DIRITTO PENALE I

17/9/2018

Forte attenzione dei mass-media nei confronti del nostro sistema ordinamentale penale. Studiamo il diritto penale nel suo ruolo, e come espressione della potestà dello Stato, sia dal punto di vista della vittima e sia di colui che ha offeso.

Il diritto penale precede ed è successivo alla procedura penale. Si parla di diritto processuale in quanto esiste una base sostanziale, a cui si deve riallacciare il processo, ma è anche susseguente perché quando si dichiara l'esistenza di un reato, possiamo vedere come si verifica la sua esistenza.

Il diritto penale è la materia dell'appello e non del primo grado in quanto la sentenza c'è già stata e si tratta di verificarla.

Si tratta di un sistema che deve evolversi nella verifica della responsabilità, quindi presenta un carattere intrecciato al processuale e una visione profondamente influenzata da fattori extra-giuridici. Non è possibile capire il diritto penale, se non si conosce la filosofia, la psicanalisi, la storia dei sistemi politici, la letteratura, e i sistemi sociali con cui si verifica la devianza.

La lettura dei classici è essenziale per capire quali sono le dinamiche della colpa e della pena, attorno ai quali ruota la riflessione dell'individuo responsabile.

Lo studio della materia penalistica si articola in tre settori:

- principi del diritto penale, cioè le valutazioni e statuizioni di fondo che caratterizzano il sistema e che si esprimono nella delineazione di canoni fondamentali (funzione della pena, quali fatto meritano la pena, e attraverso quali fonti e procedimenti si può fondare la rilevanza dei fatti e punire). A questi si accostano la legge penale del tempo e la legge penale nello spazio;
- il secondo settore di riflessione è rappresentato dallo studio del reato, cioè di quell'ente giuridico che esprime l'esistenza di un illecito penale. Il problema si sposta nell'individuazione dei requisiti di questo ente, chiamato reato, per poter essere chiamato tale. Accanto a questo, vi sono le manifestazioni del reato, cioè i modi diversi in cui il reato può apparire, rispetto al reato-base. Qui si studiano due figure: cioè circostanze di reato, concorso di un reato, tentativo di delitto (che rimane incompiuto) per capire come si deve punire, il concorso di più persone nel reato;
- conseguenze del reato, cioè la pena. Il reato è quel fatto accompagnato dalla pena. La pena è l'altro lato della norma incriminatrice, questa è costituita da un fatto a cui segue una sanzione. Da questa norma si capisce come la conseguenza penale abbia un'importanza fondamentale e una rilevanza per capirne anche le caratteristiche (pene pecuniarie, amnistia....). La misura di sicurezza si applica ai soggetti che non sono capaci di intendere e di volere (pena). Possono aggiungersi alla pena per i soggetti imputabili.

Il nostro sistema è caratterizzato da un doppio binario, da un lato ci sono le pene e dall'altro le misure di sicurezza che sono sanzioni penali basate sulla pericolosità, cioè sulla probabilità che il soggetto torni a commettere il reato.

Il diritto penale è composto di questo tipo di reazioni e fatti previsti dalla legge, a cui l'ordinamento reagisce applicando una pena oppure una misura di sicurezza. Queste ultime non sono previste da norme incriminatrici, ma sono disciplinate dal codice penale, in una precisa sezione. Nella parte speciale del codice, cioè nella parte in cui si trovano le singole fattispecie di reato, ci sono le norme incriminatrici.

Il codice è diviso in una parte generale ("dei reati in generale") e una parte speciale ("dei delitti in particolare").

