



Scuola dottorale internazionale in diritto - economia - storia  
"Tullio Ascarelli" – Sezione: sistemi punitivi e garanzie  
costituzionali – Area: diritto penale

XXV° Ciclo

La pericolosità sociale

Dottorando: Daniele Spuri

Docente e Coordinatore: Prof. Mario Trapani

# INDICE

<b>I.</b>	<b>DEL CONCETTO DI PERICOLO E DI PERICOLOSITÀ .....</b>	<b>1</b>
	1. IL PERICOLO. IL DETERMINISMO EZIOLOGICO. IL PERICOLO COME GIUDIZIO STATISTICO. DIFFERENZE TRA GIUDIZIO EZIOLOGICO “CANONICO” E GIUDIZIO EZIOLOGICO DI PERICOLO. PERICOLO PASSATO, PRESENTE E FUTURO. IL MOMENTO, LA BASE, IL METRO ED IL GRADO DEL GIUDIZIO DI PERICOLO. IL GIUDIZIO DI PERICOLO COME SILLOGISMO ARISTOTELICO .....	1
	2. LA PERICOLOSITÀ. PERICOLOSITÀ OGGETTIVA, O DELL’AZIONE, E SOGGETTIVA, O DELLA PERSONA. PRIMITIVA DISTINZIONE TRA DIRITTO DI POLIZIA E DIRITTO PENALE FONDATA SU DI ESSE. L’ERMETISMO DOGMATICO DEL CARRARA E L’OSMOSI DOGMATICA DEL FERRI .....	22
<b>II.</b>	<b>IL CONTRIBUTO E L’EREDITÀ DELLA SCUOLA POSITIVA .....</b>	<b>26</b>
	1. LO STATUTO DELLA NUOVA SCUOLA. IL DIRITTO PENALE CLASSICO ED IL “DIVORZIO DALLA REALTÀ”. INCONSISTENZA DELLA OBIEZIONE PER CUI LO STATUTO DELLA SCUOLA POSITIVA VIOLEREBBE IL PRINCIPIO META-LOGICO DELLO HUME. IL METODO POSITIVO DI STUDIO DEL DIRITTO PENALE: L’ANTROPOLOGIA E LA SOCIOLOGIA CRIMINALE. PRIMA CRITICA: IL CONFUSIONISMO METODOLOGICO TRA SCIENZE DELL’“ESSERE” E SCIENZE DEL “DOVER ESSERE”. SECONDA CRITICA: LO STUDIO DEL “DELINQUENTE” IN LUOGO DELLO STUDIO DEL “DELITTO” .....	27
	2. IL DETERMINISMO PSICOLOGICO. IL LIBERO ARBITRIO COME DOGMA PRECLUSIVO DI OGNI INDAGINE CIRCA L’EZIOLOGIA DEL CRIMINE. L’INESISTENZA DEL LIBERO ARBITRIO SECONDO LA LEGGE DI CAUSALITÀ NATURALE. DIFFERENZE TRA DETERMINISMO PSICOLOGICO, FATALISMO ED AUTOMATISMO UMANO. L’INUTILIZZABILITÀ E LA DANNOSITÀ DEL CONCETTO DI LIBERO ARBITRIO PER IL DIRITTO PENALE. I PARADOSSI DELL’IMPUTABILITÀ DIMINUITA E DELLA “FINZIONE” DI IMPUTABILITÀ .....	39
	3. L’ANTROPOLOGIA CRIMINALE. IL DELINQUENTE NATURALE E LA SUA “ANORMALITÀ”. IL DELITTO NATURALE COME “OFFESA ALLE CONDIZIONI INDIVIDUALI E SOCIALI DI ESISTENZA”. LA CRIMINALITÀ ATAVICA E QUELLA EVOLUTIVA. I “MOTIVI ANTISOCIALI” COME PROVA DELL’INESISTENZA DI UN DELITTO NATURALE E, PERCIÒ, DI UN	

### III

DELINQUENTE NATURALE. LA CLASSIFICAZIONE ANTROPOLOGICA DEI DELINQUENTI SULLA BASE DEI FATTORI BIOLOGICI, SOCIALI E COSMO-TELLURICI. DIFFICOLTÀ DI UNA SUA TRADUZIONE NORMATIVA IN TIPI DEFINITI .....	51
4. LA SOCIOLOGIA CRIMINALE. LE STATISTICHE “MORALI” ED I LORO LIMITI EURISTICI. LE LEGGI DELL’IMITAZIONE DEL TARDE. L’“ERMETISMO SOCIALE” DEL DURKHEIM. IL “DETERMINISMO ECONOMICO” DEL TURATI. NUMERO OSCURO DELLA CRIMINALITÀ E DELINQUENZA “RIFLESSA”. L’EVOLUZIONE DALLA CRIMINALITÀ VIOLENTA A QUELLA FRAUDOLENTA. LA LEGGE DI “SATURAZIONE CRIMINOSA” .....	62
5. LA RESPONSABILITÀ LEGALE. LA VITA NELLA SOCIETÀ COME GIUSTIFICAZIONE DELL’IRROGAZIONE DELLA SANZIONE PENALE. LA RESPONSABILITÀ “PENALE” DEL FOLLE. DIFFERENZE TRA RESPONSABILITÀ LEGALE E RESPONSABILITÀ OGGETTIVA. LA QUESTIONE DELLA “DIFESA SOCIALE” NELLE OPERE DEI CRIMINALISTI CLASSICI: DICOTOMIA TRA GIUSTIZIA ED UTILITÀ.....	70
6. LA PERICOLOSITÀ SOCIALE. L’INDIVIDUALIZZAZIONE, QUALITATIVA E QUANTITATIVA, DELLA RISPOSTA SANZIONATORIA. EQUIVOCI SUL CONCETTO DI “PERICOLOSITÀ SOCIALE” COME FORIERO DI UN DIRITTO PENALE D’AUTORE. LA CONNOTAZIONE SCIENTIFICA DEL NUOVO DIRITTO PENALE. LA BATTAGLIA DOTTRINALE TRA SCUOLA CLASSICA E SCUOLA POSITIVA E L’ECLETTICO ARMISTIZIO DEL CODICE ROCCO. LA NUOVA “VESTE” DELLA PERICOLOSITÀ SOCIALE NELL’ATTUALE IMPIANTO CODICISTICO .....	80

### III. STRUTTURA E SISTEMATICA DEL CONCETTO DI “PERICOLOSITÀ SOCIALE”..... 91

1. PREMESSA METODOLOGICA ALLE VARIE TEORIE SULLA PERICOLOSITÀ SOCIALE. LA DEFINIZIONE DEL FEUERBACH COME PRECEDENTE DOTTRINALE DI QUESTE TESI. LA PERICOLOSITÀ SOCIALE COME QUALIFICA DI UNO “STATO”, DI UNO “STATO ANTIGIURIDICO” OVVERO DI UNO “STATO ANTIGIURIDICO PENALE” .....	92
2. LA PERICOLOSITÀ SOCIALE COME QUALIFICA DI UNO “STATO”. <i>NULLA PERICULOSITATE SINE CRIMINE</i> . IL GAROFALO E LA “TEMIBILITÀ DEL DELINQUENTE”. APORIE LOGICHE E CONCETTUALI DI QUESTA TEORIA. IL SISTEMA DELLA PERICOLOSITÀ DEL FERRI: PERICOLOSITÀ <i>ANTE</i> E <i>POST DELICTUM</i> . L’ALTAVILLA E L’“APPARTENENZA PSICOLOGICA” DEL REATO AL SUO AUTORE: DISPOSIZIONE, INCLINAZIONE E TENDENZA. APORIE LOGICHE E CONCETTUALI DI QUESTA TEORIA. ALCUNE DEVIAZIONI DAL MODELLO POSITIVISTICO: LA PERICOLOSITÀ SOCIALE COME SINTOMO PATOLOGICO PER IL FLORIAN E GLI INDICI DI ANTISOCIALITÀ DEL GRAMATICA. LA POSIZIONE DEI “CLASSICI” SULLA PERICOLOSITÀ SOCIALE: IL PETROCELLI.....	94
3. LA PERICOLOSITÀ SOCIALE COME QUALIFICA DI UNO “STATO ANTIGIURIDICO”: IL GRISPIGNI. PRINCIPALE APORIA DI QUESTA TEORIA: IL FATTO DI REATO O DI “QUASI-	

REATO” COME CONDIZIONE NECESSARIA, ASSIEME ALLA PERICOLOSITÀ SOCIALE, PER L’IRROGAZIONE DELLA SANZIONE. LA PERICOLOSITÀ SOCIALE COME “ANOMALIA PSICHICA”. IN NOTA: LA TEORIA DEL DE ASÙA .....	109
4. LA PERICOLOSITÀ SOCIALE COME QUALIFICA DI UNO “STATO ANTIGIURIDICO PENALE”. IL CONTI E LA MISURA DI SICUREZZA COME “COMPLEMENTO” O “SURROGATO” DELLA PENA. LO STATO DI “IMMANENZA CRIMINALE” DEL SABATINI. IL DE MARSICO E L’“ANTISOCIALITÀ DELLA CONDOTTA”. IN NOTA: LA TEORIA DEL ROCCO .....	116
5. LINEAMENTI DI UNA TEORIA GENERALE DELLA PERICOLOSITÀ SOCIALE. PERICOLOSITÀ SOCIALE COME PERICOLO PER LA SOCIETÀ. PERICOLOSITÀ SOCIALE COME QUALIFICA DI UNO “STATO”. EQUIVALENZA TRA “PERICOLOSITÀ SOCIALE” E “DELINQUENZA”. ESTENSIONE DELLA PROGnosi DI PERICOLOSITÀ ANCHE AI FATTI NON PREVEDUTI DALLA LEGGE COME REATO. IL FATTO DI REATO O DI “QUASI-REATO” COME CONDIZIONE NECESSARIA, NONCHÉ SINTOMO PER ECCELLENZA, DELLA SUDETTA PROGnosi. LA STRUTTURA E L’ACCERTAMENTO DEL GIUDIZIO DI PERICOLOSITÀ SOGGETTIVA. LE FATTISPECIE COMPLESSE DI PERICOLOSITÀ. LA NATURA GIURIDICA DELLE MISURE DI SICUREZZA .....	122
6. PERICOLOSITÀ SOCIALE E CAPACITÀ A DELINQUERE. L’IDENTITÀ NORMATIVA DEI DUE ISTITUTI GIURIDICI SECONDO IL GRISPIGNI. APORIE DI QUESTA TEORIA E DESCRIZIONE DELLE NUMEROSE DIFFERENZE, DI TIPO QUANTITATIVO E QUALITATIVO, TRA PERICOLOSITÀ SOCIALE E CAPACITÀ A DELINQUERE .....	139
7. LE FATTISPECIE DI C.D. PERICOLOSITÀ SOCIALE QUALIFICATA COME TRADUZIONE NORMATIVA DEL “TIPO LEGALE CRIMINOLOGICO”. LORO APPARTENENZA AL DIRITTO PENALE. LA FINALITÀ PREVENTIVA DELLE FATTISPECIE DI C.D. PERICOLOSITÀ SOCIALE QUALIFICATA. LE DIVERSE CHIAVI DI LETTURA DELL’ISTITUTO DELLA RECIDIVA.....	147

<b>IV. DEL CONCETTO DI SISTEMA PENALE INTEGRATO E DELLA SUA APPLICAZIONE NEL DIRITTO POSITIVO .....</b>	<b>160</b>
1. LA NORMA PENALE “REALE” COME PRODOTTO DELL’INTERPRETAZIONE SISTEMATICA. DEFINIZIONE E DELIMITAZIONE DEL CONCETTO DI “SISTEMA PENALE INTEGRATO”. ANALISI DI TALE CONCETTO SECONDO LE CLASSIFICAZIONI ACCADEMICHE OVVERO SECONDO LE CLASSIFICAZIONI PER “TIPI LEGALI CRIMINOLOGICI”. LA DUPLICE FUNZIONE META-NORMATIVA DEL CONCETTO DI “PERICOLOSITÀ” ALL’INTERNO DEL SISTEMA PENALE INTEGRATO: REQUISITO POSITIVO PER L’IRROGAZIONE DI MISURE O DI SANZIONI; REQUISITO NEGATIVO PER L’APPLICAZIONE DI ALCUNE NORME PENALI C.D. DI FAVORE. L’INDIVIDUAZIONE DEGLI ARCHETIPI DEI “TIPI LEGALI CRIMINOLOGICI” DEL SISTEMA PENALE INTEGRATO: IL TIPO “SOSPETTO” ED IL TIPO “STRANIERO” .....	161

