergenza della prevenzione nel diritto penale con l'inizio di quella strategia che con gli strumenti giuridico-penali influisce su altri meccanismi del controllo sociale e valutare con più precisione la giustezza di tale strategia.

Ricorrendo a questo modello la « maestà libera da scopi », che è attribuita alle teorie giuridico-penali assolute a differenza di quelle preventive [R. MAURACH, 1971, 77], può essere definita come la rinuncia teoricamente fondata del diritto penale ad esercitare un'influenza su altri ambiti di socializzazione: il senso della pena è dato esclusivamente dalla compensazione dell'illecito e della colpevolezza all'interno della « finalità » penale della retribuzione, dal castigo del reo per l'azione criminale — e non dalla sua risocializzazione (misurabile dall'esterno) nell'interesse sociale per una società il più possibile conforme al diritto. Le teorie assolute della pena isolano il diritto penale dal contesto dell'altro controllo sociale. Questo sviluppo si colloca nel pensiero e nell'aspettativa di cambiamenti della vita: la tecnologizzazione, lo sviluppo dei mezzi di trasporto e comunicazione, la crescita della complessità ed organizzazione dei sistemi e sottosistemi sociali etc.

Le teorie preventive della pena vivono, al contrario, di tale contesto. Per esse il senso della pena dipende dalla sua capacità di influenzare positivamente altri meccanismi di socializzazione: i processi di determinazione normativa e motivazionali nel reo condannato (prevenzione speciale), in altri che tendono a delinquere (deterrenza), nella società complessivamente (prevenzione generale positiva). « L'orientamento » relativo allo scopo della pena è l'orientamento del diritto penale relativo al controllo sociale esterno ad esso.

## 2. Osservazioni conclusive

È ora possibile, sulla base di quanto è stato esposto, formulare alcune considerazioni relative alla valutazione della prevenzione nel diritto penale.

### a. L'eredità dell'illuminismo

La prevenzione nel diritto penale, come programma, vive e muore con il programma della « modernità »: con l'orientamento dell'agire statale e sociale relativo alle conseguenze esterne e con la fiducia che tali conseguenze possono essere prodotte; con la dipendenza legittimatrice della pena dai suoi effetti positivi in altri ambiti del controllo sociale.

Nonostante il fatto che, in considerazione sopra tutto della delusione delle aspettative riposte nella risocializzazione, p.e. all'interno del pensiero « neoclassico » nordamericano<sup>31</sup>, si viene formando una tendenza alla punizione relativa al « merito » e non allo « scopo », non riesco a vedere e neppure a salutare uno sviluppo in direzione di un diritto penale, in questo senso, « postmoderno ». È noto<sup>32</sup> che le teorie « assolute » della pena sostengono nel nostro secolo unicamente da un punto di vista semantico la retribuzione slegata dallo scopo, mentre nella sostanza non vogliono rinunciare a giustificarla ricorrendo a ragionamenti che potrebbero far parte senz'altro del bagaglio d'idee della prevenzione generale positiva; anche il pensiero neoclassico può, secondo me, resistere soltanto se si colloca all'interno di tale ambito ideale.

Inoltre in questo tipo di Stato « moderno » sono conservate le conquiste ereditate dalla filosofia politica dell'illuminismo [W. HASSEMER, 1980a, 27 ss., 214]. Un diritto penale « postmoderno », non preventivo — nel senso che le conseguenze dell'agire penale sono irrilevanti in quanto estranei al contesto di legittimazione del diritto penale, una critica empiricamente fondata della realtà del diritto penale è irrilevante in quanto tale realtà non ha niente a che vedere con la giustezza delle norme e della loro interpretazione — rappresenterebbe non soltanto storicamente ma anche da un punto di vista etico-sociale e politico un regresso. L'orientamento del diritto penale relativo alle conseguenze esterne costituisce secondo me uno sviluppo che non è più eludibile.

<sup>31</sup> Cfr., in particolare, A. V. HIRSCH [1977, 14 ss., 45 ss., 143 ss. e *passim*]; con specifico riguardo allo sviluppo, G. FLETCHER [1978, 414 ss.].

<sup>32</sup> Per tale aspetto si vedono le analisi, con ampi riferimenti bibliografici, di W. HASSEMER [1983, 49 ss.].