Il nostro sistema non contempla solo l'esistenza del codice, ma prevede norme speciali, o complementari, che sono andate crescendo a dismisura.
Il codice nella parte speciale, è molto più ridotto rispetto ai complessi normativi speciali.
Il codice penale Rocco risale al 1930, redatto da una commissione ministeriale. Un importante lavoro fu svolto dal fratello del Ministro Rocco, Alfredo che era penalista.
A completare il quadro è infine, il codice di prevenzione che contiene misure di prevenzione, cioè misure che si applicano in fase di sospetti e indizi di responsabilità. Cerca di prevenire il reato.
Questo sistema è discusso oggi perché si tratta di imporre delle misure sanzionatorie senza un accertamento di una responsabilità, attraverso il processo penale. Ma per ragioni di tutela della collettività, queste misure non sono illegittime. Queste sono state infatti amplificate e regolamentate per evitare che in caso di devianze si debba aspettare dei processi.
Perché si punisce? Siccome si tratta di limitare eventualmente la responsabilità di un individuo, in un sistema fondato sullo stato di diritto, il problema è quello della legittimazione (a quale condizione). Il potere di punire deve essere legittimato. Non basta che la legge decide arbitrariamente, ma ci deve essere una motivazione.
Si risponde a questo quesito, dicendo che, anzitutto il diritto penale è un ramo del diritto pubblico, e non è rimesso alla volontà dei privati, è disciplinato in funzione di un'esigenza della collettività. "Il P.M ha l'obbligo di esercitare l'azione penale". Si parla di una funzione autoritativa e non è rimesso alla valutazione del privato.
Il diritto penale interviene quando sono in gioco i beni fondamentali della convivenza organizzata, cioè certi tipi di offese che se non adeguatamente prevenute cercano di mettere in discussione il riconoscimento dei beni fondamentali della convivenza in un certo territorio.
Il carattere vincolato ad esigenze collettive e generali di questo ramo del diritto, lo si coglie anche nel processo che si ispira ad un criterio di giurisdizionalità. Nel giudizio il giudice è vincolato a valutare la colpevolezza o meno di un soggetto.
Anche nel patteggiamento, l'accordo tra accusa e imputato sulla pena è sottoposto al vaglio del giudice. Non è che l'accordo chiude il procedimento, ma il giudice deve verificare che il patto sia corretto e proporzionato tra le parti.
Secondo una corrente processualistica, il giudice deve portare dei dati di effettiva colpevolezza.
Un ramo che si legittima per tutelare gli interessi che fanno capo al singolo, collettività, incolumità pubblica, ordine pubblico, interessi dello stato.
Quale è la funzione della pena?
Nietzsche dice che "la pena si sottrae alla definizione". Il problema è grande. Ma vediamo la funzione.
Serve a ricreare una situazione che era stata compromessa. Ad esempio, nella responsabilità civile, si capisce subito la funzione, cioè reintegrazione e riequilibratrice (dopo un danno). Non è possibile reintegrare nel caso in cui c'è stato un omicidio. Il carcere non ha una funzione reintegrante. La pena a prima vista, infatti non serve a niente perché non riesce a reintegrare l'interesse offeso, come fanno, invece, le sanzioni civili.
L'articolo 17 dice che ci sono pene detentive, come la reclusione, e anche pene pecuniarie come l'ammenda e la multa. La pena pecuniaria accompagna, oppure si pone in sostituzione di quella detentiva, e ha una funzione di risposta e repressione del reato e non riequilibratrice. Infatti, la pena pecuniaria è un di più che si aggiunge al risarcimento.
La ragione della pena è che è stata minacciata. Se l'ordinamento ha interesse a impedire certi fatti, allora l'interesse dell'ordinamento, non è solo quello di reintegrare l'offesa, ma è