2. IL TIPO “SOSPETTO”. LA RICOSTRUZIONE DELLE FATTISPECIE “SINTOMATICHE” ATTRAVERSO CANONI SOCIOLOGICI OVVERO <i>LATO SENSU</i> POLITICI. IN PARTICOLARE: IL CONCETTO DI “INDIZIO” E DI “ATTI PREPARATORI”. LE TIPOLOGIE DI MISURE DI PREVENZIONE PERSONALE E REALE. DALLA TUTELA PENALE “IN BIANCO” DELLE PRESCRIZIONI IMPOSTE CON LE MISURE DI PREVENZIONE ALLE CIRCOSTANZE AGGRAVANTI “D’AUTORE”. IN PARTICOLARE: LA DEFORMAZIONE DELLO STRUMENTO CAUTELARE. LE APORIE DI RILIEVO COSTITUZIONALE IN TEMA DI DELITTI ASSOCIATIVI. LA NUOVA SERIAZIONE DELLA POPOLAZIONE CARCERARIA ATTRAVERSO I REGIMI DETENTIVI “SPECIALI” .....	170
3. IL TIPO “STRANIERO”. I TRE “PILASTRI NORMATIVI” DEL TESTO UNICO DELL’IMMIGRAZIONE: L’ARBITRIO DELL’AUTORITÀ DI PUBBLICA SICUREZZA; LE PRESUNZIONI “AMMINISTRATIVE” DI COLPEVOLEZZA; LA DISCRIMINAZIONE TRA STRANIERO “COMUNITARIO” E STRANIERO “EXTRA-COMUNITARIO”. IL VISTO D’INGRESSO ED IL PERMESSO DI SOGGIORNO COME PROVVEDIMENTI AMMINISTRATIVI LE CUI VICENDE NORMATIVE LEGITTIMANO L’INTERO ARSENALE DI MISURE E SANZIONI PREDISPOSTE PER IL TIPO “STRANIERO”. IN PARTICOLARE: IL RESPINGIMENTO ALLA FRONTIERA. LE VARIE TIPOLOGIE DI ESPULSIONE AMMINISTRATIVA O GIUDIZIALE. LA CONTRAVVENZIONE DI IMMIGRAZIONE CLANDESTINA E LE RELATIVE DISPOSIZIONI PROCEDIMENTALI. I. PREMESSA METODOLOGICA ALLE VARIE TEORIE SULLA PERICOLOSITÀ SOCIALE. LA DEFINIZIONE DEL FEUERBACH COME PRECEDENTE DOTTRINALE DI QUESTE TESI. LA PERICOLOSITÀ SOCIALE COME QUALIFICA DI UNO “STATO”, DI UNO “STATO ANTIGIURIDICO” OVVERO DI UNO “STATO ANTIGIURIDICO PENALE” .....	195

### **IL CONCETTO DI “PERICOLOSITÀ” COME CONCETTO DI POLITICA CRIMINALE.**

<b>ALCUNE RIFLESSIONI SUI CONCETTI DI “PREVENZIONE CRIMINALE” E DI “DIRITTO PENALE D’AUTORE”</b> .....	<b>217</b>
1. IL DIRITTO DI POLIZIA QUALE ARMA POLITICA. LA CONTRADDIZIONE NORMATIVA TRA “NORMATIVITÀ” ED “EFFETTIVITÀ” DEL DIRITTO DI POLIZIA. LE SUE APORIE POLITICHE. I CONCETTI DI “SOSPETTO” E DI “ORDINE PUBBLICO”. ANALISI DOTTRINALE CIRCA LA COMPATIBILITÀ DELL’ATTUALE SISTEMA DI MISURE DI PREVENZIONE CON L’ASSETTO COSTITUZIONALE. DALLA “PERENNE EMERGENZA” ALLA POLITICA “PENALE”. I POSSIBILI RIMEDI: IL SISTEMA FERRIANO DEI SOSTITUTIVI PENALI ED IL CONCETTO “POSITIVO” DELLA PREVENZIONE CRIMINALE .....	<b>217</b>
2. SIGNIFICATI DELLA FORMULA “DIRITTO PENALE D’AUTORE”. INCONCILIABILITÀ LOGICA TRA IL “DIRITTO PENALE D’AUTORE” ED IL DIRITTO PENALE DEI POSITIVISTI. IL “DIRITTO PENALE D’AUTORE” COME DIRITTO DI POLIZIA “MASCHERATO”. L’“IPOCRISIA”	

DEL "DIRITTO PENALE DEL FATTO". IL DIRITTO PENALE DEI POSITIVISTI AL VAGLIO DELLA CARTA FONDAMENTALE .....	239
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>250</b>

## **CAPITOLO PRIMO: DEL CONCETTO DI PERICOLO E DI PERICOLOSITÀ.**

SOMMARIO. — 1. IL PERICOLO. IL DETERMINISMO EZIOLOGICO. IL PERICOLO COME GIUDIZIO STATISTICO. DIFFERENZE TRA GIUDIZIO EZIOLOGICO “CANONICO” E GIUDIZIO EZIOLOGICO DI PERICOLO. PERICOLO PASSATO, PRESENTE E FUTURO. IL MOMENTO, LA BASE, IL METRO ED IL GRADO DEL GIUDIZIO DI PERICOLO. IL GIUDIZIO DI PERICOLO COME SILLOGISMO ARISTOTELICO. — 2. LA PERICOLOSITÀ. PERICOLOSITÀ OGGETTIVA, O DELL’AZIONE, E SOGGETTIVA, O DELLA PERSONA. PRIMITIVA DISTINZIONE TRA DIRITTO DI POLIZIA E DIRITTO PENALE FONDATA SU DI ESSE. L’ERMETISMO DOGMATICO DEL CARRARA E L’OSMOSI DOGMATICA DEL FERRI.

*Il concetto di pericolo è tra i più difficili del diritto penale*

Arturo Rocco

**1. — IL PERICOLO. IL DETERMINISMO EZIOLOGICO. IL PERICOLO COME GIUDIZIO STATISTICO. DIFFERENZE TRA GIUDIZIO EZIOLOGICO “CANONICO” E GIUDIZIO EZIOLOGICO DI PERICOLO. PERICOLO PASSATO, PRESENTE E FUTURO. IL MOMENTO, LA BASE, IL METRO ED IL GRADO DEL GIUDIZIO DI PERICOLO. IL GIUDIZIO DI PERICOLO COME SILLOGISMO ARISTOTELICO**

Il pericolo è un concetto di relazione<sup>(1)</sup>. Non esiste logicamente se non

---

<sup>(1)</sup> Su questo argomento, che non è l’oggetto della trattazione ma che è il fondamento del concetto di pericolosità, saranno sufficienti soltanto alcune premesse, utili per meglio comprendere e delimitare l’argomento principale che occuperà i capitoli successivi. Questo perché non pochi lati della questione meritano un ulteriore approfondimento e le seguenti considerazioni potranno preparare il terreno per la successiva analisi in tema di pericolosità.

correlato al concetto di danno con il quale si unisce in una fedele endiadi<sup>(2)</sup>.

Nella cornice di questo binomio, i ruoli ricoperti dal pericolo e dal danno richiamano immediatamente il concetto di causalità naturale che, di ogni teoria della conoscenza, costituisce come il centro di gravità. Per comprendere cosa sia il pericolo, dunque, la logica deve cedere il passo alla gnoseologia.

Gli insegnamenti della legge di causalità naturale sono noti: ogni fenomeno risulta armonicamente collocato in una ferrea cornice meccanicistica. I tasselli sono le condizioni, il mosaico la causa: nei sistemi di determinismo eziologico concetti come il pericolo non hanno cittadinanza.

Ogni fenomeno che si avvera *doveva*, dato un determinato complesso di condizioni, necessariamente verificarsi così come ogni fenomeno che non si avvera *non poteva*, dato un determinato complesso di condizioni, in alcun modo verificarsi.

Conclusione che non tollera eccezioni: il mondo dei fatti è un prodotto della *necessità*. Sarebbe vano, dunque, tentare di dimostrare l'esistenza *ontologica* del pericolo<sup>(3)</sup>.

---

<sup>(2)</sup> Questo irrinunciabile connubio fa sì che la natura del pericolo (ad esempio, il pericolo di morte) derivi necessariamente, quale suo presupposto logico, dalla natura del danno temuto. Non ha senso, pertanto, parlare di un pericolo indeterminato, riferito ad un qualsiasi risultato dannoso, posto che l'evanescenza di quest'ultimo termine non consentirebbe di creare alcuna definita cornice di massime di esperienza da cui attingere la *regula* per il giudizio di pericolo. Vedi H. HALSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Bd I, Goldbach, Keip, 1997 (rist. anast. ed. 1881), p. 598.

Non tange una simile affermazione i concetti di pericolo comune (il *Gemeingefahr* del diritto penale tedesco), di pericolo generico ovvero di pericolo presunto. In tutte queste locuzioni, invero, il pericolo è sempre determinato nella sua natura.

A ben vedere, nella prima locuzione ad essere indeterminati sono *i destinatari* del pericolo, e non quest'ultimo (ad esempio, nei reati di pericolo contro l'incolumità pubblica); nella seconda locuzione, invece, ci si riferisce semplicemente ad una tecnica legislativa, ai limiti dell'inosservanza del principio costituzionale di tassatività, che descrive il pericolo-elemento di fattispecie avvalendosi di formule elastiche (ad esempio, art. 679, comma 1, c.p.); nella terza locuzione, infine, sono da ricomprendere tutte quelle ipotesi ove il pericolo non è elemento di fattispecie bensì oggetto di una presunzione legale assoluta (e non di una finzione giuridica, vale a dire il c.d. "eingebildete Gefahr", come vorrebbe il FINGER: vedi A. FINGER, *Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht*, in *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16 August 1930*, Bd. I, hrsg. Von A. Hegler, Aalen, Scientia-Verlag, 1969, p. 233).

<sup>(3)</sup> Tale conclusione è rivolta soprattutto alla concezione carrariana del pericolo come "stato di fatto", inerente alla natura delle cose: F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, Prato, Giachetti, 1886, § 97.

Si ritengono sufficienti, a tal proposito, le parole del primo ANTOLISEI: «il pericolo non deve essere confuso con la modificazione del mondo esteriore cagionata dall'azione...Così se io rompo l'argine di un fiume, la mia azione ha un effetto concreto: la demolizione di una parte di



È da questa impostazione che muove il presente contributo<sup>(4)</sup>.  
Un'impostazione, ad onor del vero, sovente oggetto di diffidenza da parte di

muro o di terrapieno, ma questa demolizione non è il pericolo di inondazione, ma la causa di questo pericolo, come l'azione è la causa della demolizione». Vedi F. ANTOLISEI, *Sul concetto del pericolo*, in *La Scuola Positiva*, 1914, p. 32.

Successivamente, non si comprende perché l'autore abbia inquinato la sua limpida sentenza, sostenendo che «il pericolo è anch'esso un evento, perché consiste in una modificazione del mondo esteriore causato dall'azione umana». Vedi F. ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, Giuffrè, 1928, p. 117.

In particolare, ha notevole pregio la critica fatta dal ROCCO alla distinzione del CARRARA tra “danno potenziale” e “pericolo corso”. Per il maestro di Pisa, il “danno potenziale” si avrebbe quando, sebbene la “perdita del bene” non sia del tutto avvenuta, è «nel risultato dell'atto esterno la *potenza* a recarla; e ne è avvenuta perciò completa la violazione di un diritto». Il “pericolo corso”, invece, «nasce da uno *stato di fatto* che ha ad un dato momento reso *imminente* quella violazione». Il primo attiene al delitto consumato, il secondo a quello tentato. Il criterio discrezionale tra “pericolo corso” e “danno potenziale” sarebbe costituito, come ricorda lo stesso CARRARA, dalla permanenza: «Quando si è contro il nemico esplosa un'arma che non ha colpito, vi è *pericolo corso*, ma non vi è ulteriore *potenzialità* di danno, perché ormai quel proiettile non ha più abilità di offendere. Quando si è diffamata alcuno si può esservi danno *effettivo* se chi udì le calunniose parole vi diede credenza, e così *effettivamente* fu diminuito il patrimonio dell'onore del diffamato; ma quando nessuno vi credette non vi ha soltanto un *pericolo corso*: vi è un danno *potenziale*, perché quella imputazione rimasta nella memoria di coloro che la udirono, *può* sempre per accidentalità posteriori convertirsi in credenza nell'animo dei medesimi». Vedi F. CARRARA, *Programma*, cit., §§ 96, 97 e 98.

Questa distinzione artificiosa però è stata ben criticata dal ROCCO che, correttamente, ha sottolineato come o la “perdita del bene” è avvenuta, ed allora vi sarà sempre “danno effettivo” (tutt'al più, un “danno effettivo parziale”) o la “perdita del bene” non è avvenuta, ed allora vi sarà sempre “pericolo corso”. Il danno potenziale del CARRARA, in ultima analisi, o è un “danno effettivo parziale” o un “pericolo”: vedi, AR. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, in *Opere giuridiche*, Vol. I, Roma, Foro Italiano, 1932, p. 279 ss..