La questione che vale la pena di essere discussa non è il « se », ma il « come » di questo orientamento.

b) *La funzionalizzazione del diritto penale*

Se la descrizione della prevenzione nel diritto penale come il suo specifico orientamento relativo all'altro controllo sociale è corretta (si veda sopra, III., 1.c.), allora è con ciò indicato un problema che può essere caratterizzato come la « funzionalizzazione del diritto penale »: il conseguimento di scopi politico-sociali con gli strumenti del diritto penale. Il diritto penale preventivo offre parecchi esempi di una tale funzionalizzazione: il ricorso allo strumento penale in funzione di conservazione « del diritto e dell'ordine » [G. ARZT, 1976, *passim*]; l'attuazione di conseguenze giuridico-penali sproporzionate rispetto al significato dell'azione penale della quale scaturiscono, ma ritenute essenziali per un trattamento adeguato del reo o per l'effetto deterrente sugli altri<sup>33</sup>; una condanna di innocenti [H. J. OTTO, 1982, 256 ss.] o — più vicino alla realtà — un allentamento dei presupposti di colpevolezza all'interno del processo penale nell'interesse di un controllo penale « conseguente » ed « effettivo ».

È stato tentato [cfr., K. LÜDERSSEN, 1979, 69 ss.; H. J. OTTO, 1982, 288 ss.] di sdrammatizzare la questione con la problematizzazione del concetto di effettività: « effettiva » sarebbe una conseguenza giuridico-penale alla fin fine soltanto se toccasse la motivazione delle parti in gioco, se non fosse sproporzionata o addirittura terroristica. Diffido di tale sdrammatizzazione. Da una parte non comprende tutte le misure giuridico-penali che perseguono interessi preventivi ma solo quelle dirette all'intimidazione e alla coazione. Dall'altra il problema proprio dell'antagonismo tra diritto penale formalizzato e politica che persegue interessi preventivi viene meramente dislocato all'interno del concetto di effettività, il quale deve poi sostenerlo. Inoltre tale antagonismo è mal custodito all'interno del concetto di effettività in quanto qui non sono in conflitto due

<sup>33</sup> Questo problema è discusso da W. HASSEMER [1981, 5 26, III, 2] sotto la parafraasi « antinomia degli scopi della pena ».

rappresentazioni di una politica criminale « effettiva », orientate allo scopo, ma piuttosto una rappresentazione del raggiungimento dello scopo e un'altra della sua limitazione normativa. Infine coloro che perseguono una politica criminale « effettiva » non hanno affatto sensibilità per un concetto pretenzioso di effettività che comprenda al contempo pure la propria delimitazione normativa. Si dovrebbe nominare apertamente tale conflitto di una politica criminale « effettiva », orientata alle conseguenze ed affrontarlo.

Questo conflitto è nominato apertamente nella famosa parafraasi di von Liszt secondo la quale « il limite invalicabile della politica criminale » è il diritto penale [F. VON LISZT, 1905, 75 ss., 80]. Tradotto nel linguaggio qui utilizzato, questo significa la delimitazione degli interessi preventivi di politica criminale (di intervento in altri ambiti del controllo sociale) per mezzo del diritto penale formalizzato, in particolare attraverso il rispetto dei principi di proporzionalità, della colpevolezza, di rispetto delle esigenze della vittima, di un diritto penale dell'azione<sup>34</sup>, ma anche delle massime « in dubio pro reo », « ne bis in idem », « nemo tenetur se ipsum accusare », della libera scelta del difensore etc.

Il concetto di « diritto penale » di von Liszt raccoglie i principi che contraddistinguono un diritto penale proprio di uno Stato di diritto e che assolvono il compito di contenere l'interesse preventivo relativo ad un controllo sociale effettivo affinché i diritti di coloro che fanno parte del conflitto vengano per quel che è possibile tutelati.

Dei concetti preventivi la prevenzione generale positiva è quello che si conforma meglio ad assumere concettualmente la necessità di una tale limitazione poiché esso intende anche e proprio tutelare quelle norme che sdrammatizzano e mediano contrapposizioni conflittuali tra gli individui<sup>35</sup>. In questo esso adopera un concetto di « effettività » spezzato. Tuttavia anche per questo concetto dell'orientamento preventivo è istruttiva la lunga e proficua tradizione delle prestazioni di formalizzazione propria del pensiero giuridico-

<sup>34</sup> Nessuna conseguenza giuridico-penale — anche se, nell'interesse della prevenzione, urgentemente indicata — senza la realizzazione di un'azione tipica e antigiuridica.

