1) PERCHE' PUNIRE?

Funzione della pena

Quale funzione deve avere la pena?

Dato che il reato è un fenomeno disfunzionale rispetto all'assetto sociale è evidente che l'ordinamento abbia interesse affinché tale illecito non si realizzi, a maggior ragione se si considera che una volta commesso il fatto non è possibile ripristinare materialmente l'integrità dell'interesse che si mirava a tutelare. Ad es. in caso di omicidio, pena la detenzione, non sarà mai possibile, attraverso la pena, ripristinare la situazione antecedente alla commissione dell'illecito. Ecco che, per tale ragione, la pena non ha, innanzitutto, alcuna funzione restitutoria o risarcitoria, anche nei casi in cui, si pensi ad esempio al furto, sia possibile reintegrare materialmente reintegrare il patrimonio del leso: in questi casi, infatti, interviene la sanzione civile restitutoria, mentre quella penale viene comminata in vista di un'esigenza ulteriore, che l'ordinamento postula in una dimensione autonoma, connessa al tessuto sociale, slegata dal rapporto di equivalenza con il danno subito, proprio della funzione risarcitoria.

La funzione della pena, dunque, non potendo svolgere una funzione ristoratrice a seguito dell'offesa, si colloca necessariamente in un momento anteriore alla commissione del fatto allo scopo di prevenire l'illecito e la realizzazione di quest'ultimo, invero, rappresenterà un momento 'patologico' che, data la natura dell'offesa, non potrà essere oggetto di un intervento riparatore.

Se dunque la funzione della sanzione penale è quella di impedire che il reato venga commesso, si capisce il perché vi sia una forte valorizzazione della c.d. funzione di prevenzione generale attribuita alla pena, la quale mira a rivolgere ai consociati il comando di astenersi da porre in essere condotte ritenute, via via dalle legislazione, illecite, minacciando la pena. E dato che un simile comando intende impedire il più possibile la commissione di un reato, ecco che si comprendono le ragioni per le quali la pena assume delle caratteristiche tali da essere, all'interno dell'ordinamento, la più grave risposta sanzionatoria tra quelle oggi riscontrabili, ovvero la limitazione o la privazione della libertà personale.

Tale contenuto è palesemente previsto nell'art. 17 del Codice Penale, che recita:

Le pene principali stabilite per i delitti sono:

1) l'ergastolo;

2) la reclusione;

3) la multa;

MASTER COPY
Tel. 050 8312126
Cell. 388 9837745

Le pene principali stabilite per le contravvenzioni sono:

1) l'arresto;

2) l'ammenda;

Ma questo contenuto appare riscontrabile anche laddove la legge preveda l'applicazione di una 'pena pecuniaria' (e non detentiva), come ad es. in caso di ingiuria, sempre in correlazione al disposto dell'art. 17, il quale contempla, tra le pene per i delitti, anche la "multa" e, come pena per le contravvenzioni, anche l'"ammenda": così, nel caso in cui il condannato non abbia corrisposto la somma dovuta e risulti insolvibile, la pena pecuniaria a lui comminata subisce una sorta di conversione in una sanzione limitativa della libertà personale (libertà controllata / lavoro sostitutivo, a favore della collettività).

In definitiva, dunque, resta confermato l'assunto che la funzione della pena – vuoi in forma diretta, vuoi in forma indiretta (pene pecuniarie) – è destinata a dar luogo alla limitazione di un bene primario dell'individuo – la libertà – addirittura collocato al vertice dei diritti costituzionalmente garantiti.

Prevenzione generale: le sanzioni amministrative

La funzione di prevenzione della pena, a ben vedere, non risulta estranea anche ad altri tipi di sanzioni che l'ordinamento prevede in risposta a certi illeciti di minore entità. Si tratta degli illeciti amministrativi, cioè comportamenti che, non costituendo reato, costituiscono delle violazioni che ledono gli interessi della comunità sociale ma la cui punizione, a differenza del reato, è demandata all'autorità amministrativa e non al giudice penale (tranne alcune eccezioni).

Es. - violazioni in materia di circolazione stradale,tributaria, finanziaria, bancaria, edilizia, del lavoro, etc...