Per concludere sull'argomento del determinismo eziologico, si deve ricordare quello che già lo SCHOPENHAUER affermava circa l'esistenza della discussa “causa causarum”, «absolument aussi *impensable* que le commencement du temps ou la limite de l'espace». Vedi A. SCHOPENHAUER, *Essai sur le libre arbitre*, Parigi, Alcan, 1886 p. 52.

<sup>(4)</sup> F. ANTOLISEI, *Sul concetto*, cit., p. 25.; F. GRISPIGNI, *La pericolosità criminale e il valore sintomatico del reato*, in *La Scuola Positiva*, 1920, p. 101 ss.. In Germania, vedi A. FINGER, *Begriff*, cit., p. 232 ss.; ID., *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, Bd. I, Goldbach, Keip, 1997 (rist. anast. ed. 1904), p. 271; H. HALSCHNER, *Das gemeine*, cit., p. 596 ss.; M. VON BURI, *Über den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch: gesammelte Abhandlungen*, in *Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuch*, Goldbach, Keip, 1997 (rist. anast. ed. 1894), p. 280 ss.; ID., *Gefahr und Versuch in der zweiten Auflage der ersten Bandes der Normen*, in *Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuch*, Goldbach, Keip, 1997 (rist. anast. ed. 1894), p. 366 ss..

La citazione di questi autori teutonici non è casuale. Nella tradizionale disputa tra oggettivisti e soggettivisti, disputa afferente all'esistenza ontologica o puramente mentale del pericolo, si è spesso giunti a collocazioni affrettate, in una o nell'altra schiera, di molti autori la posizione dei quali, invece, è caratterizzata da sfumature dottrinali più che da nette conclusioni. Così, sarebbero soggettivisti, ad esempio, il FINGER ed il VON BURI: vedi F. ANTOLISEI, *Sul concetto*, cit., p. 33; AR. ROCCO, *L'oggetto*, cit., p. 302 ss..

Se, per le considerazioni sopra esposte, la teoria oggettiva del pericolo non può essere accolta, migliore fortuna non trova, sempre per il suo approccio unilaterale, la teoria soggettiva del pericolo. In effetti, un'operazione puramente mentale, avulsa dall'esperienza e da una qualsiasi base ontologica, non esiste. Le teorie oggettiviste e soggettiviste hanno la loro pecca in questo, che

coloro che, nel complicato intreccio causale, amano sopravvalutare la funzione delle variabili incognite<sup>(5)</sup>.

---

scambiano il tutto con la parte: la conclusione, come si vedrà nel prosieguo del lavoro, è che il giudizio di pericolo è sempre un *mixtum* di elementi oggettivi e soggettivi o, in altri termini, che il giudizio di pericolo è, al contempo, tanto (ri)cognitivo della realtà quanto costitutivo (*rectius*: creativo) di essa. Ma, allora, sembra affrettata l'inclusione del FINGER e del VON BURI tra i soggettivisti perché tali autori riconoscono entrambi i momenti come fondanti del giudizio di pericolo.

Sia sufficiente ricordare che per il primo il pericolo non è né un “wirkliches Sein” né, di contro, un “Bewußtseinzustand” bensì un giudizio sopra dati trascendenti (“transzendentes Gegebenes”): vedi A. FINGER, *Begriff*, cit., p. 232 ss.. Ed è solo il caso di ricordare che il FINGER abbraccia una concezione realistica della conoscenza ove l'atto cognitivo, lungi dall'essere un mero atto di coscienza, diviene una relazione tra il soggetto ed un oggetto esistente (perciò tale atto “trascende” la coscienza individuale). Tanto è vero che il medesimo autore conclude nel seguente modo: «Der Begriff „Gefahr“ dient also nicht, wie die an reproduktive und produktive Phantasievorstellungen geknüpfte „Sorge“, „Befürchtung“, zur Kennzeichnung eines reinen emotionalen Denktates, mit Gefahr wird ein transzendent Gegebenes, eine empirische Realität, eine Wirklichkeit bezeichnet». Salvo che per gli influssi della concezione realistica della conoscenza, questa definizione del pericolo è stata adottata dal MAURACH e dal ROXIN. Vedi R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil*, Verlag, Karlsruhe, 1956, p. 453 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd I, München, Beck, 1997, p. 614 ss..

Per quanto concerne il VON BURI, al contrario, l'autore nelle sue opere pone spesso in guardia da un eccesso di oggettivismo nel giudizio di pericolo perché «an und für sich betrachtet läßt sich keine Handlung als eine gefährliche bezeichnen»: M. VON BURI, *Über den Begriff*, cit., p. 280 ss.. Naturalmente, ciò non consente di etichettarlo, *sic et simpliciter*, come un soggettivista.

Considerazioni a parte meritano le tesi del ROCCO (ARTURO) e del PETROCELLI perché, sebbene tesi “intermedie” come quella avallata nel testo, presentano alcune aporie.

Il ROCCO, in particolare, sostiene che « la possibilità, come la probabilità, pur avendo una esistenza *obiettiva*, non si rivela da sè: essa ha bisogno di essere *riconosciuta*, cioè, *giudicata*... Dunque la possibilità e la probabilità non sono soltanto *obiettive*, nè soltanto *subiettive*, ma *obiettive* e *subiettive* insieme». Vedi AR. ROCCO, *L'oggetto*, cit., p. 302 ss.. Muovendo dalla premessa deterministica del presente lavoro, la possibilità e la probabilità non possono essere considerate un *quid* di oggettivo perché di ontologicamente esistente vi sono soltanto le circostanze che, come si vedrà più avanti nel testo, costituiscono la base del giudizio di pericolo.

Il PETROCELLI, dopo aver esattamente osservato che il pericolo non può consistere nella mera opinione di chi teme né è concepibile in una pura esistenza oggettiva destinata a non sbocciare mai in un giudizio, struttura il pericolo in un elemento oggettivo ed in uno soggettivo, riferendo però il termine “giudizio” soltanto a quest'ultimo elemento: vedi B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, Cedam, 1940, p. 8 ss.. A tal proposito si osserva che sarebbe più corretto, invece, riferire il termine “giudizio” ad entrambi gli elementi perché, come osservato all'inizio di questa nota, operazioni puramente mentali, avulse dall'esperienza e da una qualsiasi base ontologica, non esistono.

<sup>(5)</sup> Questo dubbio nasce, dapprima, nelle scienze fisiche per poi propagarsi in quelle sociali. Sia sufficiente ricordare, nel campo della meccanica quantistica, il principio di complementarità elaborato dal BOHR e, in quello della fisica atomica, il principio di indeterminazione (che ne costituisce una *species*) elaborato dall'allievo HEISENBERG. Il primo postulato sancisce l'impossibilità, per un osservatore, di considerare simultaneamente le proprietà ondulatorie e corpuscolari dello stesso fenomeno (ad esempio, della luce). Il secondo, in particolare, sancisce l'impossibilità, per un osservatore, di considerare simultaneamente, senza margini di errore, sia la posizione che la quantità di moto di una particella elementare. In altri termini, più alta sarà l'accuratezza nell'analisi di una variabile, più ampio sarà il margine di errore nell'analisi dell'altra variabile coniugata.

Il possibile inserimento, in una qualsiasi sequenza eziologica, di una condizione assolutamente imprevedibile al momento del giudizio, dovrebbe dunque corrodere le fondamenta del determinismo eziologico<sup>(6)</sup>. Con la conclusione che gli unici giudizi da accreditare sarebbero quelli di natura statistica, mai quelli di necessità.

Ora, qui è opportuno fare chiarezza. Altro è il determinismo eziologico, altro è la prevedibilità dell'evento. L'uno sta all'altro come l'elemento oggettivo sta a quello soggettivo del reato. L'argomentazione precedente sconta, ad una più attenta analisi, una confusione concettuale perché sovrappone indebitamente i limiti gnoseologici della conoscenza umana alla concezione meccanicistica dei fenomeni naturali.

Si scambia, in altri termini, ciò che l'uomo *conosce* o *può conoscere* con ciò che nella realtà è *accaduto*<sup>(7)</sup>. In breve: quello che non ha danneggiato non poteva

Come si vedrà nel prosieguo del testo, queste tesi non tolgono alcun valore al determinismo eziologico perché si pongono, rispetto ad esso, su un piano di indagine confinante ma concettualmente autonomo.

<sup>(6)</sup> Ecco perché il ROCCO sostiene che un fenomeno non perda affatto la sua natura pericolosa se l'evento che – ordinariamente (*id est*: secondo l'esperienza) - ne è l'effetto, non si verifica nel caso concreto. La potenzialità dannosa, infatti, prescinde dalla non verificazione dell'evento nel caso concreto se tale non verificazione è dovuta ad una qualsiasi circostanza sopravvenuta al momento del giudizio di pericolo. Vedi AR. ROCCO, *L'oggetto*, cit., p. 298 ss.. Si nota fin da subito l'influenza del pensiero dell'HALSCHNER che, a tal proposito, ricordava come: «Das aber im concreten Falle der Erfolg nicht eintrat, daß sich die Möglichkeit seines Eintrittes als ausgeschlossen erwies, kann der betressenden Handlung den Character der Gefährlichkeit nicht entziehen, denn die Gestaltung des einen concreten Falles alterirt nicht die generelle Bedeutung derartiger Fälle». Vedi H. HALSCHNER, *Das gemeine*, cit., p. 598.

Innanzitutto, preme un rilievo di natura concettuale, correttamente svolto dall'ANTOLISEI. L'affermazione del ROCCO per cui *ogni* circostanza sopravvenuta al momento del giudizio di pericolo sarebbe, semplicemente per la sua natura temporale, di per sé imprevedibile non può, per eccesso e per difetto, essere accolta. Per eccesso, perché molti fattori sopravvenuti sono conosciuti o comunque prevedibili. Per difetto, perché esistono fattori preesistenti o concomitanti imprevedibili da chiunque così che anche quest'ultimi sarebbero idonei ad influire su di un giudizio di pericolo: si faccia il caso di Tizio che esplose un colpo da arma da fuoco contro la gamba di Caio, protetta da una indistruttibile protesi in titanio. Vedi F. ANTOLISEI, *Sul concetto*, cit., p. 34 ss..

L'impostazione del ROCCO, temperata dalle considerazioni che precedono, è comunque generalmente accolta e, tra i molti, è interessante notare che il GALLO muova propria da questa premessa per la sua critica all'utilizzo, come momento del giudizio di pericolo nel delitto tentato, della c.d. prognosi postuma: vedi M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. III, Torino, Giappichelli, 2003, p. 70 ss..

<sup>(7)</sup> Affermare dunque che, a causa di fattori sopravvenuti ed imprevedibili, non è possibile, al momento del giudizio, predire con certezza la verificazione di un determinato evento, è affermazione induttivamente corretta. Sono numerosi, invero, i fattori non predeterminabili, consistenti in attività naturali ovvero umane, che possono inserirsi in una qualsiasi serie causale e

essere, fin dal principio, pericoloso anche se è stato riconosciuto tale. Già il FINGER ammoniva, forse inascolato, che «unser Weltabbild ist nur eine schattenähnliche Wiedergabe der Welt»<sup>(8)</sup>.

Ma se le leggi sulla causalità naturale esistono da sempre, ciò vuol dire che l'atteggiamento gnoseologico dell'uomo nei confronti di esse è di natura meramente (ri)cognitiva e non anche inventiva<sup>(9)</sup>. La Terra, ad esempio, ha sempre ruotato attorno al Sole sebbene, in un primo tempo, il sistema tolemaico-aristotelico abbia persino affermato il contrario, meritando la condanna all'oblio pronunciata dalla rivoluzione copernicana del XVI secolo.

Pertanto, anche se pecca di utopismo, è concettualmente esatta la conclusione cui perviene l'ANTOLISEI: «se la nostra conoscenza fosse completa e comprendesse tutte le leggi di natura e tutte le condizioni di fatto, noi, trovandoci al cospetto di un fenomeno o di una serie di fenomeni, saremmo sempre in grado

determinare la non verificazione dell'evento predetto. Ma, come si è osservato sopra nel testo, queste affermazioni nulla hanno a che vedere con la concezione meccanicistica dei fenomeni naturali. In altri termini, alla verificazione di un evento *hic et nunc* concorrono tutte e soltanto le condizioni necessarie – e, nel complesso, sufficienti – a produrre quel determinato evento. Anche, naturalmente, le attività naturali ovvero umane sopra cennate. Se, poi, alcune di esse sono imprevedibili, è una questione ultronea che, nei limiti in cui lo interessa, potrà concernere lo stato dell'arte della scienza di un determinato momento storico ovvero, in ambito penalistico, l'esclusione della relativa responsabilità per interruzione del nesso causale ovvero per caso fortuito.