<sup>35</sup> Si veda sopra, II.2.b.dd. e W. HASSEMER [1974, 238 ss.] a proposito del ruolo giocato dalla cortesia nell'ambito del controllo sociale quotidiano.

penale: al diritto penale soltanto spetta la competenza di tracciare i limiti di ogni interesse di prevenzione.

c. *La forza preventiva propria del diritto penale*

L'elemento piú importante per una valutazione del pensiero preventivo nel diritto penale risulta altrettanto dalla comprensione della prevenzione come un'orientamento del diritto penale relativo ad altre forme di controllo sociale. Esso si riferisce alla capacità del diritto penale di realizzare in generale un tale orientamento.

La questione è stata discussa finora con riguardo ai presupposti empirici della prevenzione per mezzo del diritto penale: il diritto penale è « realmente » capace di « risocializzazione » o di « deterrenza »? La discussione al riguardo è stata ampia e tante sono state le risposte — dal rifiuto dei concetti di prevenzione da parte del pensiero neoclassico all'affermazione (da parte di rappresentanti « conservatori » di un diritto penale « moderno ») che anche la problematicità empirica della prevenzione non cambia nulla rispetto alla sua legittimazione. Non è qui il caso di riprendere questa discussione [cfr. W. HASSEMER, 1979]. Vorrei soltanto precisare ciò che costituisce il punto centrale per una valutazione dell'orientamento preventivo:

Le conseguenze giuridico-penali, anche se con una certa cautela, generano sofferenza e ledono beni giuridici di singole persone. Questo vale anche quando vengono applicate con la miglior intenzione — p.e. nel « benevolo interesse » del destinatario — o quando non esistono alternative non troppo lontane rispetto ad esse. La loro giustificazione soggiace pertanto a particolari presupposti.

Tali presupposti possono essere realizzati con relativa semplicità in un diritto penale che può permettersi una teoria assoluta della pena: minaccia, condanna ed esecuzione della pena sono legittime, quando un illecito penale commesso colpevolmente è imputabile giudizialmente; la giustificazione avviene al momento dell'*input*. L'accettazione normativa di un tale diritto penale non si decide rispetto alla singola conseguenza giuridico-penale ma sistemicamente prima: rispetto alla questione se il diritto penale di una data società di una data epoca possa affermarsi e mantenersi come un diritto

penale assoluto — vale a dire, come uno non orientato alle conseguenze esterne. Se tale questione trova (e continua a trovare) una risposta positiva, allora la minaccia, condanna ed esecuzione della pena non hanno bisogno di legittimarsi<sup>36</sup>.

Un diritto penale orientato alla prevenzione può essere libero rispetto alla sua accettazione normativa — in quanto può presentarsi come un'istituzione socialmente utile; rispetto alle conseguenze giuridico-penali da esso minacciate, applicate ed eseguite un tale esonero non è praticabile. Esso deve giustificarsi al momento dell'*output*: rispetto alla sua capacità di tutela « reale » dei beni giuridici (minaccia della pena), alla considerazione « degli effetti della pena nei riguardi della futura vita sociale del reo » (§ 46 I 2 StGB, commisurazione della pena), alla conduzione del condannato ad una vita responsabile e ad un comportamento non recidivo (§ 2 1 StVollzG, esecuzione della pena). Il pensiero giuridico « moderno » corre il pericolo di attribuire l'esonero del diritto penale orientato alla prevenzione rispetto alla sua accettazione normativa al lato dell'avere, ma di non voler pagare i costi della legittimazione rispetto alle conseguenze giuridico-penali: di celebrare il sistema penale come istituzione di igiene sociale, ma di minimizzare o eludere la questione degli effetti « reali » delle misure giuridico-penali: di pensare rispetto all'accettazione del diritto penale preventivamente e rispetto alle singole conseguenze giuridico-penali in senso assoluto, unendo così l'utile al dilettevole.