L'illecito amministrativo è normalmente sanzionato con una pena pecuniaria di tipo amministrativo, benché talvolta possa essere accompagnata anche da una sanzione di tipo interdittivo, quale la sospensione dell'attività, la revoca di una licenza o di un'autorizzazione. Ed il dato importante è che tali sanzioni non possono mai dar luogo ad una limitazione della libertà personale, diversamente da quanto avviene, invece, per delitti e contravvenzioni. Infatti, anche laddove il soggetto risulti insolvibile, non si potrà mai dar luogo ad un procedimento di conversione della pena poiché, laddove accadesse, dovrebbe essere il giudice penale a farlo (in rispetto dell'art. 13 Cost. che prevede l'intervento dell'autorità giudiziaria per la restrizione delle libertà personale) e non l'autorità amministrativa.

Ma allora, vien da chiedersi, se la sanzione per l'illecito amministrativo non può in nessun caso condurre alla limitazione della libertà personale, come si fa a parlare di funzione preventiva della pena, così come avviene nel caso di delitti e contravvenzioni? Non è forse meglio parlare di funzione ristoratrice al pari delle sanzioni civili?

In realtà anche la sanzione amministrativa ha una funzione preventiva. Ecco perché.

Si pensi ad una multa per la sosta vietata di un veicolo. E' evidente che tale sanzione non esprime in alcun modo un rapporto di 'corrispondenza' con l'illecito commesso: la pena pecuniaria, infatti, non può in alcun modo reintegrare lo status quo precedente rispetto alla violazione del divieto. Pertanto questi due elementi – multa e sosta vietata – sono disomogenei tra loro, così come lo è la sanzione penale in rapporto al reato ed è per tale ragione che è logico ritenere che il ruolo essenziale di siffatta pena pecuniaria venga a collocarsi in un momento anteriore rispetto alla commissione dell'illecito, alla stregua di quanto avviene per la sanzione penale: prevenire!

Va comunque sottolineato che i due modelli di sanzione, benché accomunati dalla stessa finalità, non debbono essere ritenuti equivalenti. Infatti essi hanno contenuti diversi, tali da permetterci di ravvisare nella sanzione penale un'accentuazione dell'esigenza, da parte dell'ordinamento, di indurre i consociati ad astenersi da porre in essere condotte criminose: in altre parole, il fatto che la pena si traduca nel sacrificio della libertà personale è evidente che, attraverso questa sanzione, l'ordinamento ha il massimo interesse ad impedire che siano commessi fatti illeciti.

Pertanto la sanzione penale, per via del suo contenuto afflittivo intenso, è sicuramente più idonea ad esercitare un effetto dissuasivo. Ma allora ci si chiede: **perché non ricorrere ad essa in presenza di qualsiasi illecito che l'ordinamento intende prevenire, data l'impossibilità, anche ricorrendo ad ogni tipologia di pena, di reintegrare l'interesse compromesso?**

La risposta è rimandata al paragrafo sul *"Quando punire"*.

MASTER COPY
Tel. 050 8312126
Cell. 388 9837745

Prevenzione generale: il perché della diversa gravità degli illeciti

Il problema sopra esposto ha bisogno, per essere risolto, di una premessa.

Benché appaia logico ricorrere alla sanzione più afflittiva quale strumento più efficace per garantire il rispetto della legge, in realtà, percorrendo questa strada, non si giungerebbe al risultato sperato. Infatti, se volessimo seguire questo assunto, dovremmo spingere l'apparato repressivo in termini tali da far corrispondere a ciascuna figura di reato una sanzione il più possibile elevata ed, al limite, la pena più grave tra tutte quelle ipotizzabili. Ad es., in caso di furto, truffa, danneggiamento, lesioni personali o addirittura omicidio, si dovrebbe prevedere una pena particolarmente elevata, quale la reclusione di