Conclude il GRISPIGNI: «è chiaro che questa incompleta e imprecisa conoscenza delle cause agenti in un dato momento non modifica affatto la natura obbiettiva di esse, che è sempre quella di antecedente al quale in modo necessario seguirà, o non, un dato effetto, secondo che esse cause siano, o non, sufficienti a produrre l'effetto medesimo». Vedi F. GRISPIGNI, *La pericolosità*, cit., p. 101 ss..

<sup>(8)</sup> A. FINGER, *Begriff*, cit., p. 234: «in der Idee gibt es nur Notwendigkeit des Werdens, der Veränderung, keine Möglichkeit; nur Gewißheit, keine Zweifel».

<sup>(9)</sup> Non regge la critica del ROCCO che, in maniera pressoché apodittica, afferma che «accanto alla legge *generale* o *universale* di causalità, che governa tutti i fenomeni, esistono, dunque, leggi di causalità *single* o *particolari* governanti determinanti fenomeni». L'autore, piuttosto che interrogarsi sul *perché* esistano queste leggi di causalità definite “single” o “particolari”, conclude che, almeno riguardo alle leggi di causalità di quest'ultimo genere, non esisterebbe alcun determinismo eziologico: «fra la necessaria verificazione e la necessaria non verificazione di un fenomeno, vi è, dunque, posto per la *verificabilità* (effettuabilità, realizzabilità, causabilità) cioè per la *possibilità* – e quindi anche per la probabilità – del fenomeno stesso». Vedi AR. ROCCO, *L'oggetto*, cit., p. 298 ss..

Fermi i rilievi già mossi a questo autore circa la confusione concettuale tra prevedibilità dell'evento e determinismo eziologico (vedi nota n. 5), non si vede come possa procedersi a conclusione diversa, nel senso dell'esistenza o meno del meccanicismo naturale, semplicemente deferendo l'indagine dalla legge di causalità “generale” o “universale” a quella sulle leggi di causalità “singoli” o “particolari”. Se è vero che tutte le leggi scientifiche sono tesi assertive tratte dall'esperienza, sarebbe più corretto affermare che, stante l'imperfetta conoscenza umana dei dettami della legge di causalità “generale”, si adottano quelle di causalità “single” che ne costituiscono una diretta, seppur più limitata, applicazione.

di prevedere con certezza l'effetto di essi: noi faremmo sempre dei *giudizi di necessità*»<sup>(10)</sup>.

La grandezza di questa utopia è direttamente proporzionale alla delusione cocente dell'imperfezione della conoscenza umana. Per mitigarla si è giunti ad una "pratica" consolazione: la creazione, sul terreno gnoseologico, di quella *fictio* costituita dal giudizio statistico di cui il pericolo è figlio<sup>(11)</sup>.

Finzione, dunque, perché il determinismo eziologico risulta allergico ai giudizi statistici e, in quanto ad una loro possibile convivenza, il FINGER la esclude categoricamente posto che «logische Möglichkeit und ontische Notwendigkeit widersprechen einander nicht»<sup>(12)</sup>.

Figlio, invece, perché questo legame di parentela è tributo della formula dell'HAELSCHNER, tralaticciamente tramandata con successo, secondo cui il pericolo è «ein Kind unserer Unwissenheit»<sup>(13)</sup>.

Considerazioni genealogiche a parte, affermare che, sotto la veste gnoseologica, il pericolo è un giudizio statistico, significa affermare che il pericolo è un prodotto della esperienza ed è, perciò, storicamente mutevole. L'analogia empirica ci insegna che, dato un determinato complesso iniziale di condizioni, si susseguono fenomeni simili<sup>(14)</sup>.

---

<sup>(10)</sup> F. ANTOLISEI, *Sul concetto*, cit., p. 26. Il maestro marchigiano, tuttavia, era consapevole della sua utopia: «il nostro sapere non abbraccia nè tutte le leggi della natura, molte delle quali non sono state ancora accertate, nè tutti gli elementi di fatto, molti dei quali sfuggono alla conoscenza umana».

Lo stesso HALSCHNER ammetteva: «Ob eine Handlung wirklich alle Bedingungen eines schädlichen Erfolges enthielt oder nicht, darüber belehrt uns allerdings erst der Eintritt oder das Ausbleiben des schädlichen Erfolges, und wenn wir eine Handlung, abgesehen von ihrem Erfolge und vor demselben, als eine gefährliche bezeichnen, so legen wir damit zugleich das Bekenntnis ab, das notwendige Ergebnis desselben zu bezeichnen, niemals es zu durchschauen vermögen, ob alle Bedingungen desselben gegeben find oder nicht». Vedi H. HALSCHNER, *Das gemeine*, cit., p. 597.

<sup>(11)</sup> Se il pericolo ontologicamente non esiste, analoga conclusione va estesa coerentemente anche al caso fortuito.

<sup>(12)</sup> Per riprendere un esempio caro alla dottrina teutonica, questo significa che chi dorme sull'orlo di un precipizio *non* è in pericolo, almeno finché qualcuno non formuli il relativo giudizio!

<sup>(13)</sup> H. HALSCHNER, *Das gemeine*, cit., p. 597.

<sup>(14)</sup> «L'esperienza, infatti, insegna che da determinate cause derivano determinati effetti: insegna che c'è uniformità costante nel procedere della natura». Vedi F. ANTOLISEI, *L'azione*, cit., p. 126 ss..

Ma chi dice pericolo, dice esperienza: ed il loro rapporto è inversamente proporzionale<sup>(15)</sup>.

Il diritto penale, come altre branche giuridiche<sup>(16)</sup>, si è appropriato di questa categoria e l'ha utilizzata per servire i suoi fini<sup>(17)</sup>.

Ma, nel diritto penale, ogni analisi di natura eziologica è destinata a rimanere attratta nell'orbita dell'istituto del nesso causale. E, per sopravvivere dogmaticamente, il giudizio di pericolo deve potersi ritagliare una sua autonoma posizione che gli consenta di svolgere la sua funzione di satellite. Appare dunque

---

<sup>(15)</sup> La stessa etimologia del termine “pericolo” guida verso una tale conclusione. Il prefisso latino “perí-” indica chiaramente il riferimento alla prova o all'esperimento mentre il suffisso “-culum” è la consueta terminazione utilizzata per numerosi sostantivi. Questo prefisso – che forma la radice, ad esempio, anche del termine “perito” - deriva, a sua volta, dal greco antico “peirào” che vale “tento”, “provo”. Il pericolo, dunque, è esperimento induttivo, mai logica deduttiva. E questo perché il futuro non si può prevedere se non dopo l'esperienza del passato.

La ripetibilità è un concetto fondamentale nella nozione del pericolo e, come bene sottolineato dallo STELLA, è la chiave di volta da utilizzare per delimitare correttamente “l'oggetto della spiegazione causale”. Essendo ogni evento *storicamente* irripetibile, la sussunzione di esso sotto la copertura di una legge scientifica postula una ricostruzione – o, meglio, una “ridescrizione” - dell'evento *hic et nunc* in modo da isolarne (secondo “congetture esplicative” che aiutano l'interprete nella sua attività intellettuale) tutte quelle componenti ripetibili in assenza delle quali un evento dello stesso genere di quello tipizzato nella norma dal legislatore non si sarebbe verificato *hic* ovvero *nunc*. Vedi F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 245 ss..

Per il ruolo fondamentale dell'esperienza in ogni giudizio di pericolo vedi anche AR. ROCCO, *L'oggetto*, cit., p. 297 ss.. e, per il “grado” dell'aspettativa, rispetto al quale è stato sottolineato come «...und zwar steht der Grad der Erwartung in geradem Verhältnis zur Häufigkeit der gemachten Wahrnehmungen», vedi A. FINGER, *Begriff*, cit., p. 236 ss..

<sup>(16)</sup> Sia sufficiente pensare, nel diritto civile, al contratto di assicurazione ovvero al risarcimento del danno per perdita di *chance*.

<sup>(17)</sup> Da qui la categoria dei reati di pericolo, dei delitti di attentato, delle contravvenzioni ed il peculiare istituto, assunto come schema tendenzialmente generale, del tentativo.

A tal proposito, sono degne di pregio alcune considerazioni squisitamente *normative* del CARNELUTTI e del GALLO.

Il primo sottolinea come, in realtà, anche il pericolo sia un danno, ossia una lesione di un interesse giuridicamente tutelato, anche se potenziale o di minore intensità rispetto al danno vero e proprio. Vedi F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, Cedam, 1933, p. 233 ss.. In senso adesivo, anche se limita il reato alla violazione di un diritto soggettivo e non *tout court* di un interesse meritevole di tutela, F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1950, p. 78.

Il GALLO afferma recisamente che di pericolo e danno può parlarsi soltanto in presenza del c.d. bene giuridico, ossia di quella categoria meramente classificatoria che ricomprende - sotto l'etichetta “vita”, “incolumità personale”, “patrimonio”, ecc. - numerose fattispecie incriminatrici. Questo perché, se ci si vuole riferire invece all'interesse specificamente tutelato da ognuna di queste fattispecie, si deve concludere che, al contrario, ogni reato - anche quelli c.d. di pericolo - comportano una lesione di un tale interesse. Per la precisione, la lesione realizzata in un reato di pericolo sarebbe proprio quella di aver posto in essere situazioni pericolose nei confronti di un determinato interesse giuridicamente tutelato. Vedi M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte I e II, Torino, Giappichelli, 2001 - 2007, p. 22 (Parte I) e 125 ss. (Parte II).

utile tracciare i confini, nell'ampio campo dei giudizi eziologici, tra quello "canonico", che vincola una condotta ad un evento naturalistico, e quello di pericolo oggetto della presente trattazione.

Si tratta, in entrambe le relazioni, di stabilire pur sempre l'idoneità causale di "A" nel produrre "B" ma, a tal proposito, non sfugge questo duplice rilievo. Il giudizio di pericolo avviene sempre *ex ante*<sup>(18)</sup> perché è nato per avere funzione prognostica: il secondo termine della relazione è futuro, ossia il causabile o, se si preferisce, una causalità *in fieri* secondo l'*id quod plerumque fit*. Specularmente, il classico giudizio di causalità avviene sempre *ex post* perché è nato per avere una funzione diagnostica: il secondo termine della relazione è passato, ossia il causato o, se si preferisce, una causalità *facta* secondo l'*id quod plerumque accidit*<sup>(19)</sup>.

---

<sup>(18)</sup> Non essendo il giudice uno spettatore contemporaneo degli eventi, ed intervenendo egli a cose fatte, il momento *ex ante* del giudizio di pericolo che ha ad oggetto un'azione è una finzione giuridica (c.d. prognosi postuma). Anzi, essendo già il giudizio di pericolo di per sé una finzione, in tal caso si assisterebbe ad una finzione nella finzione! Assume, invece, le vesti di una vera e propria prognosi il giudizio di pericolo che ha ad oggetto una persona.

<sup>(19)</sup> Nondimeno, alcune dottrine sul "tradizionale" nesso eziologico muovono, per l'accertamento della natura necessaria o meno di una condizione, proprio dal concetto di pericolo e dal relativo giudizio. Ci si riferisce, naturalmente, alla teoria della c.d. causalità adeguata, alla teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento ed al giudizio contro-fattuale per addizione nella c.d. causalità omissiva.

Per l'indebita commistione tra elemento oggettivo e soggettivo del reato, che vizia la validità delle prime due teorie, vedi nota n. 7.

Per una esaustiva esposizione delle teorie sopra cennate, si rinvia alla magistrale monografia dell'ANTOLISEI, caposaldo delle trattazioni italiane *in subiecta materia*: vedi F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1960 (ed. postuma), p. 29 ss..

La diversa funzione, prognostica e diagnostica, dei due giudizi esaminati nel testo non toglie la natura statistica delle conclusioni cui entrambi pervengono. Questo, è opportuno ribadirlo, non in virtù del tanto decantato indeterminismo eziologico ma, piuttosto, degli inevitabili limiti gnoseologici che affliggono la conoscenza umana.