Questo rimprovero non è rivolto soltanto agli ambiti marginali del pensiero giuridico-penale « moderno » ma al suo nucleo centrale: agli istituti come la legge sulle sostanze stupefacenti dell'82, alla considerazione delle conseguenze al momento della condanna alla pena o alla « difesa dell'ordine giuridico » da prendere in considerazione al momento della condanna a brevi pene detentive o della concessione della sospensione condizionale [W. HASSEMER, 1982a]. Esso è mosso alla criminalizzazione di comportamenti sulla dannosità dei quali mancano precise conoscenze, insomma in breve: a tutte

<sup>36</sup> La questione se sia mai esistito « realmente » un diritto penale non orientato alla prevenzione (al di fuori di sistemi teorici) rimane aperta. Cfr., comunque, sopra la nota 32.



le decisioni giuridico-penali legittimate per mezzo dell'orientamento relativo alle conseguenze esterne. Tali decisioni devono presupporre che il diritto penale è capace di influenzare gli altri meccanismi del controllo sociale e se ciò non accade fattualmente, allora anche la legittimazione delle conseguenze-giuridico penali fallisce, giacché il loro effetto rimane apparenza.

I successi empirici del diritto penale preventivo non sono affatto « secondari per la concettualità giuridica », piuttosto acquistano « un significato fondamentale per la pena »<sup>37</sup>. Le decisioni che vengono giustificate in relazione alla loro capacità di produzione di effetti esterni hanno legato la loro legittimazione a quella capacità e la perdono con essa.

Un'ulteriore questione riguarda le esigenze di prova della capacità. È chiaro che per mezzo di questo regolatore ogni agire giuridico-penale — in quanto agire pratico — potrebbe essere vietato metodologicamente innalzando irraggiungibilmente tali esigenze<sup>38</sup>. Inoltre è evidente che il limite della precisione metodologica è, p.e. all'interno del processo penale, codeterminato dalle possibilità che tutte le parti del procedimento hanno di comprendere ed influenzare praticamente il suo proseguimento ed i suoi contenuti<sup>39</sup>.

Chiaro è però anche che i concetti preventivi, che stanno alla base degli interventi che incidono su diritti propri delle persone con l'aspettativa che effetti esterni vantaggiosi si producano, sono accettabili soltanto allorché quest'aspettativa è fondata [cfr. W. FRISCH, 1983]. Da ciò consegue in ogni caso che è necessario distinguere tra istituti preventivi a favore del destinatario o a suo sfavore<sup>40</sup>, che la ricerca delle connessioni causali tra agire giuridico-penale e conseguenze esterne deve essere proseguita con determinazione e che bisogna decriminalizzare là dove queste connessioni sono incerte o

<sup>37</sup> Di diverso parere, p.e., M. KÖHLER [1983, 42 ss.].

<sup>38</sup> Per questo problema rimando alla discussione sull'inevitabilità delle teorie del senso comune nel diritto penale [W. HASSEMER, 1980b, 229 ss., 240 ss.].

<sup>39</sup> Per una trattazione approfondita al riguardo rinvio a W. HASSEMER [1978].

<sup>40</sup> Un'ampia discussione al riguardo si trova in W. HASSEMER [1982a, 518 a proposito del § 46 I 2 StGB; 521 s. a proposito della « difesa dell'ordine giuridico »; 522 ss. a proposito della dottrina della colpevolezza orientata alla prevenzione e dell'estensione delle competenze relative all'intervento amministrativo autoritativo con l'ausilio dell'esimente dello stato di necessità - § 34 StGB].

altrimenti assumere il peso di fondare la punibilità del comportamento incriminato sul merito, l'illecito e la colpevolezza. Soltanto quando la fondazione della minaccia, condanna ed esecuzione della pena rinuncia a comodi inganni potrà dimostrarsi se la prevenzione è realmente il paradigma che domina il diritto penale contemporaneo.

#### IV. QUATTRO TESI

1. Le caratteristiche di un diritto penale orientato alla prevenzione si manifestano oggi nella legge sulle sostanze stupefacenti dell'82: elevato bisogno di risoluzione del problema in assenza di sicure capacità risolutive da parte del diritto penale; la tendenza alla totale copertura e controllo dell'ambito di criminalità per mezzo della persecuzione e della configurazione delle fattispecie; disponibilità alla rinuncia della pena in presenza dell'aspettativa di successi special-preventivi; una ricca scelta tra offerta di impunità, misure di sicurezza coercitive e pene deterrenti (II. 1.).