MASTER COPY
Tel. 050 8312126
Cell. 388 9837745

lunga durata, ma così facendo si finirebbe col cadere nel risultato assurdo che, di fronte a reati di differente gravità che prevedono una identica pena, il soggetto attivo potrebbe essere indotto a commettere l'uno o l'altro reato indistintamente, se non entrambi, visto che il 'rischio penale' è equivalente (se per furto ed omicidio la pena è la reclusione, potrei essere tentato, per portare a termine il furto, ad uccidere, visto che comunque, se mi prendono, finisco in carcere lo stesso.
Già **Beccaria**, nella sua opera "Dei delitti e delle pene", aveva denunciato questo assurdo, affermando che "non solo è interesse comune che non si commettano delitti, ma che essi siano più rari in proporzione del male che arrecano alla società [...] e dunque più forti devono essere gli ostacoli che respingono l'uomo dai delitti".
Posto dunque che seguendo una simile logica si giungerebbe, con ogni buona probabilità, ad ottenere un risultato difforme rispetto alle finalità di prevenzione del diritto penale, va altresì sottolineato che, ammettendo per assurdo che venga percorsa questa strada, il legislatore dovrebbe considerare certi reati dotati di un identico contenuto offensivo, dal momento che non si avrebbe la giustificazione giuridica di una pena così elevata. In altre parole, se ad un reato A corrisponde una pena (pesante) X è perché quel reato ha un forte contenuto offensivo; parimenti, se vogliamo che ad un reato B corrisponda la stessa pena X è necessario che anche questo reato abbia lo stesso contenuto offensivo del reato A. Ma ciò, in concreto, non sarebbe sempre possibile. E come mai? Perché la determinazione della gravità dei singoli illeciti non può essere basata sulla scelta arbitraria del legislatore. Questa possibilità, infatti, è esclusa dalla nostra Costituzione, la quale differenzia l'importanza degli interessi meritevoli di tutela: da una parte i diritti fondamentali della persona, considerati inviolabili, dall'altra la sfera dei diritti patrimoniali che, al contrario, non sono ritenuti inviolabili. E' evidente, quindi, che taluni interessi, per la loro particolare natura, necessitano di un grado (massimo) di tutela che, per forza di cose, porta ad escludere che la stessa protezione si accordata anche nei confronti di interessi "minori" (tradotto: pene gravi per tutelare i diritti inviolabili, pene meno severe per gli altri diritti, altrimenti se la pena fosse la solita vorrebbe dire che entrambi i diritti hanno pari caratteristiche di importanza....ma come detto non è così).
In secondo luogo, oltre ai dettami costituzionali, vi è anche un "limite" posto, indirettamente, dalla stessa comunità sociale e dalla sua coscienza collettiva, la quale, nel difficile equilibrio tra repressione penale e valori da tutelare, finisce spesso per influenzare (se non addirittura suggerire) le scelte del legislatore quando si trova a porre mano alla creazione di norme penali. Infatti, quando ciò avviene, il legislatore non può ignorare il richiamo espresso dalla società delle esigenze emergenti ed l'intensità od il peso con cui esse vengono avvertite dalla comunità: ad es., l'offesa del bene della vita è normalmente percepita come più grave di quella all'integrità fisica, in quanto la prima sottrae all'individuo il bene primario – la vita -, che è a sua volta la condizione sine qua non non si può godere di alcun altro diritto; o ancora, la sottrazione di un bene dietro minaccia o violenza è percepita più grave rispetto alla sottrazione avvenuta in assenza di tali elementi (rapina, nel primo caso, furto nel secondo).
E così, quando il legislatore recepisce queste valutazioni in una norma penale e predispone una sanzione, la comunità vede riconosciute le proprie percezioni ed acquista fiducia nell'ordinamento, poiché esso viene visto come 'giusto', dato che risponde agli umori della società; diversamente, un ordinamento che tende ad equiparare le pene verrà percepito come arbitrario ed ingiusto, sia dal potenziale delinquente, sia dai consociati. Del resto l'esperienza comune insegna che anche in altri contesti sociali, più o meno legati al diritto penale, l'eccesso punitivo genera spesso atteggiamenti di disobbedienza o di ribellione: la famiglia, la scuola, le comunità in genere, offrono esempi in abbondanza di come le sanzioni disciplinari particolarmente severe provochino, sovente, risultati opposti rispetto a quelli perseguiti, con l'effetto, non di rado, di arrivare a screditare le regole dell'istituzione stessa e di delegittimarne l'autorità ed il prestigio.
Infine – *last but not least* – vi è anche un'altra ragione di ordine pratico che sconsiglia il ricorso a pene severe per la persecuzione della maggior parte dei reati. Comminare sanzioni pesanti per un numero sempre maggiore di reati, quali la reclusione, porterebbe presto ad un collasso del sistema carcerario, che per quanto 'reattivo' finirebbe con il divenire una costosa macchina, sia in termini economici, sociali ed umani. E se si verificasse un potenziale collasso del sistema carcerario, la prima risposta 'immunitaria' del sistema arriverebbe dai giudici e da un potenziamento illimitato del loro ruolo: alle