Nel suo fondamentale contributo allo studio del nesso eziologico, lo STELLA afferma che la struttura probabilistica della spiegazione causale è dovuta a due ineliminabili fattori che inficiano la completezza del sapere umano: la c.d. riserva "*coeteris paribus*" e l'inesistenza empirica di leggi universali. La riserva in questione ha il compito di delimitare il complesso di "assunzioni tacite", tanto nomologiche quanto ontologiche, che si utilizzano inevitabilmente nelle spiegazioni causali di un evento. Esse possono essere tanto non conosciute (ad esempio, una legge scientifica ancora non scoperta) quanto date per presupposte (ad esempio, la forza di gravità). L'inesistenza empirica delle leggi universali si ricava invece dal rilievo per cui, essendo tutte le leggi scientifiche delle ipotesi, «la questione della loro verità o falsità è destinata a rimanere sempre *aperta*» così da non potersi mai raggiungere una verifica completa di tutti i casi sussumibili sotto di esse. Di talché, l'unica distinzione tra legge universale e legge statistica, lungi dal concernere il "sostegno probatorio" offerto dalle une o dalle altre, risiede nella "forma" logica delle asserzioni in cui queste leggi si concretizzano. Dal sistema dello STELLA si ricava dunque, come corollario gnoseologico, l'impossibilità per qualsiasi interprete di spiegare con certezza l'intero meccanismo eziologico nonché l'impossibilità, per lo stesso interprete, di dichiarare con certezza il mancato intervento di

In questo senso può essere accolta la conclusione del ROCCO per cui il pericolo costituisce «*la potenza (o potenzialità) dannosa*»<sup>(20)</sup>. Ma, beninteso, una potenzialità ideale, derivante da uno stato soggettivo di incertezza, e non anche una potenzialità reale, derivante da uno stato oggettivo di incertezza.

La potenzialità del pericolo esprime dinamismo temporale: è un *panta rei* normativo quello che si trova a descrivere il FINGER quando esattamente afferma che «*Gefahr ist ein Begriff der sich aus einer dynamischen, einer funktionellen Betrachtungsweise ergibt. In einer rein statischen Betrachtung ist für ihn kein Raum*»<sup>(21)</sup>.

L'arco temporale tracciato dal pericolo non deve, però, trarre in inganno: normativamente non ha senso distinguere il pericolo in passato, presente e futuro<sup>(22)</sup>.

Questo perché il pericolo “passato” non è più un pericolo di danno; il pericolo “futuro” non lo è ancora. Il binomio “pericolo-danno” delinea un rapporto tra ciò che è e ciò che potrà essere: il primo termine è sempre certo, il secondo sempre incerto. Nel pericolo “passato”, dunque, difetta il secondo termine di questo binomio, ossia l'incertezza del danno<sup>(23)</sup>; nel pericolo “futuro” difetta il primo termine, ossia la certezza del pericolo<sup>(24)</sup>. All'interprete non rimane, dunque, che fronteggiare dogmaticamente il pericolo “presente”.

altre condizioni eziologiche nel meccanismo causale preso in considerazione. Vedi F. STELLA, *Leggi*, cit., p. 167 e 275 ss.

<sup>(20)</sup> AR. ROCCO, *L'oggetto*, cit., p. 302.

<sup>(21)</sup> A. FINGER, *Begriff*, cit., p. 233.

<sup>(22)</sup> AR. ROCCO, *L'oggetto*, cit., p. 296 e 309 ss., che definisce “proprio” il pericolo passato e presente ed “eventuale” quello futuro. In quest'ultimo caso, “possibile” si contrappone ad “effettivo”. Nelle prime due ipotesi, invece, «se talvolta le espressioni: possibile, possibilità, si usano in relazione a fenomeni esistiti nel passato o esistenti nel presente, ciò avviene in un senso diverso, e non proprio; *possibile* si contrappone allora a *certo* e possibilità a *certezza*».

Per la distinzione tra possibilità intesa in senso gnoseologico, e quindi riferibile anche al passato, e possibilità intesa in senso ontologico, e dunque riferibile soltanto al futuro, vedi anche F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 27 ss..

<sup>(23)</sup> Perché questo o si è verificato o non si è verificato. In realtà, e tale finzione si è posta ben in luce nella nota n. 17, il giudice effettua la propria valutazione del pericolo a cose fatte, ossia a pericolo “passato”, retrocedendo però al momento in cui il pericolo era “presente”. Normativamente, in sintesi, l'unico giudizio di pericolo rimane sempre quello sul pericolo “presente”.

<sup>(24)</sup> A proposito del concetto di pericolo “futuro” o “pericolo del pericolo” - figura incerta ma nondimeno accreditata da autorevoli giuristi come il ROCCO, il GRISPIGNI e l'ANTOLISEI - si



La composizione chimica del giudizio di pericolo è abbastanza complessa. Si possono isolare, secondo l'ordine logico con cui devono esaminarsi, quattro molecole che ne costituiscono l'essenza: il momento, la base, il metro ed il grado del giudizio<sup>(25)</sup>.

Le prime tre compongono la sezione strutturale o qualitativa del giudizio di pericolo, l'ultima quella accertativa o quantitativa del medesimo giudizio. Soltanto un'analisi congiunta delle due dimensioni, e delle loro continue relazioni, può adeguatamente fornire una definizione penalmente rilevante del pericolo.

Naturalmente, ed è quasi superfluo ricordarlo, il giudizio di pericolo che ha ad oggetto un'azione (c.d. giudizio di pericolo oggettivo) è diverso, sia dal punto di vista strutturale che da quello accertativo, dal giudizio che ha ad oggetto una persona (c.d. giudizio di pericolo soggettivo)<sup>(26)</sup>. Questa accentuata dissonanza si ripercuote, inevitabilmente, sul contenuto delle quattro molecole – momento, base, metro e grado - sopra elencate. Ma si proceda con ordine.

---

vuole precisare quanto segue (vedi *amplius* F. ANTOLISEI, *Sul concetto*, cit., p. 27 ss.; F. GRISPIGNI, *Diritto*, cit., Vol. II, p. 77; AR. ROCCO, *L'oggetto*, cit., p. 310 ss.). Il concetto del pericolo "futuro", invero, nasce da un equivoco logico atteso che, ad una più attenta analisi, il "pericolo del pericolo" si risolve sempre in un pericolo di danno, ossia in un pericolo "presente". Valga, per una migliore comprensione, tale esempio: se si intende punire il tentativo di incendio (*id est*: il pericolo del pericolo per l'incolumità pubblica), il momento del giudizio di pericolo, pur arretrato agli atti di tentativo (*rectius*: al pericolo "futuro"), non modificherà punto la natura del giudizio medesimo che rimarrà sempre ancorato ad un danno temuto posto che il delitto di incendio (*rectius*: il pericolo "presente"), per venire a giuridica esistenza anche soltanto a livello di tentativo, dovrà comunque esprimere una potenzialità dannosa contro l'incolumità pubblica. Dunque, come si vede, il giudizio di pericolo "futuro" altro non è che un giudizio di pericolo "presente" ove la scelta del momento del giudizio viene a cadere su di un anello temporale precedente, rispetto a quello selezionato nel consueto giudizio di pericolo "presente", della infinita catena eziologica che condurrà alla verifica o alla non verifica dell'evento dannoso per la pubblica incolumità.

Più lapidario il PETROCELLI, secondo cui il pericolo futuro non esiste perché in un simile giudizio difetterebbe l'elemento oggettivo, vale a dire i fattori da cui desumere la futura esistenza *del danno*: vedi B. PETROCELLI, *La pericolosità*, cit., p. 15 ss.. Ciò è vero, a condizione che si completi questa affermazione osservando, però, che anche il giudizio di pericolo "futuro" è caratterizzato da un proprio elemento oggettivo, vale a dire i fattori da cui desumere la futura esistenza di *situazioni di pericolo*.

<sup>(25)</sup> Per una raffinata analisi di questi momenti e per un'interessante proposta di un nuovo modello di giudizio di pericolo, si veda la pregevole monografia sul pericolo concreto di F. ANGIONI, *Il pericolo*, cit., p. 95 ss..

<sup>(26)</sup> Delinea molto bene tale differenza l'ANTOLISEI. Si veda *amplius* F. ANTOLISEI, *Sul concetto*, cit., p. 44 ss.. Se anche il giudizio di pericolo soggettivo sia o meno una finzione giuridica è argomento che occuperà il capitolo che segue quando si analizzerà se, accanto ad un determinismo *eziologico*, sia ammissibile anche un determinismo *psicologico*.

Il momento del giudizio indica la collocazione temporale privilegiata tra gli innumerevoli “Zeitpunkte” del pericolo “presente”: il tempo si arresta ed il giudicante procede alla sua valutazione. Se questa cade su di una persona, il momento è unico e coincide con quello in cui si effettua la prognosi. Se il giudizio, invece, ricade su di un’azione, la selezione si riduce sempre ad un’alternativa: o il momento della condotta dell’agente o il momento dell’evento naturalistico<sup>(27)</sup>. Naturalmente, la scelta tra momento *ex ante* ed *ex post* non è frutto dell’arbitrio del giudicante ma dipende dall’intima struttura della fattispecie rimessa al suo vaglio critico<sup>(28)</sup>.

La base del giudizio – ossia l’elemento oggettivo del giudizio di pericolo – è costituita dal complesso di *tutte* le circostanze ontologicamente sussistenti al momento del giudizio stesso<sup>(29)</sup>.

---

<sup>(27)</sup> In tema di fattispecie incriminatrici ove il pericolo riveste il ruolo di elemento costitutivo del fatto, si ritiene ormai tramontato il monismo tanto caro all’ANTOLISEI, secondo cui il momento del giudizio di pericolo avrebbe dovuto essere sempre *ex ante*. Vedi F. ANTOLISEI, *Sul concetto*, cit., p. 38 ss..

La definitiva consacrazione del dualismo, nella selezione del momento del giudizio di pericolo, si ha per opera di un suo allievo, il GALLO. Vedi M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Il foro penale*, 1969, p. 3 ss.. Questi procede ad una *summa divisio* tra “fattispecie di condotta pericolosa” e “fattispecie di evento pericoloso”. Nelle prime - in cui il pericolo è presupposto della condotta (ad esempio, l’art. 677 c.p.), qualifica di un presupposto della condotta (ad esempio, l’art. 593 c.p.), qualifica della condotta (ad esempio, l’art. 703 c.p.), qualifica dell’oggetto materiale della condotta (ad esempio, l’art. 444 c.p.) – il momento è *ex ante* a base ontologica parziale. Nelle seconde – in cui il pericolo è qualifica dell’evento naturalistico (ad esempio, l’art. 583, comma 1, n. 1), c.p.) o evento naturalistico (ad es., art. 244 c.p.) - il momento è *ex post* a base ontologica totale.

Ferme restando le considerazioni che si svolgeranno nel prosieguo della trattazione circa la base ontologica del giudizio di pericolo, si comprende sin da subito l’enorme importanza dell’analisi ermeneutica dell’interprete circa la pregiudiziale determinazione della natura, come reato di mera condotta ovvero ad evento naturalistico, della fattispecie incriminatrice al suo vaglio. Per concludere sul dualismo del GALLO, non convince la scelta dell’autore di preferire, in luogo della bipartizione sopra illustrata, l’adozione di un criterio di accertamento unilaterale in tema di momento del giudizio di idoneità degli atti di tentativo (momento *ex post* a base ontologica totale: vedi nota n. 6). Costituendo il delitto tentato uno schema di reato di pericolo tendenzialmente generale, si dovrebbe anche qui riproporre, con conseguente diversità tra momenti del giudizio, la bipartizione tra (tentativo di) delitti di mera condotta e (tentativo di) delitti ad evento naturalistico.

<sup>(28)</sup> Sarebbe erroneo ritenere che la dicotomia *ex ante* o *ex post* contraddica il rilievo generale, più sopra enunciato, per cui il giudizio di pericolo, a differenza di quello tradizionale di causalità, è sempre un giudizio *ex ante*. Qui bisogna intendersi: la coppia concettuale *ex ante* ed *ex post* postula logicamente un termine di riferimento rispetto al quale sia possibile predicare un “prima” ed un “dopo”. Il baricentro in questione è, indubbiamente, il pericolo come elemento di fattispecie. Tuttavia, non è chi non veda come, *rispetto all’evento dannoso temuto*, il giudizio di pericolo – a prescindere dalla selezione di un particolare momento - sia sempre un giudizio *ex ante*.

<sup>(29)</sup> Per quanto concerne le circostanze che costituiscono la base del giudizio di pericolo soggettivo, si vedano *amplius* le teorie sulla pericolosità sociale illustrate nel terzo capitolo.

L'influenza, quantitativa e qualitativa, tra momento e base del giudizio è, dunque, facilmente intuibile se soltanto si pone mente al rilievo che questi due fattori costituiscono, in estrema sintesi, le coordinate spazio-temporali del giudizio di pericolo<sup>(30)</sup>. Una volta che queste sono state tracciate, il giudicante – all'interno della gamma di circostanze spazio-temporali che denotano la condotta o l'evento naturalistico, tutte teoricamente assumibili ai fini del giudizio di pericolo - dovrà

---

Per quanto attiene, invece, alle circostanze che costituiscono la base del giudizio di pericolo oggettivo, la dottrina tradizionale è solita selezionare, all'interno di tutte le circostanze presenti al momento della condotta (c.d. base ontologica parziale) ovvero dell'evento naturalistico (c.d. base ontologica totale), soltanto alcune di esse, qualificandole rilevanti per la base del giudizio di pericolo. Con il che già si comprende l'arbitrarietà di definire come "totale" una base ontologica valorizzata soltanto parzialmente. Questa selezione, oltretutto, avviene – con una censurabile confusione concettuale tra elemento oggettivo e soggettivo del reato - tramite il duplice coefficiente psicologico della conoscenza del soggetto agente e della conoscibilità per un osservatore ideale (parametro, oltretutto, assolutamente incerto ed indefinibile che spalanca le porte all'*arbitrium iudicis*). Vedi, in Italia, M. GALLO, *I reati*, cit., p. 3 ss. e, in Germania, A. FINGER, *Begriff*, cit., p. 239.