quello di impedire l'offesa. Si ha una funzione di prevenzione generale.
Il diritto penale aspira a non esistere, cioè di non dover mai vedere l'esistenza di reati, e di non punire. Ma se la si minaccia si ha l'applicazione della pena.
Tutte le pene hanno questa caratteristica, e hanno la caratteristica di prestarsi a limitare la libertà personale. Anche la pena pecuniaria ha questa caratteristica, perché se non si paga, si apre il procedimento esecutivo, ma se non si è solvibili allora, in base alla l. n°681 del 1989, la pena pecuniaria ineseguita si converte o in libertà controllata o al lavoro sostitutivo non retribuito.
Se l'interesse dell'ordinamento è quello di non vedere la commissione di quel reato, prevede una pena che fa più paura, quindi la pena presenta una funzione afflittiva.
Il carattere general-preventivo non è ravvisabile solo nelle sanzioni penale, cioè le sanzioni amministrative, cioè sanzioni applicate da un'autorità amministrativa. Sfuggono alle garanzie dell'articolo 13 e 111. Non richiedono l'applicazione dell'articolo 25, cioè della legalità penale (art 27, 1°comma). Non è vincolata a livello costituzionale nemmeno del principio di colpevolezza.
Nella riflessione giuridica contemporanea, complice l'elaborazione europea, è stato sottolineato come determinate garanzie del processo non possono essere applicate a sanzioni che appaiono amministrative, ma che sono penali. Se le sanzioni sono così gravose, bisogna sottoporle alle garanzie del processo penale.
Il nostro legislatore è intervenuto con nuove normative, che prevedono una funzione general-preventiva. Il decreto-legge n° 7 del 2016 ha abrogato alcuni reati, sottoponendoli a regime civile, creando la categoria delle pene pecuniarie civile. In caso di ingiuria si chiede il risarcimento del danno, e il giudice nel pronunciarsi nella pretesa risarcitoria aggiungerà anche la pena pecuniaria civile per reprimere questi comportamenti. Non obbedisce ad una logica reintegratoria, ma punitiva.
La legge delega diceva che "prevenire una sanzione pecuniaria civile indichi tassativamente le condotte a cui si applica, l'importo minimo e massimo e l'autorità competente.
Prevedere che le sanzioni siano proporzionate alla gravità della commissione". Questi sono elementi che sono tipici delle valutazioni che il giudice deve compiere per applicare la pena.
Le sanzioni penali, amministrative, e quelle civile del 2016, sono punitive.
Se le sanzioni punitive sono interessate a impedire il fatto perché non sono tutte penali in senso stretto? L'interesse dell'ordinamento è prevenire quei fatti, perché allora non sono tutte penali in senso stretto?
Se rifacciamo questo ragionamento dentro il diritto penale stesso, dovrebbe suonare: se si vuole tutelare tutti i beni fondamentali, allora tutti dovrebbero avere il massimo della pena, per far sì che non si presentino più. Cesare Beccaria, nel libro "dei Delitti e delle Pene" dice che se colui che ruba un libro è punito con l'ergastolo così come colui che uccide un uomo, tanto vale che anche io uccida un uomo.
Si potrebbe controreplicare a Beccaria, che se il furto e l'omicidio devono essere colpito nello stesso modo, significa che sono allo stesso modo gravi, non si può affermare che hanno una diversa gravità, se così per il legislatore non è.
Ciò che cambia è la percezione sociale della gravità di questi reati. Di queste percezioni sociali, il legislatore non può non tenerne conto se vuole che le norme siano condivise. Le norme sono più rispettate se queste sono condivise e non se si ha paura di queste.
18/9/2018
Funzione di orientamento culturale del diritto penale, perché l'ordinamento tiene conto di queste percezioni culturali, e la pena ha la funzione di convalida di questa importanza.
Induce i soggetti ad acquisire sempre di più e di coltivarne la convinzione che queste

scelte siano delle soluzioni assolutamente fondamentali per il sistema.
L'ordinamento ha interesse a intervenire non solo per i fatti più gravi, ma anche meno gravi. Questo fa introdurre all'interno dell'organizzazione dello stato, un elemento di razionalità. Non si colpisce alla cieca.
Il diritto penale, è vero che ha come carattere specifico quello di intervenire con una sanzione limitativa della libertà, ma va anche a orientare le condotte dei consociati.
Il diritto penale condivide questa caratteristica anche con forme di controllo non istituzionalizzate. Anche le comunità, diverse dallo stato, a partire dalla famiglia, e anche la scuola, sono capaci di ottenere un effetto di coesione tra i suoi membri anche quando non sono applicate delle sanzioni sperequate.
Qualsiasi comunità ha l'esigenza di equilibrare le sanzioni punitive.
Questa operazione di equilibrio tra le varie risposte sanzionatorie è nel diritto penale molto difficile perché questo si occupa di moltissime materie. Il diritto penale non ha una sua materia, ma ne ha tante.
Altri diritti hanno una sua materia, come il diritto internazionale e il diritto commerciale.
A maggior ragione bisogna procedere ad una scelta selettiva, cercando di evitare che le sanzioni siano livellate.
Uno dei grandi problemi è che un eccesso di soluzione penalistica intasa la giustizia. Per evitare ciò, vi è il rischio che il giudice diventa una valvola di indulgenza (può applicare delle attenuanti per il sovraffollamento delle carceri).
È chiaro che in questo modo il sistema tradisce perché minaccia le pene, ma la minaccia non è ben costruita.
Oggi si parla di condoni, cioè forme di gestione dell'illegalità contrarie allo spirito di un sistema che deve essere credibile.
Si ha un'assoluta inefficacia e si ha uno stimolo al delitto.

PROPORZIONALITA'.

Si è sviluppato sia in dottrina che in giurisprudenza (Corte dei Diritti Umani).
La proporzionalità assume due forme (Aristotele):

- commutativa quando è legata ad un meccanismo di corrispondenza, tipico della responsabilità civile. La proporzione sta nel ristabilire la situazione giuridica offesa in corrispondenza a quella che quantifica l'offesa;
- distributiva (diritto penale), non è possibile in astratto determinare una quantità corrispondente tra reato e pena. Manca l'omogeneità tra reato e pena. Nello stabilire le pene la proporzione si ha tenendo conto della differenza tra i vari reati. Più grave sarà la pena di un omicidio, ma non di un furto.