MASTER COPY
Tel. 050 8312126
Cell. 388 9837745

pene stratosferiche previste dalla legge, farebbe da contraltare l'indulgenza degli organi giudicanti, vuoi in sede di accertamento della responsabilità (che potrebbe condurre a discolpare gli imputati di fatti meno gravi, onde evitare di spedirli in carceri già affollati, con violazione, però, del principio di uguaglianza), vuoi in sede di concessione di circostanze attenuanti (finalizzate a ridurre la pena). Ed infine, secondo un trend ben conosciuto nel nostro Paese, il sistema, laddove anche la benevolenza della magistratura non fosse sufficiente, finirebbe per ricorrere a provvedimenti di amnistia, che comportano l'estinzione della punibilità, impedendo in tal modo di irrogare la sanzione minacciata.
Per tute queste ragioni, dunque, risulta impraticabile l'assunto per cui la maggior sanzione è sinonimo di maggior rispetto della legge, il cui esito finale sarebbe totalmente opposto rispetto a quello perseguito: il livello della pena minacciata, infatti, risulterebbe sconfessato da quella materialmente erogata e l'ordinamento finirebbe per apparire, agli occhi dei consociati, come un sistema irrazionale ed incoerente, che alle parole non fa seguire i fatti.

Il principio di proporzione

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, appare chiaro come la giusta proporzione tra reato e pena sia sinonimo di efficacia e giustizia del sistema penale.
Bisogna ora vedere come questa proporzione debba essere intesa e formulata.
Innanzitutto essa non va concepita in termini assoluti, bensì relativi (rispetto agli altri reati e relative pene). Infatti, ad es., non avrebbe senso chiedersi quale sia la pena proporzionale per il reato di furto a sé, senza considerare lo stesso in rapporto con altre fattispecie e con le relative previsioni sanzionatorie. Un anno, tre anni o cinque anni, sarebbero tutte scelte 'arbitrarie', poiché verrebbero compiute senza prendere in considerazione alcun punto di riferimento, utile a stimare la plausibilità e l'efficacia della pena comminata.
Pertanto, la proporzionalità potrà emergere ed essere definita solo se si opera un confronto tra le caratteristiche ed il contenuto offensivo delle singole condotte criminali, per far emergere, in primo luogo, una sorta di graduatoria all'interno dei reati (dal più grave al meno grave, o viceversa). Dopodiché, in secondo luogo, è necessario individuare la tipologia di pene che il sistema è disposto a comminare (escludendo ovviamente quelle che contrastano con la Costituzione o con altri Atti internazionali sui diritti umani, come ad es. la pena di morte o corporale) e distribuire tali pene tra i vari reati, secondo una scala di gravità: mettendo insieme le due graduatorie, si realizza così un un sistema sanzionatorio diversificato e proporzionale in relazione alla tipologia di reati.
Tale sistema, ovviamente, dovrà interessare sia i reati quanto gli illeciti amministrativi, le cui sanzioni dovranno allo stesso modo essere ispirate al principio di proporzionalità. Anche in questa ultima materia, infatti, si manifestano le stesse esigenze viste poc'anzi di rendere il sistema conforme alle valutazioni della coscienza sociale, in modo da evitare che l'ordinamento venga percepito come ingiusto ed oppressivo. Si pensi, ad es., ad una sosta vietata, sanzionata a seguito di un processo penale con il carcere: ciò sarebbe, senza ombra di dubbio, in contrasto con la percezione sociale dell'illecito "sosta vietata", percepita caso mai come irregolarità o disattenzione e non come reato passibile di procedimento giudiziario. In tali casi, il ricorso alla sanzione penale rendere impossibile ad un'efficace opera di rieducazione del colpevole, poiché costui non percepirebbe il significato della sanzione in considerazione della scarsa rilevanza del comportamento incriminato.
Ed ecco che, allo scopo di rendere quanto più proporzionale la pena al fatto illecito, si è giunti, nel 1983, ad elencare una serie di linee guida che debbono essere seguite dal legislatore in ordine alla scelta tra sanzione penale e sanzione amministrativa. Si tratta di una Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, che fornisce agli Uffici legislativi dei vari Ministeri specifici criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative.
In secondo luogo, così come detto riferendosi ai soli reati, un eccessivo utilizzo delle sanzioni penali per gli illeciti amministrativi finirebbe per mettere a rischio la tenuta del sistema repressivo. Anche in questo caso, infatti, si creerebbero delle disfunzioni di non poco conto. Innanzitutto vi sarebbe un eccessivo ricorso allo strumento del processo penale, anche per fatti di lieve entità, che porterebbe ad un livello di caos ancora più elevato di quello attuale e, nell'esercizio dell'azione penale, costringerebbe