2. Il diritto penale orientato alla prevenzione si concentra sulle conseguenze esterne che in seguito alla minaccia, condanna ed esecuzione della pena sono attese e che influiscono sulla disposizione criminale degli individui. In questo convergono tutte le forme moderne della prevenzione nel diritto penale: utilitarismo, prevenzione speciale e generale di osservanza classica; reinserimento per mezzo della deterrenza; prevenzione generale positiva nonché le due varianti dell'analisi economica del diritto penale (II. 2.).

3. Oggi la prevenzione nel diritto penale non può più essere fondata sulla massima « curare in luogo di punire ». Le origini della prevenzione si collocano piuttosto nella « modernità »: la nascita delle scienze umane e sociali sistematico-empiriche; la coscienza scienziata; l'intervento statale in meccanismi personali e sociali con l'ausilio delle scienze. L'orientamento preventivo del diritto penale è il suo orientamento relativo al controllo sociale esterno ad esso (III. 1.).

4. L'orientamento preventivo minaccia di funzionalizzare il diritto penale rispetto ad interessi di finalità di politica criminale e di legittimare la limitazione dei diritti dei cittadini coinvolti con riferimento a conseguenze che non si verificano con certezza. La risposta a questo non può essere il ritorno ad un diritto penale retributivo. Al diritto penale orientato all'«effettività», ai suoi interventi limitativi di diritti, deve essere posto piuttosto un chiaro limite normativo ed una giustificazione fondata sulla prevenzione delle conseguenze giuridico-penali «onerose» deve essere esclusa là dove non sussiste alcuna adeguata certezza rispetto al verificarsi delle conseguenze esterne (III. 2.).

#### Riferimenti bibliografici

- ARZT Günther (1976), *Der Ruf nach Recht und Ordnung*, Mohr, Tübingen.
- BECKER Gary S. (1974), *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, a cura di G.S. Becker, W.M. Landes, Columbia University Press, New York, London, pp. 1-24.
- BUSTOS RAMIREZ Juan (1984), *Manual de Derecho Penal Español. Parte General*, Ariel, Barcelona.
- DREHER Eduard, TRÖDLE Herbert (1985), *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Beck, München.
- EHRlich Isaac (1974), *Participation in Illegitimate Activities. An Economic Analysis*, in *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, a cura di G.S. Becker, W.M. Landes, Columbia University Press, New York, London, pp. 68-92.
- EHRlich Isaac (1975), *The Deterrent Effect of Capital Punishment. A Question of Life and Death*, in «American Economic Review», 65, pp. 397-417.
- EHRlich Isaac, MARK (1978), *Deterrence and Economics. A Per-*

- spective on Theory and Evidence*, in *Major Social Issues*, a cura di M. Yinger, P. Cutler, pp. 172-188.
- ESER Albin (1980), *Empfehl es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindestötung (§§ 211 bis 213, 217 StGB) neu abzugrenzen? Gutachten D zum 53. Deutschen Juristentag*, Beck, München.
- FEUERBACH Paul J. A. von (1799), *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts* (ristampa, Scientia, Aalen, 1966).
- FEUERBACH Paul J. A. von (1847), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 14<sup>a</sup> ed., a cura di C. J. A. Mittermaier, Heyer, Gießen.
- FLETCHER George (1978), *Rethinking Criminal Law*, Little Brown and Company, Boston, Toronto.
- FOUCAULT Michel (1977), *Überwachen und Strafen*, Suhrkamp, Frankfurt.
- FRISCH Wolfgang (1983), *Prognoseentscheidungen im Strafrecht. Zur normativen Relevanz empirischen Wissens und zur Entscheidung bei Nichtwissen*, C. F. Müller, Heidelberg.
- HABERMAS Jürgen (1968), *Erkenntnis und Interesse*, Suhrkamp, Frankfurt.
- HAFFKE Bernhard (1977), *Hat emanzipierende Sozialtherapie eine Chance?*, in *Seminar: Abweichendes Verhalten III.2*, a cura di K. Lüderssen, F. Sack, Suhrkamp, Frankfurt, pp. 291-320.
- HALLECK Seymour L., WITTE Ann D. (1977), *Is Rehabilitation Dead?*, in «Crime and Delinquency», pp. 372-382.
- HASSEMER Winfried (1974), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Rowohlt, Reinbek b. Hamburg.
- HASSEMER Winfried (1978), *Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung*, in «ZStW», XC, pp. 64-99.
- HASSEMER Winfried (1979), *Generalprävention und Strafzumessung*, in *Hauptprobleme der Generalprävention*, a cura di W. Hassemer, K. Lüderssen, W. Naucke, Metzner, Frankfurt, pp. 29-53.
- HASSEMER Winfried (1980a), *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*. Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt.

