



Trittico Giuridico

Francesco Palazzo

Volumi pubblicati

Sezione manuali

PAOLO CARETTI - UGO DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Terza edizione aggiornata, 1998, pp. XVIII-782

ALBERTO GERMANÒ, *Manuale di diritto agrario*, Seconda edizione, 1997, pp. XII-392

GUIDO ALPA (a cura di), *Corso di sistemi giuridici comparati*, 1996, pp. X-758

GABRIELLA AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, 1997, pp. XVI-428

Sezione introduzioni

ANGELO BONSIGNORI, *Introduzione al diritto fallimentare*, 1993, pp. X-118

GUIDO ALPA, *Introduzione allo studio critico del diritto privato*, 1994, pp. X-334

GIOVANNI BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, 1994, pp. XIV-210

TEMISTOCLE MARTINES, *Introduzione al diritto costituzionale*, 1994, pp. X-142

PAOLO SPADA, *Introduzione al diritto dei titoli di credito. Lezioni*, Seconda edizione, 1994, pp. X-126

EVA ROOK BASILE, *Introduzione al diritto agrario*, 1995, pp. X-126

FRANCESCO PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, 1999, pp. X-318

Sezione casi e materiali

ROSALBA ALESSI, *Casi di diritto agrario*, 1994, pp. XII-232

MARIO P. CHITI, *Casi e materiali di diritto pubblico comunitario*, 1994, pp. XVI-524

Di prossima pubblicazione

Sezione introduzioni

MARIO BESSONE, *Introduzione al diritto dei mercati finanziari*

SERGIO CHIARLONI, *Introduzione al diritto processuale civile*

ANDREA A. DALIA, *Introduzione alla procedura penale*

GIOVANNI FIANDACA, *Introduzione al diritto penale*

RICCARDO LUZZATTO, *Introduzione al diritto internazionale*

MARIO RUSCIANO, *Introduzione al diritto del lavoro*

FRANCO GAETANO SCOCA, *Introduzione al diritto amministrativo*

**INTRODUZIONE
AI PRINCIPI DEL
DIRITTO PENALE**



G. Giappichelli Editore – Torino

mentre il concetto di giustizia dell'Antico Testamento si fondava oggettivamente sull'idea retributiva, l'insegnamento di Gesù ha diffuso un'idea di giustizia salvifica fondata piuttosto sulla riconciliazione del bene contro il male.

Inoltre, sul piano storico-sociale, la traduzione dell'idea retributiva nella dimensione giuridica è stata spesso parziale. Infatti, mentre l'assolutezza della giustizia retributiva imporrebbe di punire sempre e necessariamente il colpevole, ed in misura pari alla sua colpa (v. *oltre*, n. 10), la disciplina giuridica ha spesso conosciuto istituti in deroga a quel canone di giustizia, che escludono la punibilità del colpevole o la consentono in misura attenuata rispetto alla sua colpevolezza.

9.4. *Retribuzione e contenuto dell'illecito*

Infine, sullo sfondo dello schema retributivo di cui parliamo si pone un ulteriore presupposto necessario affinché esso mantenga la sua intrinseca "moralità" e, con ciò, la sua validità giustificativa della pena.

Perché l'infrazione della sanzione punitiva sia astretta da necessità morale, si ponga cioè come mezzo di riaffermazione nel reo dell'umanità disconosciuta con la violazione, è necessario che la legge violata sia una legge moralmente ineccepibile. Dinanzi ad una legge contraria ai principi universali di umanità, anche la sua violazione non costituisce più negazione dell'universale umanità facendo così venir meno la necessità morale della pena. Sotto questo profilo, lo schema giustificativo della retribuzione morale non è puramente astratto e formale, introducendo anzi una potenziale antinomia all'interno di un rigoroso giuspositivismo. A meno di ritenere che, in base ad un qualche sovraordinato e postulato principio, l'obbedienza alla legge positiva statale, solo perché tale ed indipendentemente dai concreti contenuti normativi, costituisca un valore morale assoluto.

Si realizza qui l'eterno scontro tra i due imperativi morali, quello di Antigone, che di fronte alla legge umana ingiusta (il divieto di dare sepoltura a Polinice) ritiene moralmente doverosa la disobbedienza e altrettanto moralmente arbitraria la pena conseguente, e quello di Socrate, che di fronte alla legge umana ingiusta che lo condanna ritiene moralmente doveroso assoggettarsi alla pena rifiutando perciò le vie di fuga prospettategli da Critone. L'antitetività delle due convinzioni morali è, però, meno netta di quanto potrebbe apparire. In un passo assai significativo del dialogo platonico l'imperativo morale di obbedienza alla legge (anche se ingiusta) viene fatto discendere da una *intrinseca sacertà* della legge come tale: «se tu, Socrate, ora muori, muori ingiuriato, non da noi leggi, ma bensì dagli uomini». Così che, in ultima analisi, tanto Antigone quanto Socrate finiscono per far discendere la giustizia morale della pena da un parametro trascendente le "umane cose", che nel

caso della figlia d'Edipo è dato dalla legge divina (che impone di dare sepoltura ai morti), nel caso di Socrate è dato dalla divinità della legge.