È un rapporto di corrispondenza legato ad una previa corrispondenza che si crea tra i vari reati.
La Corte Costituzionale è intervenuta esprimendo i propri giudizi tra i rapporti delle pene (ad es. un reato consumato deve essere punito di più).
La sentenza n° 236 del 2016 è andata a censurare la pena in materia di delitti contro la famiglia, perché la pena era eccessiva rispetto al valore del reato. Ha usato un criterio di ragionevolezza interna. Era intrinsecamente irragionevole perché non proporzionale.
Nella sentenza del 2018 nella causa di Garlsson e altri, la Corte di Giustizia ha censurato le ipotesi in cui vi sia un divario sproporzionato tra le sanzioni.
Non soltanto vi è stata un'evoluzione sempre crescente nella giurisprudenza europea, e questo lo vediamo nella Carta di Nizza.
L'articolo 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (allegata al Trattato di Lisbona) ha introdotto il principio di proporzione.
La Corte di Strasburgo ha posto l'accento sulla necessità di non prevedere un cumulo tra

master COPY

sanzioni penali e amministrative perché contrarie al principio di proporzionalità perché non corrisponderebbe alla gravità del reato (sentenza AeB contro Norvegia del 2016).
Si tratta di tutelare l'individuo di fronte ad un eccesso punitivo da parte dello Stato.
Se questo può essere condiviso, bisogna però fare un passo avanti. Questo discorso deve essere fatto per tutte le sanzioni.
Questa esigenza di proporzione, si ripropone anche quando si deve scegliere tra diritto penale e diritto punitivo di altro genere. Emergono due criteri:

- criterio della proporzione. Ci sono tipologie di illeciti per cui la sanzione penale non deve essere prevista perché non è proporzionata. Ad esempio, un'evasione fiscale di pochi euro, oppure omissione colposa di ritenuta fiscale. La società non può tollerare una sanzione penale per questi fatti che hanno rilevanza minima. La sanzione penale viene avvertiva come sperequata; perché queste violazioni non sono punite con la pena? Perché si è affermato un ulteriore principio;
- principio di sussidiarietà del diritto penale. Il primo principio è puramente di valore, cioè assiologico, il secondo invece è soprattutto un principio di efficacia. È anche di valore perché affinché una certa scelta sanzionatoria sia efficace è necessario che ci sia quel valore.

L'idea di fondo della sussidiarietà è che si può intervenire con una sanzione diversa da quella penale che abbia una maggiore o diversa efficacia, lo si deve fare. Da un lato la pena deve essere arrecata e prevista quando è necessaria, perché incide sulla libertà, dall'altro se si raggiunge comunque il risultato di dissuadere in maniera adeguata (o in maniera più adeguata), ben venga la sanzione di altro tipo (es. amministrativa).
Il principio di sussidiarietà si aggiunge alla proporzione. Si può avere una sanzione penale proporzionale, ma se è meno efficace dell'altra, allora bisogna applicare o irrogare un'altra.
Un'importante circolare del Consiglio dei Ministri aveva indicato dei criteri con i quali bisogna applicare la sanzione amministrativa o penale. Se una sanzione non è proporzionale non è rieducativa (e ciò andrebbe contro all'articolo 27 Cost. perché dice che deve essere rieducativa). Ma se è più efficace e non proporzionale comunque si deve applicare quella sanzione.
Questo sistema incide sui processi. Quando molti si lamentano del fatto che il processo non funziona, bisogna tener conto che il suo funzionamento è notevolmente macchinoso perché ci sono delle garanzie riconosciute al soggetto, non ci sono soltanto una serie di ostacoli burocratici.
Si deve fare in modo di guardare al processo (modo o procedimento con il quale si arriva ad applicare la pena) e non solo all'esito finale della pena.
Il diritto amministrativo non ha un sistema processuale complesso.
Nel diritto penale vi è il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale (112 Cost). Ma è talmente imponente la mole di reati che spesso il PM e la stessa polizia selezionano le notizie di reato, anche se ciò non è giuridicamente consentito.
Non sempre questa selezione può funzionare, sia perché non è consentita, e sia perché c'è il fenomeno della sospensione condizionale della pena che viene data sempre se la pena non supera i due anni.
Il giudice deve stimare che il reo non commetta più reato. Questa stima è una formula di stile.
D'altra parte, la necessità di fruire di questi meccanismi deflattivi (che deflazionano il carico giudiziario e il peso della custodia) ha suggerito un'alternativa più radicale perché la sospensione condizionale viene data in maniera automatica e non implica un processo. Il giudice prima deve accertare la colpevolezza e poi condanna e sospende la pena. Il processo si è svolto normalmente. L'effetto deflattivo è più limitato.