- HASSEMER Winfried (1980b), *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt. Zu Alltags-theorien und Dispositionsbegriffen in der Strafrechts-dogmatik*, in *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht I*, a cura di K. Lüderssen, F. Sack, Suhrkamp, Frankfurt, pp. 229-258.
- HASSEMER Winfried (1981), *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, Beck, München.
- HASSEMER Winfried (1982a), *Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze*, in *Festschrift für Helmut Coing*, I, Beck, München, pp. 493-524.
- HASSEMER Winfried (1982b), *Resozialisierung und Rechtsstaat*, in « *Kriminologisches Journal* » XIV, 3, 161-176.
- HASSEMER Winfried (1983), *Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht*, in *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften*, a cura di W. Hassemer, K. Lüderssen, W. Naucke, C. F. Müller, Heidelberg, pp. 39-66.
- HASSEMER Winfried, STEINERT Heinz, TREIBER Hubert (1978), *Soziale Reaktion auf Abweichung und Kriminalisierung durch den Gesetzgeber*, in *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts. III: Strafrecht*, a cura di W. Hassemer, K. Lüderssen, Beck, München, pp. 1-65.
- HERZOG Felix (1985), *Rechtsstaatliche Begrenzungen der Verbrechensbekämpfung. Eine kritische Bilanz der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum tatprovokierenden Einsatz polizeilicher Lockspitzel*, in « *NStZ* », V, 4, pp. 153-158.
- HIRSCH Andrew v. (1977), *Doing Justice. The Choice of Punishments*, Hill and Wang, New York.
- HOERSTER Norbert (1970), *Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens*, in « *GA* », pp. 272-281.
- HORKHEIMER Max, ADORNO Theodor (1969), *Dialektik der Aufklärung*, Fischer, Frankfurt.
- JENSEN Gary F. (1969), *Crime Doesn't Pay: Correlates of a Shaded Misunderstanding*, in « *Social Problems* », XVII, 2, pp. 189-201.
- JUNG Heike (1976), *Das Erste Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, in « *JuS* », XVI, pp. 75-760.
- KAISER Günther (1983), *Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen*, 6<sup>a</sup> ed., C. F. Müller, Heidelberg.

- KERNER Hans-Jürgen (1985), *Stichworte « Rauschgift, Rauschgift-kriminalität »*, in *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 2<sup>a</sup> ed., C. F. Müller, Heidelberg, pp. 346-351.
- KILIAN Wolfgang (1974), *Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung*, Athenäum, Frankfurt.
- KLIEMT E., KLIEMT Harmut (1981), *Schutz und Gefährdung von Recht durch die staatliche Kriminalstrafe*, in « *Analyse und Kritik. Zeitschrift für Sozialwissenschaften* », 3, p. 171.
- KÖHLER Michael (1983), *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, erörtert am Problem der Generalprävention*, C. F. Müller, Heidelberg.
- KÖRNER Harold H. (1982), *Betäubungsmittelgesetz: deutsches und internationales Betäubungsmittelrecht*, Beck, München.
- KÜHNE Hans-Heiner (1984), *Therapie statt Strafe? Legislatorsche Versuche zur Bekämpfung von Drogenabhängigkeit*, in « *MSchr-Krim* », LXVII, pp. 379-388.
- LISZT Franz von (1905), *Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts*, in F. von Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge 2*, de Gruyter, Berlin, pp. 75-93.
- LÜDERSSEN Klaus (1979), *Die generalpräventive Funktion des Deliktssystems*, in *Hauptprobleme der Generalprävention*, a cura di W. Hassemer, K. Lüderssen, W. Naucke, Metzner, Frankfurt, pp. 69-80.
- LUHMANN Niklas (1974), *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz.
- MAURACH Reinhart (1971), *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4<sup>a</sup> ed., C. F. Müller, Heidelberg.
- MIR PUIG Santiago (1982), *Función de la Pena y Teoría del Delito en Estado Social y Democrático de Derecho*, 2<sup>a</sup> ed., Bosch, Barcelona.
- MIR PUIG Santiago (1984), *Derecho Penal. Parte General (Fundamentos y Teoría del Delito)*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona.
- MUÑOZ CONDE FRANCISCO (1985), *Derecho Penal y Control Social*, Jerez.