10. IL PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA

10.1. *Criteri di imputazione del fatto e colpevolezza*

Abbiamo già avvertito che l'idea della retribuzione morale si presenta complessa di non poche implicazioni decisamente essenziali per la comprensione del fenomeno punitivo. Nell'idea retributiva trovano, infatti, le loro radici due principi che pervadono l'intero sistema penale. Si tratta del principio di colpevolezza e di quello di proporzione.

Lo schema logico-giuridico per cui una sanzione, che – trattandosi della *pena* – è incapace di incidere obiettivamente sulla situazione di fatto connessa alla violazione, cionondimeno "trascorre" da quest'ultima – la violazione – al suo autore, prende il nome di *imputazione*. Le regole giuridiche disciplinanti l'imputazione della sanzione ad un soggetto e non ad un altro e a quel soggetto a determinate condizioni, trovano ovviamente la loro ragion d'essere in alcuni principi generali esprimenti le opzioni di fondo dell'ordinamento.

Così, in una prospettiva meramente empirico-naturalistica, questo "trascorrere" della sanzione dalla (situazione di fatto conseguente alla) violazione alla persona dell'autore si spiega solo nel presupposto utilitaristico di probabile ed eventuale condizionamento del comportamento dei consociati. Al contrario, esclusivamente muovendo da un presupposto moralmente fondato, lo spostamento dalla violazione al suo autore può trovare una spiegazione che non implichi la strumentalizzazione della persona del reo a fini di utilità sociale. La colpevolezza è la categoria giuridica che attribuisce ai criteri di imputazione una "sostanza", un contenuto coerente con le opzioni di fondo di volta in volta storicamente assunte dall'ordinamento. Più precisamente, la colpevolezza si è tradizionalmente affermata nel sistema penale quale criterio di imputazione tipicamente derivante da premesse ispirate alla retribuzione morale. A differenza della retribuzione compensativa e giuridica, la retribuzione morale – proprio per il tramite della colpevolezza – realizza un evidente e consapevole spostamento d'accento dal fatto oggettivo all'autore. La colpevolezza, in effetti, viene a costituire la condizione essenziale in presenza della quale si giustifica moralmente che la reazione sanzionatoria colpisca la persona dell'autore *per* il fatto commesso; la colpevolezza esprime la condizione in base alla quale il soggetto autore *merita* il castigo, lui personalmente nella interezza della sua concreta e reale personalità, *per* il male commesso.

La necessità della colpevolezza, quale presupposto indefettibile della pena

retributiva, deriva pur sempre da una legge morale avvertita come universale che, impregiudicata rimanendone l'origine e la fonte (l'ordine universale trascendente, ovvero la natura umana negli strati più profondi della psiche, ovvero la sedimentazione di condizionamenti sociali), si pone in ogni caso come un dato preesistente all'esperienza giuridica storicamente considerata.

10.2. I contenuti della colpevolezza

Avvicinandoci ora ad un sintetico esame dei **contenuti della colpevolezza**, si può dire che essa risponde all'esigenza che il fatto costitutivo della violazione sia riconducibile, più che alla persona, alla personalità stessa del suo autore. La colpevolezza si presenta come espressione della personalità dell'autore nel senso cioè che essa può dirsi una sorta di "presa di posizione" del soggetto, ancorché puntuale, episodica e contingente come è il fatto costitutivo della violazione, nei confronti dei valori sociali giuridicamente tutelati. Peraltro, nella prospettiva della retribuzione morale, la colpevolezza non si esaurisce nel mero "ponte di collegamento" tra il fatto e l'autore, ma contiene anche tutte le ulteriori condizioni affinché la sanzione – colpendo la persona – possa dirsi da questa *meritata*, cioè rispondente ad un giudizio morale di corrispondenza tra l'afflittività sanzionatoria (il *malum passionis*) e l'atteggiamento soggettivo personalistico di disconoscimento della legge morale universale del *neminem laedere* manifestato nel fatto della violazione (*malum actionis*).

La colpevolezza, quale uno dei presupposti della responsabilità penale, implica un'autonoma determinazione psicologica del soggetto al "male" rappresentato dalla violazione. Orbene, la sommaria analisi di siffatto concetto mostra la presenza almeno di due componenti principali.

10.2.1. Il nesso psichico tra il fatto e il suo autore

Da un lato, l'esistenza di una "determinazione psicologica", cioè di un **nesso psichico tra il fatto e l'autore**, in assenza del quale riesce addirittura difficile qualificare come "umano" un comportamento che all'uomo non sia riconducibile, risolvendosi in una serie di ciechi movimenti corporei.

L'analisi strutturale delle varie forme e tipologie di tale nesso psichico è molto complessa, essendo innumerevoli le sfumature con le quali un soggetto "partecipa" – più o meno intensamente – alla realizzazione di un fatto. In linea di principio, si può dire che i nessi psichici attraverso i quali l'uomo "partecipa" alla realtà del mondo esteriore, nella quale si collocano anche i suoi comportamenti, sono la conoscenza e la volontà. La conoscenza, quale apprendimento della realtà circostante e rappresentazione del proprio comportamento, consente all'uomo di orientare sé e la sua condotta nel mondo. La volontà consente all'uomo di

collocarsi nel mondo, nel senso di rapportarsi con la realtà esterna nel modo previamente ritenuto più confacente ai propri scopi.