Il criterio selettivo in questione è stato ben sintetizzato dall'ANTOLISEI: «la sfera conoscitiva del giudice non è, perciò, né quella dell'autore dell'azione, né quella dell'uomo normale, ma una sfera speciale che risulta dalla sovrapposizione della sfera dell'uomo normale su quella dell'autore dell'azione». Vedi F. ANTOLISEI, *Sul concetto*, cit., p. 43.

Un analogo rilievo di "inquinamento soggettivo" riguarda, salvo si accrediti la dottrina della c.d. doppia misura, la base ontologica parziale del tradizionale giudizio di colpa, ove le circostanze ritenute rilevanti sono selezionate tramite la prevedibilità dell'*homo eiusdem conditionis et professionis*. Queste indebite commistioni tra elemento oggettivo e soggettivo del reato sono forse il frutto di una eccessiva osservanza del principio costituzionale di colpevolezza ma non è chi non veda come, oltre all'indebita sovrapposizione di piani di indagine concettualmente distinti, potrebbe in concreto sussistere una circostanza che, non conosciuta né conoscibile, agisca a favore dell'agente, nel senso dell'esclusione della sua penale responsabilità, e che seguendo la dottrina tradizionale non potrebbe essere considerata a suo vantaggio.

In conclusione, quello che rileva, ai fini della determinazione della base del giudizio di pericolo, è quando una circostanza sia venuta ad esistenza, non quando sia stata conosciuta o sia divenuta conoscibile ed alla stregua di quale parametro di riferimento. Vedi *amplius* F. GRISPIGNI, *Diritto*, cit., Vol. II, p. 77. Gli unici limiti che, nella pratica, possono essere accettati circa la delimitazione della base ontologica sono quelli, classificati dall'ANGIONI, di natura teleologica (ad esempio, lo scarto di tutte le circostanze *future* al momento del giudizio, *in primis* la verifica dell'evento dannoso), gnoseologica (ad esempio, la reale possibilità di individuare tutte le circostanze ontologicamente sussistenti), normativa (ad esempio, la descrizione non tassativa della base ontologica nei reati di pericolo generico). I limiti sopra enunciati – peraltro fisiologicamente e/o normativamente inevitabili – renderebbero così la base ontologica del giudizio di pericolo "tendenzialmente" totale. Vedi *amplius* F. ANGIONI, *Il pericolo*, cit., p. 97 ss..

<sup>(30)</sup> Si deve, infatti, ricordare che, come ogni giudizio, il pericolo è prima di tutto una diagnosi e, soltanto dopo, una prognosi. O, più correttamente, esso è una prognosi proprio perché prima vi è la possibilità di effettuare una diagnosi.

privilegiare la circostanza grazie alla quale sarà possibile esperire la prognosi indicante il più alto grado di verifica dell'evento dannoso temuto<sup>(31)</sup>.

Il metro del giudizio – ossia l'elemento soggettivo del giudizio di pericolo – è costituito da tutto il patrimonio nomologico a disposizione del giudicante<sup>(32)</sup>. L'insegnamento dello STELLA è, al riguardo, illuminante: «il giudice deve essere un “consumatore”, non un “produttore” di leggi causali»<sup>(33)</sup>. Attraverso le leggi scientifiche, dunque, si opera un essenziale filtro selettivo della base ontologica che da “potenziale” (*id est*: tutte le circostanze presenti al momento del giudizio) diviene “reale” (*id est*: tutte le circostanze *rilevanti* presenti al momento del giudizio)<sup>(34)</sup>.

Infine, il grado del giudizio esprime la misura che il pericolo, per essere *penalmente rilevante*, deve possedere. Nel giudizio di pericolo oggettivo, sostenere senza adeguate argomentazioni normative che il pericolo penalmente rilevante

---

<sup>(31)</sup> Questa conclusione induttiva è giustificata dalla stessa *ratio* che ha portato alla creazione delle fattispecie di pericolo. Vedi *amplius* per queste considerazioni F. ANGIONI, *Il pericolo*, cit., p. 192 ss..

<sup>(32)</sup> Naturalmente, stante l'interdipendenza tra base e metro del giudizio, anche riguardo al patrimonio nomologico conosciuto possono essere deferite le conclusioni raggiunte in tema di base del giudizio ed inerenti al tema dei limiti teleologici, gnoseologici e normativi. Di talché, dovrebbe parlarsi, più correttamente, di un metro di giudizio tendenzialmente totale.

Per quanto riguarda, invece, la questione dell'applicabilità retroattiva della legge di copertura sfavorevole (vale a dire una legge alla stregua della quale è possibile predicare un giudizio di pericolo penalmente rilevante prima non predicabile), il problema attiene, ancora una volta, all'elemento soggettivo del reato. L'approccio deterministico da cui muove il presente lavoro – e che caratterizza, invece, l'elemento oggettivo del reato – è indifferente alla mera “scoperta”, successiva al momento del giudizio, di una legge scientifica di copertura in realtà sempre “esistita”.

<sup>(33)</sup> F. STELLA, *Leggi*, cit., p. 153. Naturalmente, il richiamo all'illustre autore deve essere contestualizzato nella *subiecta materia*, posto che il penalista trevigiano si riferiva al tradizionale giudizio di causalità.

<sup>(34)</sup> «Ma può anche succedere che nessuna legge di uniformità sia applicabile, perché rispetto a certi fenomeni nessuna generalizzazione è entrata a far parte del patrimonio conoscitivo di una società»: in questo senso F. ANGIONI, *Il pericolo*, cit., p. 134 ss. e 291 ss.. Nella sua interessante disamina del metro di giudizio, l'autore fa l'esempio del “pericolo di guerra” richiamato dall'art. 244 c.p. in tema di atti ostili contro uno Stato estero. Altro grave problema è rappresentato dal grado di copertura delle leggi scientifiche, vale a dire la frequenza statistica con cui esse trovano conferma nella realtà. Il difetto di una legge scientifica di copertura ovvero il grado relativamente basso della sua copertura incide negativamente sul grado della disponibilità di queste fattispecie incriminatrici ad una loro verifica empirica, ossia sul grado della loro “praticabilità”.

consista sempre nella probabilità, e non anche nella possibilità del danno, è asserzione apodittica che suona di concettualismo<sup>(35)</sup>.

Dogmaticamente inconsistenti appaiono, infatti, i due rilievi sovente utilizzati per suffragare questa affermazione.

*In primis*: punire ogni azione “possibilmente”, e non anche “probabilmente”, dannosa comporterebbe una irragionevole estensione della sfera della rilevanza penale<sup>(36)</sup>.

---

<sup>(35)</sup> F. ANTOLISEI, *Sul concetto*, cit., p. 30 ss. (ma non nel suo pensiero più maturo: vedi nota n. 36); F. GRISPIGNI, *La pericolosità*, cit., p. 103 ss.; H. HALSCHNER, *Das gemeine*, cit., p. 598; B. PETROCELLI, *La pericolosità*, cit., p. 3 ss.. Considerano il pericolo penalmente rilevante la mera possibilità del danno, A. FINGER, *Begriff*, cit., p. 235 ss. ed AR. ROCCO, *L'oggetto*, cit., p. 303 ss. Ad onor del vero, tali autori non si occupano *ex professo* della questione del grado penalmente rilevante del pericolo.

L'ANGIONI conclude che, più correttamente, il grado della possibilità deve essere applicato nel giudizio di idoneità degli atti di tentativo. Per avvalorare tale conclusione, l'autore muove da una premessa dogmatica e da una comparazione sanzionatoria tra fattispecie incriminatrici. Il primo rilievo ricostruisce l'art. 49, comma 2, c.p. – che parla di “impossibilità” dell'evento dannoso o pericoloso – come il rovescio dogmatico dell'art. 56, comma 1, c.p. che, dunque, dovrebbe essere letto in chiave di “possibilità”. Il secondo, invece, analizza i rapporti sanzionatori tra il danneggiamento cui segue un pericolo di disastro ferroviario (art. 431, comma 1, c.p.) ed il tentativo di disastro ferroviario (artt. 56, comma 1, e 430 c.p.). La maggiore gravità della sanzione che assiste la prima fattispecie potrebbe essere giustificata, secondo l'autore, soltanto con la distinzione tra coefficienti statistici: probabilità per la prima ipotesi, possibilità per la seconda. Vedi *amplius*, F. ANGIONI, *Il pericolo*, cit., p. 257 ss..

Le argomentazioni dell'ANGIONI, ad una più attenta analisi, prestano il fianco a due obiezioni principali. In primo luogo, la concezione realistica del reato ha già posto in luce le incongruenze dogmatiche della ricostruzione dell'art. 49, comma 2, c.p. come riflesso negativo dell'istituto del tentativo (vedi M. GALLO, *Appunti*, cit., Vol. II, Parte II, p. 98 ss.). In secondo luogo, la differenza tra le due fattispecie incriminatrici oggetto dell'esemplificazione sopra cennata risulta, senza scomodare il grado dei coefficienti statistici da utilizzare, già a livello di elementi costitutivi del fatto oggettivo di reato. In effetti, la più grave sanzione penale destinata al danneggiamento seguito dal pericolo di disastro è giustificata dal rilievo che, nella costruzione di tale illecito, vi è anche la tipizzazione di una condotta di danneggiamento che, nel tentativo di disastro ferroviario, potrebbe del tutto difettare. È, in ultima analisi, il maggior disvalore di azione a consentire una risposta sanzionatoria più severa nell'ipotesi di cui all'art. 431 c.p.. Lo stesso autore riconosce che la propria posizione non ha riscosso molto consenso nella dottrina prevalente ma, oltre alle obiezioni di cui sopra, non si comprende infine il motivo per cui il tentativo, vale a dire il classico schema di reato di pericolo, dovrebbe essere caratterizzato da un grado di giudizio diverso (*recte*: la possibilità) da quello utilizzato per i reati di pericolo (*recte*: come si vedrà più avanti nel testo, la probabilità).

<sup>(36)</sup> «Ritenendo sufficiente per il pericolo la possibilità in genere, di qualunque grado, nessuna utilità potrà più ricavarsi dal concetto medesimo, nel quale si confonderanno i fatti che ordinariamente recano l'evento anti-giuridico ed i fatti che lo determinano soltanto in casi eccezionali o eccezionalissimi»: così F. ANTOLISEI, *Sul concetto*, cit., p. 31.

Nello stesso senso HALSCHNER che, preoccupato dell'eventuale paralisi di ogni attività umana in quanto potenzialmente pericolosa, conclude: «weil wir einen bestimmten Erfolg niemals als das notwendige Ergebnis unseres Handelns zu erkennen und zu bezeichnen vermögen, so enthält eine jede Handlung die Möglichkeit eines nicht gewollten, eventuell schädlichen Erfolges

*In secundis*: un'azione “possibilmente” dannosa non può essere considerata pericolosa perché non incuterebbe mai timore nel suo osservatore<sup>(37)</sup>.

La prima considerazione, assolutamente degna di valore per i risultati aberranti che intende censurare, non contiene tuttavia alcun valore giuridico ma, semmai, politico. Privilegia una dimensione meta-giuridica che, come complesso di valutazioni di politica criminale, costituisce il *prius* di qualsiasi dato di diritto positivo.

La seconda, invece, traccia una audace relazione causale tra “pericolo” e “timore” che, come rileva acutamente il ROCCO, empiricamente non esiste<sup>(38)</sup>. Come vi può essere “timore” senza “pericolo” (ad esempio, per pusillanimità), così vi può anche essere “pericolo” senza “timore” (ad esempio, per temerarietà). Il timore, dunque, non è sempre l'effetto del pericolo ma, più modestamente, soltanto un suo riflesso di natura squisitamente psicologica che empiricamente può o non può riscontrarsi. Senza contare, poi, che, quando il legislatore intende riferirsi allo stato psicologico del soggetto passivo del reato, è solito utilizzare espressioni *ad hoc* come, ad esempio, nel delitto di pubblica intimidazione, ove si parla “pubblico timore” (art. 421 c.p.), ovvero di truffa aggravata, ove si menziona il “timore di un pericolo immaginario” (art. 640, comma 2, n. 2), c.p.).