- NAUCKE Wolfgang (1973), *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Mohr, Tübingen.
- OTTO Hans-Joachim (1982), *Generalprävention und ökonomisches Paradigma in der nordamerikanischen Kriminologie?*, Max-Planck-Institut, Freiburg.
- PLACK Arno (1974), *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, List, München.
- ROXIN Claus (1966), *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in « JuS », VI, pp. 377-387.
- SHELLHOSS Hartmut (1958), *Stichworte « Rehabilitation, Resozialisierung »*, in *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 2<sup>a</sup> ed., C. F. Müller, Heidelberg, pp. 357-361.
- SCHMIDHÄUSER Eberhard (1971), *Vom Sinn der Strafe*, 2<sup>a</sup> ed., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen.
- SCHOREIT ARMIN (1985), *Verbrechen und Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz — Rechtsprechungsübersicht 1984 —*, in *NSStZ*, V, pp. 57-62.
- STEINERT Heinz (1976), *Über die Funktion des Strafrechts*, in *Festschrift für Broda*, Europaverlag, Wien, pp. 335-371.
- STRATENWERTH Günter (1977), *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*. C. F. Müller, Heidelberg.
- STREE Walter (1982), *Deliktfolgen und Grundgesetz: zur Verfassungsmäßigkeit der Strafen und sonstiger strafretlicher Maßnahmen*, Mohr, Tübingen.
- VANBERG Viktor (1982), *Verbrechen, Strafe und Abschreckung. Die Theorie der Generalprävention im Lichte der neueren sozialwissenschaftlichen Diskussion*, Mohr, Tübingen.
- VESTER Heinz-Günter (1985), *Modernismus und Postmodernismus. Intellektuelle Spielereien*, in « Soziale Welt », XXXVI, 1, pp. 3-26.
- ZIPF Heinz (1973), *Kriminalpolitik. Eine Einführung in die Grundlagen*, C. F. Müller, Karlsruhe, Heidelberg.

Gaetano De Leo (Università di Roma « La Sapienza »)

Il crimine come problema e la sua spiegazione:  
nuovo realismo e oltre \*

1. Premessa. - 2. Che tipo di problema è la criminalità? - 3. È possibile spiegare il crimine? - 4. Conclusioni.

### 1. Premessa

Il dibattito sul « nuovo realismo » in criminologia può essere tanto più fecondo se viene inteso almeno in una duplice prospettiva di analisi: come critica di un approccio che va considerato seriamente proprio per cogliere appieno anche il senso delle sue fragilità e dei suoi riduzionismi; e come occasione riflessiva per valorizzare criticamente le sfide e le provocazioni che tale approccio lancia alle vecchie e alle nuove criminologie. Così facendo, ci si potrà forse rendere conto che la criminologia critica, nei suoi diversi orientamenti (interpretativo, marxista, realistico, tanto per dare delle indicazioni note), al di là del gioco incrociato delle critiche, in questi ultimi anni ha toccato un nodo che per essere sciolto richiede, probabilmente, una nuova sintesi, un nuovo salto di paradigma.

Cercherò, in questo articolo, di inserirmi nel dibattito sul nuovo realismo nella duplice prospettiva sopraindicata, con l'obiettivo di iniziare a porre alcune questioni di carattere più generale.

Per quanto concerne il realismo farò riferimento esclusivamente al lavoro di J. Lea e J. Young (1984); mentre per le contestualizzazioni critiche utilizzerò largamente l'esperienza di studio e di discussione che mi deriva dalla partecipazione, presso le università di

\* Il lavoro si inquadra nell'ambito di una ricerca sui recenti sviluppi delle criminologie in Europa Occidentale, finanziata dal Ministero della Pubblica Istruzione.