10.2.2. La possibilità di determinarsi altrimenti

Dall'altro lato, la seconda componente della colpevolezza è costituita da quei presupposti e da quelle condizioni in presenza dei quali si può quanto meno ipotizzare l'"autonomia" della determinazione psicologica, cioè a dire la **possibilità** – nella data situazione – **di una diversa determinazione** del soggetto (conforme alle pretese dell'ordinamento).

10.2.2.1. *Il problema del libero arbitrio.* – La possibilità di determinarsi altrimenti postula, in primo luogo, l'esistenza del **libero arbitrio**, cioè la possibilità di scegliere liberamente il proprio comportamento, senza che fattori endogeni od esterni costituiscano condizioni necessitanti l'agire umano.

Annosa ed insolubile questione, quella del libero arbitrio dimostra come le fondamenta stesse del diritto penale, la possibilità cioè di costruire un sistema filosoficamente ed antropologicamente fondato, poggino su basi ultime scientificamente indimostrabili. Comunque sia di ciò, fra le tesi estreme di un'incondizionata libertà di autodeterminazione (*liberum arbitrium indifferentiae*) ed una assoluta necessità di comportamento causalmente determinato, più diffusa e plausibile è la tesi intermedia. Secondo la quale l'uomo, pur condizionato da fattori variamente e causalisticamente influenti sui processi motivazionali, mantiene uno spazio di autonomia nella scelta tra i diversi e contrapposti moventi che si affacciano alla sua coscienza.

Per la verità, nonostante la sua maggiore conformità alle convinzioni generalmente correnti e ai risultati dell'esperienza introspettiva di ciascuno, neppure questa tesi appare scientificamente verificabile e dimostrabile. In effetti, dinanzi alla pluralità dei motivi che si affacciano all'autore (ad esempio, la prospettiva di un rapido arricchimento mediante una rapina, il rischio di subire la correlativa pena, la necessità di dover assumere uno "stile di vita" coerente col proposito criminoso, le remore derivanti dal porsi contro l'ordinamento, ecc.), rimane sconosciuta la "ragione psichica" per cui il soggetto opta per l'atto criminoso, senza contare poi che è probabile che i diversi motivi – nella concretezza della situazione – non siano neppure apparsi tutti con pari chiarezza alla coscienza del soggetto così come non è in alcun modo dimostrabile che una maggiore "insistenza" del soggetto su uno dei contromotivi a delinquere avrebbe potuto realmente inibire la commissione del reato.

Piuttosto, è ben possibile che l'efficacia determinante di un motivo anziché di un altro sia dovuta al concorso di fattori emotivo-affettivi caratterizzanti la stessa struttura bio-psichica della personalità. Il che, tuttavia, non impedisce di fondare giuridicamente un giudizio di colpevolezza attraverso

la costruzione normativa di modelli di normalità psichica in relazione ai quali è affermabile la possibilità di una diversa determinazione di volontà. In effetti, nonostante che – *nel caso concreto* – rimangano indimostrati sia la possibilità del soggetto di agire altrimenti sia i fattori bio-psichici che hanno fatto prevalere il movente criminoso, è tuttavia decisivo che le caratteristiche della personalità del soggetto (come individuate dal diritto mediante modelli fondati sull'età, salute, ecc.) fossero tali per cui la maggioranza delle persone si sarebbe astenuta dal commettere il reato.

La normalità psichica della personalità prende il nome di capacità di intendere e di volere, costitutiva del concetto giuridico di *imputabilità* (art. 85 ss. c.p.).

10.2.2.2. *La normalità del processo motivazionale*. – La capacità d'intendere e di volere non è però l'unico presupposto della possibilità di agire altrimenti e, dunque, della colpevolezza. In effetti, oltre alla normalità psichica della *personalità* del soggetto, è necessaria la **normalità del processo motivazionale**, cioè che la *specifica e concreta determinazione criminosa* non sia stata condizionata da fattori – esogeni o endogeni – di intensità soverchiante.

Così, ad esempio, una seria minaccia ovvero l'esistenza di un contingente, grave ed urgente bisogno, ovvero anche la particolare, accentuata suggestionabilità del carattere possono certamente alterare le capacità di autodeterminazione, riducendo o addirittura eliminando l'"autonomia" della decisione criminosa. Il diritto penale prende in espressa considerazione alcune specifiche ipotesi di condizionamento del processo motivazionale (come, ad esempio, negli artt. 54.3; 384; 599.2, c.p.), collegandovi effetti di esclusione o di attenuazione della responsabilità. Per le ipotesi non espressamente previste tende ad affermarsi, tra molte incertezze, il principio di *inesigibilità* (del comportamento diverso).

10.3. *Fatti psichici e standard normativi nella colpevolezza*

Due notazioni finali sul punto. In primo luogo, le due componenti fondamentali della colpevolezza, che qui abbiamo individuato nel nesso psichico tra il fatto e il suo autore (*a*) e nella possibilità di determinarsi altrimenti (*b*), rappresentano in qualche modo anche le tappe successive dell'evoluzione della teoria della colpevolezza. Che, in effetti, da una **concezione** originariamente solo **psicologica** della colpevolezza è poi approdata ad una concezione detta **normativa**. Nella concezione psicologica, la colpevolezza tendeva ad esaurirsi nel collegamento psichico tra fatto ed autore e, di conseguenza e soprattutto, a identificarsi con un dato psichico – quale la rappresentazione e la volontà del fatto o la sua attribuibilità psicologica – nella sua essenza e struttura *neutrale* e insuscettibile di una *graduazione normativa*. In sostanza, la rappresentazione e la volontà di un fatto determinato prende il nome di "dolo" solo quando e perché

ha ad oggetto un fatto "di reato", ma nella sua sostanza psicologica il "dolo" rimane identico anche quando ha ad oggetto un fatto penalmente lecito.