---

und eine unbedingte Pflicht solche mögliche Erfolge zu vermeiden würde uns nötigen, auf alles Handeln zu verzichten». Vedi H. HALSCHNER, *Das gemeine*, cit., p. 598 .

<sup>(37)</sup> Vedi, ad es., B. PETROCELLI, *La pericolosità*, cit., p. 3 ss., per cui i due concetti di pericolo e di timore stanno e cadono insieme, atteso che la mera possibilità della produzione dell'evento dannoso «viene a prescindere da un ineliminabile riflesso soggettivo del pericolo, che è il *timore*».

Nello stesso senso, anche se più sfumato, GRISPIGNI : «*Senonchè occorre subito avvertire che, se da un punto di vista puramente logico il pericolo consiste nella “mera possibilità di un evento temuto”, esso però non assume importanza pratica se non in quanto tale possibilità presenti una certa rilevanza, perchè psicologicamente il timore di un evento, normalmente non sorge se in quanto si riconosca una “rilevante possibilità” del verificarsi dell'evento stesso*». Vedi F. GRISPIGNI, *La pericolosità*, cit., p. 103.

<sup>(38)</sup> AR. ROCCO, *L'oggetto*, cit., p. 306 ss.. Sembra confondere causa ed effetto, pericolo e timore, anche il FINGER quando specifica che «*der emotionale Denkakt, der in einem bestimmten Sosein die Quelle möglicher Schäden erkennt, ist von der Subjektivität des Urteilenden stark beeinflusst. Das Temperament des Urteilenden spielt eine wichtige Rolle. Der Zaghafte, Ängstliche steht derselben Lage anders gegenüber als der Entschiedene, als der Tollkühne*». Vedi A. FINGER, *Begriff*, cit., p. 239. Successivamente, ribadisce il concetto: «*...die Gefahr für ein Rechtsgut, d.h. durch einen Zustand, eine Lage der Dinge, die auf Grund der Erfahrung die Wahrscheinlichkeit und daher die Befürchtung rechtfertigt, daß sich aus ihr eine Rechtsgüterverletzung entwickeln kann*». Vedi A. FINGER, *Lehrbuch*, cit., p. 271.

Le considerazioni che precedono dimostrano che la conclusione in favore della probabilità, e non anche della possibilità, va ricercata altrove.

Se il grado penalmente rilevante del pericolo coincidesse con la possibilità, non si comprende perché, in numerose fattispecie incriminatrici, il legislatore abbia preferito utilizzare il verbo “potere” piuttosto che il sostantivo “pericolo”. In altri termini, la coesistenza normativa di reati strutturati sulla “possibilità” di un evento dannoso e di altri strutturati sul giudizio di pericolo deporrebbe, in quest’ultimo caso, per l’accoglimento del coefficiente statistico della probabilità. Inoltre, in alcune fattispecie incriminatrici, convivono lessicalmente tanto il verbo “potere” quanto il sostantivo “pericolo” che, di conseguenza, dovrebbe essere considerato elemento costitutivo pleonastico se inteso come caratterizzato dalla possibilità.

*An vera sint esposita*, è la stessa grammatica del codice ad interdire alla possibilità di rivestire il ruolo di grado penalmente rilevante per il giudizio di pericolo oggettivo<sup>(39)</sup>.

Se, dunque, il pericolo penalmente rilevante richiede la probabilità dell’evento dannoso, nulla osta al legislatore di costruire fattispecie in cui, per le esigenze normative più diverse, si esige un grado diverso, maggiore o minore, della probabilità. Ecco comparire allora in molteplici disposizioni le più diverse sfumature del concetto di pericolo: attuale (artt. 52 e 54 c.p.)<sup>(40)</sup>, imminente (art. 310 c.p.), tenue (art. 311 c.p.), grave (art. 602 *bis*, comma 3, n. 3), c.p.).

Tra possibilità e probabilità corre una differenza di natura quantitativa, relativa alla frequenza statistica, che in realtà apre una voragine in tema di

---

<sup>(39)</sup> È il pensiero ultimo dell’ANTOLISEI, maturato nella monografia del 1928: vedi F. ANTOLISEI, *L’azione*, cit., p. 126 ss.. Questo rilievo, che l’autore esaminava sotto il codice ZANARDELLI, può ben essere esteso anche alle disposizioni del codice ROCCO.

<sup>(40)</sup> A tal proposito, non sembra corretta la considerazione come sinonimi del pericolo attuale e di quello imminente, spesso fusi col pericolo presente. Vedi, ad esempio, F. ANTOLISEI, *L’azione*, cit., p. 140; AR. ROCCO, *L’oggetto*, cit., p. 309 ss.. Se, come dimostrato precedentemente nel testo, l’unico pericolo normativamente rilevante è quello “presente”, gli attributi dell’attualità e dell’imminenza sarebbero meri orpelli *ad abundantiam*. Sembra, dunque, maggiormente corretta la qualifica di tali attributi alla stregua di gradi, tra loro diversi per ragioni quantitative, del giudizio di pericolo: «l’imminenza altro non essendo che il grado estremo e più avanzato dell’attualità». Vedi B. PETROCELLI, *La pericolosità*, cit., p. 18 ss., che, al riguardo, distingue un pericolo statico (ad esempio, il pericolo derivante dal delinquente per tendenza) da uno dinamico (ad esempio, il pericolo attuale o imminente).

accertamento fenomenico di un evento: la possibilità, nella veste di termine referenziale, viene rivelata dalla negazione del suo contrario, ossia dalla non impossibilità<sup>(41)</sup>; la probabilità richiede che, nel complesso di tutte le ipotesi accertate, quelle favorevoli ad una determinata asserzione siano maggiori di quelle ad essa sfavorevoli.

Consacrare la probabilità come metro del giudizio di pericolo significa, allora, prendere atto allo stesso tempo di una scoraggiante verità: l'evidente impossibilità di tradurre matematicamente in percentuale le più eterogenee circostanze concrete che costituiscono il sostrato della base del giudizio di pericolo<sup>(42)</sup>.

È curioso che gli stessi autori che richiedono la probabilità come metro del giudizio di pericolo, forti del rigore matematico a cui hanno ancorato la propria tesi, siano però anche i primi che, consapevoli dell'esiguità cui riducevano l'area della rilevanza penale del pericolo, tentino di sostituire al concetto statistico quello "comune" di probabilità, escogitando formule vaghe e nebulose che

---

<sup>(41)</sup> O, più correttamente, dalla non contrarietà alla legge di causalità naturale. La verifica nel caso concreto di un fenomeno è, *in re ipsa*, la prova inconfutabile della sua possibilità. Questo perché se, nel caso concreto, un fenomeno si verifica, significa che è possibile; se, nel caso concreto, non si verifica, non significa che è impossibile perché impossibile è ciò che non si verifica mai.

<sup>(42)</sup> L'analogia empirica aiuta ma non risolve ogni problema. Affidarsi all'osservazione empirica delle circostanze concrete di due o più fenomeni postula l'esistenza, nonché l'accessibilità da parte del giudice, di un campionario fenomenico più o meno vasto. Il problema, dunque, rimane insoluto nel caso di ignoranza o addirittura di difetto di precedenti ipotesi da utilizzare nel procedimento comparativo. Inoltre, analogia significa somiglianza, mai identità: due eventi, per il semplice rilievo di essere *hic et nunc*, non possono logicamente mai essere *identici* così che anche una sola circostanza diversa, se contestualizzata in una determinata dimensione spazio-temporale, può risultare decisiva, in un senso o nell'altro, nel giudizio di pericolo.

*Brevis*: un incendio di poche foglie è, di regola, poco pericoloso se appiccato in un parcheggio deserto ma, se appiccato all'interno dell'area di un distributore di benzina, il giudizio si inverte. I due incendi, come si può facilmente notare, sono simili ma non identici, mutando in questo caso la circostanza ove il fuoco divampa. Ma, oltre a prendere atto della diversa circostanza, come si fa ad affermare che proprio grazie ad essa il coefficiente statistico si è innalzato, ad esempio, dal 10% del primo incendio al 60% del secondo? In sintesi, l'analogia empirica può indicare la somiglianza tra due fenomeni ma non consente di attribuire un valore numerico in percentuale a ciascuna circostanza, che caratterizza il fenomeno al vaglio del giudice, né consente la somma di tali valori per ottenere un risultato superiore a 50.

Lapidaria e corretta, dunque, la sentenza dell'ANGIONI per cui il pericolo rimane «un concetto refrattario alla misurazione giuridica». Vedi F. ANGIONI, *Il pericolo*, cit., p. 252.



renderebbero il pericolo una “rilevante”<sup>(43)</sup>, apprezzabile<sup>(44)</sup> o “notevole”<sup>(45)</sup> possibilità del danno<sup>(46)</sup>.

Se si accoglie la probabilità come grado del giudizio di pericolo, si deve avere il coraggio di essere coerenti fino alla fine<sup>(47)</sup>, consapevoli del rilievo che i

---

<sup>(43)</sup> Vedi F. GRISPIGNI, *La pericolosità*, cit., p. 103 ss.. L'autore, però, in tema di pericolosità criminale, non ha dubbi nel sostenere la probabilità intesa in senso statistico.

<sup>(44)</sup> Vedi F. ANTOLISEI, *Sul concetto*, cit., p. 31; M. GALLO, *I reati*, cit., p. 2.

<sup>(45)</sup> Vedi B. PETROCELLI, *La pericolosità*, cit., p. 5 ss.. Esattamente come il GRISPIGNI, ripristina incoerentemente il concetto statistico di probabilità in tema di pericolosità criminale, giustificando questa posizione perché «in armonia con il criterio di politica opportunità per il quale gravi provvedimenti come le misure di sicurezza debbono avere una base più che rilevante di probabilità». Come se, nel delitto di strage, punito con la pena di morte quando scriveva l'autore, il pericolo-elemento di fattispecie si potesse accontentare di una “notevole” possibilità!

<sup>(46)</sup> Oltretutto, questo passaggio da un concetto statistico ad uno “comune” della probabilità inquinerebbe il relativo calcolo con elementi valutativi dai confini assolutamente incerti. Con il più grave corollario che, se il pericolo viene identificato con una possibilità “qualificata”, non si riesce a comprendere come dovrebbe essere allora inteso il pericolo che il legislatore definisce positivamente attuale, imminente, grave o tenue. In altri termini, l'assoluta incertezza del grado del pericolo influisce negativamente sulle varie sfumature, positivamente tipizzate, del pericolo. Senza contare, poi, l'assoluta arbitrarietà di richiedere gradi diversi quando lo stesso concetto (*id est*: il pericolo) si riferisce ad un'azione ovvero ad una persona (arg. *ex art.* 203 c.p.).

La questione di cui al testo è fortemente debitrice del pensiero dello STELLA che, nel tradizionale giudizio di causalità, distingue tra probabilità statistica (utilizzata in enunciati scientifici di tipo sintetico) e probabilità logica o credibilità razionale (utilizzata in enunciati meta-scientifici di tipo analitico). Per quanto concerne il grado di probabilità logica, l'autore conclude che «proprio a causa del carattere non rigorosamente formalizzato del linguaggio scientifico, sia – almeno per ora – difficilmente “praticabile” l'idea di mettere a disposizione dello scienziato (e del giudice!) una macchina induttiva che consenta di individuare automaticamente, e per tutte le ipotesi, il valore numerico ricercato. D'altro lato, quand'anche fosse possibile, date certe osservazioni K e una certa ipotesi scientifica H, determinare per mezzo di una procedura meccanica la probabilità logica, o grado di conferma o di credibilità di H sulla base di K, resterebbe sempre da precisare quale sia il valore numerico corrispondente a quell’“alto grado di conferma” di cui deve godere ogni ipotesi scientifica; ma nessuno scienziato è finora riuscito ad individuare questo limite quantitativo, e a spiegarci perchè – posto che la probabilità logica venga espressa da valori compresi fra 0 e 1 – un'ipotesi debba considerarsi ben stabilita se confermata, poniamo, ad un grado 0,7, e non invece se confermata ad un grado 0,6 o ad un grado 0,675». Vedi F. STELLA, *Leggi*, cit., p. 222 ss..

<sup>(47)</sup> Come correttamente sostenuto dall'ANGIONI, il grado richiesto del pericolo non è indirettamente proporzionale all'importanza dell'interesse giuridicamente tutelato, così che si dovrebbe richiedere un grado minimo per il pericolo alla vita ed uno massimo per il pericolo al patrimonio. Invero, tale importanza rileva in un momento precedente, vale a dire in sede di politica criminale, per decidere la creazione di una fattispecie di sola lesione ovvero anche di pericolo. Vedi F. ANGIONI, *Il pericolo*, cit., p. 253 ss..