MASTER COPY
Tel. 050 8312126
Cell. 388 9837745

i Pubblici Ministeri ad operare una selezione tra le notizie *criminis* ricevute, perseguendone alcune e tralasciandone altre, con la conseguenza che verrebbe meno proprio quell'esigenza di prevenzione dell'apparato sanzionatorio. Inoltre, una tale opera di selezione colliderebbe con il disposto dell'art. 12 Cost., che sancisce l'obbligatorietà dell'azione penale. Ed ancora, qualora non bastasse l'opera dei Pubblici Ministeri, vi sarebbe un ricorso ancor più grande allo strumento della c.d. sospensione condizionale della pena. Tale istituto, che prevede che i condannati a pene brevi possano evitare il carcere e che il reato loro ascritto venga estinto dopo un certo periodo di anni (detto 'periodo di prova'), previa valutazione attestante che costoro non torneranno a delinquere, verrebbe applicato – come già succede – in maniera automatica e cioè al di fuori di qualsiasi verifica in concreto, ad opera del giudice, circa la mancanza di presupposti tali da far ritenere che il reo possa tornare ad assumere una condotta criminale.

(segue) Il principio di Sussidiarietà e la Depenalizzazione dei reati

Alla luce delle considerazioni espresse sopra, ci si chiede se, per scongiurare il rischio che il sistema penale collassi per un eccesso di "lavoro", sia necessario far ricorso a risposte sanzionatorie meno rigorose in linea di principio, ma destinate a ricevere una effettiva esecuzione (e quindi più efficaci sul piano pratico).

La risposta alla domanda sta nel fondamento di un principio – quello di **sussidiarietà** – che da tempo è venuto ad affiancare quello di proporzionalità. Esso si riassume nella previsione secondo cui si deve ricorrere alla sanzione penale soltanto quando altri strumenti sanzionatori risultino inefficaci. Pertanto la sanzione penale ha natura sussidiaria nel senso che ad essa non si deve far ricorso laddove la sanzione amministrativa si riveli dotata di un'efficacia pari o superiore rispetto alla prima. Tale previsione, da un lato, soddisfa l'esigenza primaria di limitare il più possibile la restrizione della libertà personale, dall'altro risulta maggiormente efficace, dal momento che il trasgressore non potrà sperare di sottrarsi all'esecuzione della sanzione (a differenza di quanto può avvenire in conseguenza di una sanzione penale, come detto poco sopra).

Questo principio, dunque, indirizza il legislatore verso scelte nelle quali il ricorso alla sanzione penale sia un'estrema ratio e lascia campo aperto proprio alle sanzioni amministrative, che dal punto di vista dell'efficacia non sono soggette a meccanismi di sospensione (come la condizionale) e durante la fase di accertamento si assisterebbe ad un'attività più spedita, dal momento che l'attività amministrativa può procedere senza esser frenata da quei condizionamenti o da quei limiti (es. garanzie connesse al diritto di difesa) che, invece, incontra l'autorità giudiziaria nel corso della fase investigativa e che sono giustificati dal fatto che la posta in gioco è la libertà personale di una persona.

Alla luce di queste ragioni si comprende allora la tendenza alla c.d. **depenalizzazione** dei reati, consistente nel trasformare questi ultimi in illeciti amministrativi in conseguenza del fatto che la sanzione penale risulta essere non più necessaria e giustificabile. Questa tendenza parte dalla metà degli anni '60 ed arriva fino alle soglie del nuovo millennio. Inizialmente ha interessato varie materie in maniera un po' frammentaria, ma con il tempo gli interventi "depenalizzatori" si sono affinati, nella consapevolezza che non fosse opportuno sfrondare qua e là qualche 'ramo secco' del diritto penale, ma che fosse necessario dar vita ad un disegno di più ampio respiro, atto a far emergere non solo i reati da eliminare, ma anche quelli da aggiornare, rivedendone le fattispecie e, perché no, inasprendone anche le pene.

> **Nota** – la depenalizzazione ha interessato davvero moltissime materie, tra le quali quella della circolazione stradale, dei mercati finanziari, della produzione e del commercio di alimenti, dell'inquinamento delle acque, dell'attività lavorativa, etc...

In sintesi, la funzione dissuasiva rispetto alla commissione dell'illecito, considerata un tempo prerogativa della sola sanzione penale, si è andata sempre più arricchendo di elementi ulteriori che hanno portato ad un ampliamento del novero della tipologia delle sanzioni esperibili, destinato a condurre a risultati significativi e qualificanti: sia perché il diritto penale sarà, agli occhi dei consociati,