Al contrario, la possibilità di determinarsi altrimenti si esprime necessariamente attraverso un *giudizio* che assume come parametro valutativo un modello o uno standard normativo e ideale, rispetto al quale è *misurabile il grado* di scostamento da parte del soggetto concreto: in quella determinata situazione di concitazione, sarebbe stato conforme al modello normativo una minore risonanza dei contro-motivi ad agire ma non una loro totale pretermissione. Inoltre, il giudizio di colpevolezza sulla possibilità di determinarsi altrimenti ha un carattere normativo anche perché esso costituisce la base e la misura di un giudizio di *rimproverabilità* in quanto dà alla violazione la consistenza di una personale inottemperanza alle pretese dell'ordinamento giuridico, di un momento di intollerabile (per l'ordinamento) antitesi tra la volontà dell'individuo e quella dell'ordinamento.

In secondo luogo, è indubbio che la concezione normativa della colpevolezza ha spinto la scienza penale ad un maggiore approfondimento conoscitivo del processo motivazionale della risoluzione criminosa, in questo senso favorendo l'apertura al contributo delle scienze psicologiche. Tuttavia, i **limiti delle conoscenze umane** sul reale e concreto ruolo svolto dai vari fattori motivazionali – oltre che la difficoltà di individuarli tutti – uniti agli ovi limiti di accertamento processuale, fanno sì che il diritto, in ordine all'estremo della normalità del processo motivazionale, si serva spesso di **modelli standardizzati**, cioè di schemi normativi astratti che in sostanza, a parità di certe condizioni obiettivamente verificabili, presumono la normalità del processo motivazionale. Tipico in tal senso è, ad esempio, l'orientamento che va consolidandosi anche in giurisprudenza a proposito dell'efficacia motivazionale svolta dalla mancata conoscenza della legge penale. Dopo la modifica dell'art. 5 c.p. realizzatasi per mezzo di una sentenza della Corte costituzionale (n. 364 del 1988), il giudice deve tener conto ai fini della colpevolezza di quanto può avere inciso il fatto che il soggetto ignorasse la legge penale incriminatrice del fatto commesso. Ma la giurisprudenza, e anche parte della dottrina, tendono a negare che possano avere rilevanza al riguardo fattori e circostanze del tutto soggettivi e particolari, come ad esempio la suggestionabilità o la situazione d'inferiorità reverenziale rispetto a chi dette l'errata informazione giuridica, limitandosi invece ad accordare rilevanza a fattori "obiettivi", cioè capaci di condurre all'*ignorantia legis* qualunque soggetto, come ad esempio l'erronea informazione giuridica da parte delle autorità competenti o l'assoluta incomprendibilità del testo normativo.

È in ogni caso chiaro che proprio l'arricchimento del concetto di colpevolezza soprattutto nella direzione della normalità del processo motivazionale dà piena ed effettiva ragione di una delle connotazioni più spiccate e significative del diritto penale. E cioè del decisivo ruolo che assume il giudizio sulla personalità dell'autore nell'accertamento e graduazione della responsabilità

penale. Nessun dubbio, infatti, che la "normalità" del processo motivazionale può essere ricostruita solo alla luce della personalità del soggetto; non solo dei tratti della personalità di per sé direttamente incidenti sul processo motivazionale (come ad esempio potrebbe essere un'accentuata instabilità del carattere o addirittura una vera e propria patologia del sistema nervoso), ma anche della "risonanza" speciale che fattori esterni possono acquisire in ragione di alcune caratteristiche personali (come ad esempio potrebbe essere un'accentuata sensibilità al dolore).

La riflessione teorico-scientifica sulla colpevolezza è andata nel senso di un progressivo approfondimento delle sue componenti psichico-motivazionali, dilatando così le conoscenze – anche empiriche – concernenti l'imputazione soggettiva del fatto al suo autore.

Per altro verso, però, contemporaneamente la categoria della colpevolezza ha attraversato delle crisi profondissime le cui radici affondano nel processo di secolarizzazione e scientificizzazione del pensiero moderno, cioè in quella tendenza ad una elaborazione concettuale-conoscitiva sempre più completamente affrancata dal condizionamento di *postulati metafisici*, inattingibili da una spiegazione scientifico-razionale, e sempre più ricorrente invece al metodo caratteristico delle scienze naturalistiche della verifica empirico-sperimentale dei propri assunti.

11. LA CRISI DELLA COLPEVOLEZZA

Riassumendo al massimo una serie di vicende straordinariamente complesse, nelle quali strettissimi si rivelano i nessi della colpevolezza con le sue premesse filosofiche e con la loro evoluzione, si può dire che due sono le crisi attraversate nell'ultimo secolo dalla colpevolezza: una di rigetto e l'altra di identità.

11.1. La crisi di rigetto: dalla colpevolezza alla pericolosità

Il **rigetto della colpevolezza**, la sua estromissione dal sistema penale, è stata propugnata, sulla scorta del trionfante positivismo scientifico della seconda metà dell'Ottocento, da quelle correnti di pensiero che si proponevano una trasformazione integrale del sistema da una dimensione punitiva ad una finalità di esclusiva prevenzione speciale. Negata l'esistenza del libero arbitrio nell'uomo e ricondotto anche l'agire umano, compreso quello criminale, al piano dei fenomeni naturalistici causalisticamente condizionati e dunque spiegabili sulla base esclusivamente di un rapporto di derivazione necessaria da fattori causali condizionanti (fisico-biologici, psicologici o sociali che fossero), il concetto di colpevolezza non può che cedere il posto a quello di pericolosità sociale. Alla legge morale

universale per cui il soggetto che ha fatto il "male" *merita* l'infrazione di una "pena" corrispondente (v. *retro*, n. 9), si sostituisce la legge scientifico-naturalistica per cui nei confronti del soggetto, che – avendo o meno commesso una violazione – riveli comunque la compresenza di fattori statisticamente causativi di comportamenti criminosi, è scientificamente formulabile un giudizio di *pericolosità* sociale. Legittimo, dunque, che l'ordinamento realizzi la difesa sociale della collettività attraverso l'allestimento di un sistema di misure di prevenzione speciale, dirette a contenere – mediante la terapia, l'educazione, la neutralizzazione – la pericolosità sociale rivelata dal soggetto.

Questo filone di pensiero ha storicamente prodotto risultati importanti, quali la comparsa di istituti *lato sensu* sanzionatori (v. *retro*, n. 5) come le misure di sicurezza e le misure di prevenzione *ante delictum*: entrambe ancorate – almeno in linea di principio – ad una concreta pericolosità sociale del singolo soggetto e sganciate invece da qualunque presupposto di colpevolezza. Tuttavia, nell'esperienza storica comune, il pensiero positivista non è riuscito a realizzare una completa trasformazione del diritto penale, privandolo della sua dimensione punitiva. Nella realtà dei moderni ordinamenti, il diritto penale continua ad essere caratterizzato ed identificato per la presenza della sanzione punitiva, con la quale spesso coesistono misure di sicurezza e misure di prevenzione speciale. Sebbene oggi, ormai, queste categorie sanzionatorie siano generalmente qualificate come "penali" in nome dell'identità dello scopo ultimo e della "materia" (la difesa della società dalla criminalità mediante strumenti comunque limitativi dei diritti della persona) che le accomuna al diritto penale in senso proprio, ciò nondimeno la qualificazione "penalistica" di un determinato complesso normativo è ancora oggi possibile solo in quanto al suo centro vi sia l'adozione dello strumento *punitivo*, come l'abbiamo delineato nelle pagine precedenti.

11.2. La crisi di identità: il rifiuto delle premesse metafisiche

Assai più recente, ed anzi attuale, è la **crisi di identità** che attraversa la colpevolezza. Questa volta non è in discussione la sopravvivenza della stessa sanzione punitiva; al contrario, l'implicita premessa di questa crisi d'identità della colpevolezza è costituita proprio dall'esaltazione della funzione di prevenzione generale, negativa e positiva, della pena.

In effetti, il pensiero secolarizzato contemporaneo, mentre è portato a identificare il fondamento della sanzione punitiva nel meccanismo razionalisticamente ricostruibile, se non proprio empiricamente verificabile, della prevenzione generale, non riesce invece ad accettare quella componente sostanzialmente metafisica, e come tale insuscettibile di dimostrazione razionale, insita nella legge morale universale della retribuzione morale.

A ciò si aggiungano altri due motivi di scetticismo nei confronti del ruolo

assunto dalla colpevolezza nel sistema penale. Da un lato, anche se ormai le stesse scienze naturali hanno rivisto certe posizioni di integrale determinismo, tuttavia il libero arbitrio – necessario presupposto logico-morale della colpevolezza – continua ad essere un postulato scientificamente indimostrabile se non proprio un articolo di fede. Dall'altro lato, e soprattutto, la colpevolezza è apparsa disfunzionale alla funzione di prevenzione generale, soprattutto negativa. In effetti, se prevenzione generale mediante intimidazione significa influenzare il processo motivazionale dei consociati mediante la rappresentazione anticipata dell'afflizione sanzionatoria, questa rappresentazione vi sarà quale che sia l'atteggiamento psicologico del soggetto autore dell'illecito nei confronti del fatto da lui commesso. Anzi, quanto minori saranno i requisiti richiesti dalla legge per l'imputazione soggettiva del fatto illecito, tanto maggiore sarà naturalmente il numero dei soggetti dichiarabili responsabili e quindi il numero delle condanne emesse. Conseguentemente, alla maggiore ampiezza della risposta repressiva dello Stato corrisponderà una maggiore efficacia del messaggio intimidativo.

11.3. Le trasformazioni subite dalla colpevolezza

A fronte di questi motivi di scetticismo nei confronti della colpevolezza, il pensiero razionalistico e secolarizzato non può però ignorare almeno due punti di forza di quel concetto. Da un lato, ad onta della taccia di scientifica indimostrabilità dei suoi presupposti metafisici, la colpevolezza si rivela una *categoria concettuale della ragion pratica* profondamente radicata e vitale nella realtà sociale anche dei tempi nostri. Le idee della capacità di autodeterminazione dell'uomo e della conseguente responsabilità morale per le azioni compiute costituiscono ancor oggi le pietre angolari sulle quali è organizzato tutto il vivere sociale. Rinunciare al concetto tradizionale di colpevolezza significherebbe svellere il diritto penale dall'insieme coordinato e integrato dei sistemi normativi di controllo sociale, farne cioè una realtà profondamente lontana dalla reale dimensione della vita sociale, come tale destinata ad un avvenire di grande incertezza.

Dall'altro lato, è ormai radicata l'idea del ruolo e della *funzione garantista* della colpevolezza. La colpevolezza non realizza solamente quella garanzia per così dire "ideale" di evitare la strumentalizzazione dell'uomo insita nella funzione generalpreventiva della pena (v. *retro*, n. 9), ma adempie anche una assai concreta garanzia di tipo più strettamente "politico". Da quando la potestà punitiva è diventata una componente esclusiva del potere politico incarnato dalle varie forme di Stato, da quando cioè si è realizzata la sua completa "pubblicizzazione", sempre in agguato è stato il pericolo di un abuso del potere punitivo a fini di neutralizzazione dell'avversario politico. Orbene, è chiaro che quanto più si allentano i criteri per l'imputazione del fatto illecito al suo autore, tanto più si amplia in generale il campo soggettivo di utilizzazione dello strumento sanzionatorio punitivo.

Dinanzi a queste ragioni di profondo radicamento della colpevolezza nell'esperienza storica del sistema penale, il pensiero razionalista antimetafisico ha finito per trovarsi in una situazione come di disagio, venendosi così a determinare quella che abbiamo chiamato una crisi di identità del concetto di colpevolezza. La colpevolezza, cioè, è rimasta quale categoria e principio fondamentale del sistema, **ma ne sono mutati contenuto e funzione**, a séguito del rifiuto delle premesse metafisiche tradizionali. Più precisamente, possono essere ridotte a due le linee lungo le quali si è manifestata questa crisi, a seconda che la colpevolezza sia stata ricostruita, nel suo fondamento e nei suoi contenuti, quale derivato della funzione di prevenzione generale, cioè quale requisito *interno* – per così dire – al meccanismo funzionale generalpreventivo (concezione funzionale della colpevolezza), oppure quale strumento di garanzia del cittadino nei confronti del potere punitivo, cioè quale limite *esterno* – per così dire – alle esigenze di tutela generalpreventiva della società (concezione garantista della colpevolezza).

11.3.1. Le concezioni funzionali

La **concezione funzionale** della colpevolezza assume due formulazioni diverse a seconda che ci si muova nel quadro della prevenzione generale positiva ovvero di quella negativa.

Nella *prima prospettiva*, l'esigenza che i criteri di imputazione soggettiva del fatto siano ispirati al principio di colpevolezza deriva da una pretesa avanzata "dalla società", dalle convinzioni sociali, nei confronti del diritto penale. Una pretesa che risulta oggetto di empirica constatazione più che di spiegazione metafisicamente giustificativa; ma che, nel contempo, proprio per essere posta dalla società costituirebbe condizione indispensabile perché la pena possa esplicare la sua funzione generalpreventiva positiva. Più precisamente, la funzione orientativo-pedagogica della pena, di educazione ai valori fondamentali dell'ordinamento, presuppone naturalmente che il "messaggio" rivolto dal diritto penale ai consociati sia congegnato in modo da poter essere accettato come tale dai destinatari, in quanto non contrastante dunque con le convinzioni sociali più radicate. Ebbene, una pena che prescindesse dalla colpevolezza determinerebbe invece una reazione di rigetto da parte della comunità, in quanto sarebbe sentita come radicalmente "ingiusta" e quindi, lungi dal favorire l'interiorizzazione sociale dei valori giuridici, si rivelerebbe addirittura controproducente. Irrilevante o perfino scientificamente insondabile essendo la ragione ultima per cui una pena senza colpevolezza è sentita come "ingiusta", sarebbe in ogni caso decisiva e sufficiente la mera constatazione di fatto che questo è l'indiscusso dato offerto dall'esperienza sociale.

Sostanzialmente non dissimile è lo svolgimento argomentativo della teoria della prevenzione-integrazione. Rispetto alle violazioni soggettivamente non sostenute da adeguati coefficienti di colpevolezza, il ristabilimento della fidu-

cia sociale nelle istituzioni non richiederebbe il ricorso alla sanzione criminale. In sostanza, solo dinanzi a fatti colpevoli la fiducia istituzionale sarebbe così intensamente scossa da richiedere quella penetrante opera di ristabilimento della integrazione e stabilizzazione sociale resa possibile dallo strumento punitivo criminale. Dunque, la necessità e la misura della colpevolezza sarebbero in funzione delle esigenze di integrazione sociale.

Nella *prospettiva della prevenzione generale negativa*, cioè a dire mediante intimidazione, la colpevolezza diviene un momento funzionalmente necessario al meccanismo di disincentivazione al crimine, in quanto essa sta ad indicare le condizioni soggettive di motivabilità dei consociati da parte della norma precettiva.

In effetti l'irrogazione di una sanzione penale in assenza del presupposto della colpevolezza, cioè in una situazione in cui il soggetto – perché ad esempio incapace di intendere e di volere o psichicamente del tutto estraneo al fatto – non avrebbe potuto essere motivato dalla norma precettiva, può senz'altro contribuire alla prevenzione generale, in quanto la condanna del singolo contribuisce comunque a potenziare nei consociati la conoscibilità del precetto. Ma sarebbe un contributo dato quale mero mezzo di divulgazione conoscitiva del precetto, non già quale reale monito che si appella alla coscienza dei destinatari. In verità, l'individuo che vedesse irrogata la pena anche a colui che versava in condizioni di non motivabilità, dovrebbe concludere che l'assoggettamento a pena è in definitiva un "rischio" soggettivamente connesso all'agire umano, indipendentemente dalla reale possibilità del soggetto di orientarsi ai dettami del diritto. Con la conseguenza che o il soggetto per evitare questo rischio si astiene dall'agire, con ovvie ripercussioni sull'ampiezza della libertà di ciascuno, oppure si determina una preventiva e generica accettazione del rischio: il che rappresenterebbe un atteggiamento psichico della coscienza esattamente opposto a quello di tensione ed attenzione psichica a ricevere il monito proveniente dalla norma penale, che costituisce il momento centrale e la condizione di efficacia del meccanismo generalpreventivo negativo.

In definitiva, solo in presenza delle condizioni di motivabilità dell'autore della violazione, l'imputazione soggettiva del fatto, e dunque l'irrogazione della pena, è in grado di svolgere effettivamente la funzione di monito orientatore delle coscienze nel momento della decisione all'azione. Problema diverso ed ulteriore, già accennato prima (v. *retro*, n. 10.3) ma non ulteriormente sviluppabile in questa sede, è quello concernente l'individuazione legislativa delle condizioni di motivabilità in cui consiste la colpevolezza: e cioè se mediante schemi e paradigmi normativi di tipo obiettivo-astrettizzante e dunque sostanzialmente presuntivo, ovvero mediante contenuti psichici da accertare in concreto dal giudice nella loro reale efficacia condizionante i processi motivazionali dell'autore.

11.3.2. *Le concezioni garantiste*

La **concezione garantista** della colpevolezza è stata fatta espressamente propria dalla Corte costituzionale italiana in una famosa sentenza del 1988 (24 marzo 1988, n. 364), in tema di inescusabilità dell'*ignorantia legis*. Al di là del pur decisivo problema specifico affrontato dalla Corte, interessa qui l'affermazione generale del principio, secondo il quale la colpevolezza è «indispensabile (...) anche per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producono conseguenze penalmente vietate».

Per ben comprendere il rapporto intercorrente fra libertà individuale e colpevolezza, occorre rammentare preliminarmente che la libertà di agire del singolo non è solamente quella esteriore di non incontrare ostacoli materiali o coercizioni fisiche alla propria azione, ma anche quella c.d. "morale" di potersi determinare all'agire sulla base della possibilità di calcolare anticipatamente le conseguenze delle proprie azioni e, dunque, il loro rapporto con la realtà esterna nella quale esse andranno ad inserirsi. Se l'uomo non avesse la possibilità di rappresentarsi anticipatamente le conseguenze del proprio agire, egli non vivrebbe realmente libero perché o sarebbe costretto all'inazione, oppure il suo agire sarebbe del tutto cieco in quanto casuale ovvero governato esclusivamente da un'istintualità animalesca.

Le conseguenze dell'azione umana sono o naturali o giuridiche. Per quanto riguarda le conseguenze naturali, è indubbio che la finitezza conoscitiva dell'uomo gli impedisce la conoscibilità – e quindi la "dominabilità" – di tutte le possibili conseguenze dell'azione. In un certo senso, l'uomo "subisce" le conseguenze imprevedibili, le quali certamente limitano dunque l'astratta libertà d'agire in quanto lo sovrachiano senza possibilità di entrare a far parte dei criteri di libera autodeterminazione dell'uomo. Ma questo genere di limitazione è – per così dire – necessariamente "accettato" dall'uomo in quanto espressione dell'impari suo rapporto con la natura e col mondo.

Quando, invece, si tratta delle conseguenze giuridiche, cioè di quelle derivanti dal potere statale (e, nel nostro caso, punitivo), la loro incalcolabilità si pone come un limite non già naturale bensì *politico* alla libertà di agire dell'uomo. La loro incalcolabilità impedisce al singolo di assumere le proprie decisioni di azione in modo adeguato alla realtà normativa. La sua libertà d'agire ne soffre in tanto in quanto, e nella misura in cui, il soggetto veda la sua azione esposta a conseguenze giuridiche non prevedibili né dominabili. La realizzazione delle conseguenze giuridiche imprevedibili non può esser vista, però, dall'uomo come un limite *naturale* alla propria libertà, per la buona ragione che non di un limite naturale e necessario si tratta bensì del deliberato risultato della volontà politica dell'ordinamento giuridico. Certamente,

l'ordinamento può ben imporre conseguenze giuridiche imprevedibili dal soggetto che le subisce in nome di superiori esigenze di tutela del bene comune: ma ciò non toglie che in tal caso vi sia un sacrificio, magari anche giustificato, della libertà "politica" del cittadino.

Orbene, la colpevolezza, in quanto richiede che i criteri di imputazione della violazione al suo autore esprimono un nesso di compenetrazione psichica fra il fatto commesso e il soggetto responsabile destinatario delle conseguenze giuridiche, tende a ridurre il possibile margine di imposizione di conseguenze sanzionatorie imprevedibili. In vero, se il soggetto dovesse essere chiamato a rispondere penalmente per fatti a lui totalmente o anche parzialmente "estranei", egli subirebbe la pena come una conseguenza giuridica imprevedibile: come tale incompatibile con quella sicurezza giuridica che è condizione della libertà "morale" d'agire.

Sotto un secondo e assai più limitato profilo la colpevolezza gioca un ulteriore ruolo garantista. Come meglio vedremo nel paragrafo successivo, uno dei corollari della colpevolezza eticamente fondata è la proporzione tra la gravità della violazione e la gravità della pena. Ancorché privata di qualunque riferimento ai postulati metafisici di leggi morali universali, la proporzione assurda ad autonomo principio garantista diretto ad impedire che la finalità utilitaristica di tutela della società possa innescare un'inarrestabile tendenza legislativa all'intensificazione della risposta punitiva.

11.4. La colpevolezza è ancora un principio giuridico

In conclusione, si può sicuramente dire che la **colpevolezza costituisce oggi un principio** del diritto penale nel senso che abbiamo precisato nel capitolo introduttivo. Pertanto, nel disciplinare dettagliatamente le varie forme e tipologie del nesso psichico nonché le condizioni dell'autonomia di determinazione, il legislatore tiene ovviamente conto non solo della realtà empirico-naturalistica della psiche umana ma anche delle proprie esigenze ordinamentali e delle proprie finalità ispiratrici. Così, nella prospettiva rigorosamente moral-retributiva il nesso psichico tenderà a stringersi riducendosi ai rapporti fondativi di una vera e propria compenetrazione moralmente significativa tra fatto e soggetto; come pure l'accertamento della normalità del processo motivazionale scandaglierà in profondità tutti i fattori capaci di incidere sulla "libertà" di autodeterminazione, per individuare il reale grado di riprovevolezza morale dell'atto di determinazione. Nella prospettiva rigorosamente utilitaristica, invece, il nesso psichico e così pure la normalità del processo motivazionale tenderanno a figurare tra i presupposti della responsabilità individuale solo in tanto in quanto essi siano funzionali al risultato di condizionamento dei comportamenti dei consociati, ovvero costituiscano le condizioni necessarie per

realizzare una garanzia dell'individuo nei confronti del potere punitivo.

Con specifico riguardo all'ordinamento italiano, il principio di colpevolezza è addirittura ritenuto di rango costituzionale, in quanto ricavabile dall'art. 27.1 Cost.: «la responsabilità penale è personale». Originariamente intesa in senso riduttivo quale mero divieto di responsabilità penale *per fatto altrui*, sussiste oggi una *communis opinio* nel senso che tale disposizione stia piuttosto a significare un divieto di responsabilità oggettiva, cioè senza colpevolezza. Nella sua dimensione costituzionale, il principio vede indubbiamente esaltata la sua funzione garantista, nell'ovvia considerazione che compito precipuo di un testo costituzionale è più quello di regolare i rapporti tra individuo ed autorità che quello di assumere posizioni ideologicamente e scientificamente controvertibili.

Sul piano, poi, della sua attuazione a livello della legislazione ordinaria, non si può fare a meno di rilevare come il principio di colpevolezza abbia trovato un cammino irto di ostacoli ed esitazioni. E al riguardo si pongono ancor oggi come fattori frenanti non solo le difficoltà probatorie, dell'accertamento processuale dei reali nessi psichici e degli effettivi fattori motivazionali, ma anche e soprattutto una persistente tendenza del legislatore ad addossare al reo *tutte* le conseguenze anti-giuridiche che sono derivate da una sua precedente attività penalmente illecita (v., ad esempio, gli artt. 82.2; 83; 116; 117; tutte le ipotesi di c.d. delitti aggravati dall'evento): quasi che l'«originaria» colpevolezza presente in chi si pone comunque contro l'ordinamento penale possa legittimamente dilatarsi a "coprire" tutte le conseguenze di un agire comunque illecito, secondo il vecchio ed antitetico principio per cui *qui versatur in re illicita tenetur etiam pro casu*.

Indiscutibile, comunque, è la tendenza alla progressiva affermazione del principio di colpevolezza da parte non solo della dottrina ma anche della giurisprudenza e del legislatore.

12. IL PRINCIPIO DI PROPORZIONE

Il principio di necessaria proporzione fra gravità della violazione e afflittività della sanzione è un corollario assolutamente imprescindibile dell'idea retributiva. Ma attualmente la portata e la vitalità del principio di proporzione sono andate molto oltre i limiti segnati dalla premessa retributiva, potendosi oggi affermare che quello di proporzione è un principio generale dell'ordinamento, che si è imposto indipendentemente dall'adesione o meno all'idea retributiva. Anzi, anche per il principio di proporzione si può dire qualcosa di simile a ciò che abbiamo notato a proposito della colpevolezza e della sua crisi di identità. E cioè che il moderno pensiero secolarizzato, dopo aver spezzato l'antico legame esistente tra retribuzione e proporzione, ha ricostruito il fondamento di quest'ultima o su basi funzionaliste, come requisito