Nel prosieguo della sua interessante opera (p. 265 ss.), l'autore tenta di concretizzare il grado di probabilità richiesto fondando la propria dissertazione sul criterio sanzionatorio. Più è ampio lo scarto tra i minimi e/o i massimi edittali tra la fattispecie di lesione e quella corrispondente di pericolo, più è basso il grado di probabilità richiesto per l'esistenza del pericolo. Ora, lo sforzo dell'ANGIONI di disancorare il grado di probabilità richiesto dall'importanza dell'interesse tutelato e di ancorarlo allo scarto sanzionatorio, seppur lodevole, non va esente da critiche. Questo perché, nelle maggior parte delle fattispecie di pericolo, egli individua – secondo

risultati saranno sempre perfettibili e mai certi perché tra la probabilità e l'improbabilità non esiste mai un taglio netto<sup>(48)</sup>.

Quest'ultima considerazione nasconde un eufemismo. In difetto di un preciso tasso di cambio, tra la valuta del pericolo e quella giuridica, non rimane che l'esagerato ottimismo "salomonico" dell'ANTOLISEI per cui: «il giudice,

questo rapporto tra sanzioni - 3 classi di probabilità: grande, media, bassa. Nelle residuali, ad esempio quelle in cui alla fattispecie di pericolo non ne corrisponde una di danno (ad esempio, il disfattismo economico di cui all'art. 267, comma 1, c.p.), si richiederebbe sempre, non essendo possibile una gerarchia di gradi, un grado medio di probabilità.

A questo punto le obiezioni sono due. Ove il problema rimane sempre lo stesso: secondo quale criterio, per esempio, lo scarto tra danneggiamento seguito da incendio ed incendio (art. 424, commi 1 e 2, c.p.) deve essere considerato ampio ovvero basso così da richiedere, rispettivamente, un grado basso ovvero grande di probabilità? Per quale motivo, nelle ipotesi residuali, si deve prendere il grado medio e non, ad esempio, quello basso di probabilità? Alla prima domanda l'autore non risponde mentre aggira la seconda rilevando (p. 274 ss.) l'impossibilità di comparare le sanzioni (rilievo che, tuttavia, non comporta necessariamente la scelta a favore del grado medio di probabilità) e la frustrazione dell'applicabilità della fattispecie in caso di scelta a favore del grado alto di probabilità (rilievo che, semmai, ha natura politica e non giuridica).

Proseguendo nell'analisi della costruzione dell'ANGIONI, una volta determinato il grado di probabilità richiesto, l'autore tenta di concretizzarlo. Ecco che sorge (p. 279 ss.) un complicato sistema di comparazione (per analogia e per contrasto) che coinvolge le circostanze del fatto concreto da giudicare e quelle tipizzate dal legislatore nelle singole fattispecie incriminatrici. Secondo l'esperienza, ed è proprio questo che si rivelerà essere il punto debole della teoria, ci sarebbero fatti di per sé pericolosi (ad esempio, l'art. 425, comma 2, c.p.), fatti possibilmente pericolosi (ad esempio, l'art. 423, comma 2, c.p.) e fatti amorfi (ad esempio, l'art. 424 c.p.). Se la base ontologica del fatto concreto risulta coincidente con quella del fatto ricompreso nella prima categoria, la prognosi sarebbe certamente di pericolo. Tuttavia rimangono insolubili i problemi nel caso, molto più frequente, di una coincidenza soltanto parziale tra i due fatti e, dunque, di presenza di circostanze di natura "ostacolante" (quali sono e quanto dovrebbero essere "ostacolanti" per far decadere la probabilità in possibilità?). Se la base ontologica del fatto concreto risulta coincidente con quella del fatto ricompreso nella seconda categoria, la prognosi sarebbe di pericolo solo se il primo fatto si presenta arricchito da circostanze "agevolanti" (quali sono e quanto dovrebbero essere "agevolanti" per far qualificare la possibilità in probabilità?). Infine, se la base ontologica del fatto concreto risulta coincidente con quella del fatto ricompreso nell'ultima categoria, la prognosi sarebbe di pericolo soltanto se si riesce (e su quali basi?) ad enucleare, all'interno del fatto "amorfo", un "sottofatto" (!) riconducibile ad una delle due precedenti categorie.

Questo imponente sistema ha, però, delle fondamenta assai fragili se soltanto si pensa che la triplice qualificazione delle fattispecie, vale a dire il *prius* dell'intera costruzione, è totalmente subordinata all'esperienza. Senza contare le domande insolubili sopra formulate: per l'ANGIONI ad esse non si potrebbe rispondere che in un'indagine prettamente casistica. Anche su quest'ultima risposta si nutrono dei dubbi: in una qualsiasi indagine casistica, una volta che il giudice ha individuato una circostanza "agevolante" ovvero "ostacolante", sulla base di quale parametro liquiderà il *quantum* di influenza, positiva ovvero negativa, della stessa? È lo stesso ANGIONI, all'inizio dell'esposizione del suo sistema, a rispondere con onestà intellettuale che «questo grado non è teoricamente fissabile in termini matematici, e se anche lo fosse, quasi mai si riuscirebbe nella prassi ad accertare se il fatto concreto raggiunga tale misura», per cui «non c'è altro rimedio che aggirare l'ostacolo, percorrendo una strada diversa».

<sup>(48)</sup> Come correttamente sottolinea l'ANGIONI «proprio riguardo all'accertamento del pericolo, i giudici fanno in certa misura le veci del legislatore»: F. ANGIONI, *Il pericolo*, cit., p. 4.

affidandosi al proprio senso giuridico, potrà facilmente superare i dubbi e le incertezze che in questo terreno sono inevitabili<sup>(49)</sup>. Ciò vale quanto affermare che il giudice, oltre che con i segni giuridici, dovrà saper lavorare anche con quelli matematici.

In conclusione, la logica aristotelica consente di raffigurare il giudizio del pericolo come un sillogismo normativo ove la premessa maggiore è costituita dalla conoscenza nomologica (metro + grado), la premessa minore dalla conoscenza ontologica (momento + base) e la conclusione dalla prognosi favorevole o sfavorevole circa la sussistenza del pericolo<sup>(50)</sup>.

La comodità delle definizioni permette di offrirne una sintetica del giudizio di pericolo che, allo stesso tempo, tiene conto tanto del lato strutturale quanto di quello accertativo di cui tale giudizio si compone. Pertanto, si può sentenziare che *“il pericolo è il giudizio probabilistico che, in un determinato momento K, prevede il verificarsi dell’evento dannoso X sulla base di circostanze Y valutate alla stregua della legge scientifica Z”*.

---

<sup>(49)</sup> F. ANTOLISEI, *Sul concetto*, cit., p. 31.

<sup>(50)</sup> Adottano questo schema riepilogativo anche l’ANTOLISEI ed il ROCCO. Vedi F. ANTOLISEI, *Sul concetto*, cit., p. 27; AR. ROCCO, *L’oggetto*, cit., p. 298. In Germania, il FINGER così tratteggia il sillogismo: «die Bezeichnung einer Situation als einer gefährlichen ist ein Schluß, dessen eine Prämisse besteht aus der Kenntnis der gegebenen Umstände und dessen zweite Prämisse (Oberstaz) bildet der Erfahrungssatz, daß Situationen, wie die vorgestellte, in einer Reihe von Fällen Rechtsgüterverletzungen nach sich zu ziehen pflegen». Vedi A. FINGER, *Lehrbuch*, cit., p. 271.

**2. — LA PERICOLOSITÀ. PERICOLOSITÀ OGGETTIVA, O DELL’AZIONE, E SOGGETTIVA, O DELLA PERSONA. PRIMITIVA DISTINZIONE TRA DIRITTO DI POLIZIA E DIRITTO PENALE FONDATA SU DI ESSE. L’ERMETISMO DOGMATICO DEL CARRARA E L’OSMOSI DOGMATICA DEL FERRI.**

La pericolosità costituisce l’appendice del giudizio di pericolo: un’azione o una persona, considerate potenzialmente dannose, sono definite pericolose<sup>(51)</sup>. Si è giunti, dunque, all’epilogo del giudizio descritto nel paragrafo precedente: la sentenza del giudicante è stata emessa.

*Brevis: pericolo* è il danno probabile; *pericoloso* è tutto ciò che origina un pericolo; *pericolosità* è la qualità di tutto ciò che origina un pericolo. La precisione semantica impone, tuttavia, di considerare pericolosi, rispettivamente, *gli effetti dell’azione commessa ovvero la personalità del soggetto diagnosticato*<sup>(52)</sup>.

Se il pericolo sorge da un’azione, si definirà la pericolosità come oggettiva o, più semplicemente, si definirà quell’azione come pericolosa; se il pericolo sorge da una persona, si definirà la pericolosità come soggettiva o, altrettanto semplicemente, si definirà quella persona come pericolosa<sup>(53)</sup>. Questi due giudizi

---

<sup>(51)</sup> Si potrebbe ritenere che, in tema di persona pericolosa, sia svalutata la questione pregiudiziale della natura del danno temuto come presupposto logico della natura del pericolo (vedi nota n. 2). Invero, il “danno temuto” in questione non è costituito da qualsiasi risultato dannoso (come si suole parlare in caso di pericolo indeterminato) ma da qualsiasi fatto di reato. Certo, la pecca di tassatività è evidente anche in quest’ultima ipotesi ma, comunque, non può confondersi un qualsiasi risultato dannoso con un qualsiasi risultato dannoso penalmente sanzionato.

Non sembra corretto sostenere, come l’ANTOLISEI, che la distinzione tra pericolosità oggettiva e soggettiva si fondi sul rilievo che la prima correla “azione” e “danno” e la seconda “persona” e “azione” perché, in tanto si perviene alla pericolosità soggettiva, in quanto si ritenga che tale persona commetterà non delle azioni *tout court* bensì delle azioni “dannose”. Vedi F. ANTOLISEI, *Sul concetto*, cit., p. 44.

<sup>(52)</sup> È utile sottolineare come, nonostante numerose disposizioni normative parlino di “pericolosità” della cosa - ad esempio in tema di misure di prevenzione reale, misure cautelari reali ovvero misure di sicurezza reale - non è chi non veda che una cosa non è mai, *di per sé*, pericolosa posto che, semmai, pericolosa sarà la persona che può utilizzarla. Vedi B. PETROCELLI, *La pericolosità*, cit., p. 36 ss.. Il giudizio di pericolo che ha ad oggetto una cosa si risolve, *per facta concludentia*, in un giudizio di pericolo che ha ad oggetto la persona che può servirsi della *res*.

<sup>(53)</sup> Le formule, al riguardo, sono le più varie: F. CARRARA, *Programma*, cit., § 97, distingue tra un “pericolo corso” ed un “pericolo appreso”; B. PETROCELLI, *La pericolosità*, cit., p. 12 ss., distingue tra “pericolo derivante da un’azione”, di carattere acuto perché episodico, e “pericolo derivante da uno stato”, di carattere cronico perché statico; AR. ROCCO, *L’oggetto*, cit., p. 312 ss., distingue il “pericolo nascente dal fatto” dal “pericolo nascente dalla persona”

sono assolutamente indipendenti tra di loro perché, a titolo di anticipazione dell'argomento oggetto del capitolo successivo, il FERRI ricorda che «altro è considerare *il fatto pericoloso* e ben altro *l'uomo pericoloso*. Infatti *la pericolosità del delinquente è spesso indipendente dal pericolo obbiettivo*»<sup>(54)</sup>.

La distinzione tra pericolosità oggettiva e soggettiva risulta fondamentale per il presente contributo perché, come vuole la tradizione dottrinale, costituisce il troncone da cui dipartono due modi speculari attraverso cui ogni sistema normativo si adoperava per ottenere la massima osservanza delle proprie norme o, nel linguaggio del BOBBIO, per garantire la propria “conservazione”<sup>(55)</sup>.

La pericolosità soggettiva è solita radicare la propria competenza nel *diritto di polizia* e, in ottica preventiva, rappresenta il presupposto normativo delle *misure*. La pericolosità oggettiva, invece, è solita radicare la propria competenza nel *diritto penale* e, in ottica repressiva, rappresenta il presupposto normativo delle sanzioni<sup>(56)</sup>. Nell'ambito della prima, la misura fronteggia la

identificando quest'ultimo con la categoria, allora esistente soltanto nella pratica forense e non anche nel codice ZANARDELLI, della “capacità a delinquere”.

In particolare, il ROCCO, che non ha mai elaborato una sua teoria della pericolosità soggettiva, limitandosi negli anni successivi a riprendere *de plano* quella elaborata dal FERRI, tenta di distinguere la pericolosità “nascente dal fatto” da quella “nascente dalla persona” già su di un piano eziologico. Nel senso che soltanto la base ontologica della pericolosità oggettiva avrebbe un'efficacia “realistico-causale” a differenza della base ontologica della pericolosità soggettiva che avrebbe mera efficacia “sintomatica”. Come sopra si è tentato di dimostrare, non si può accogliere una simile posizione posto che anche il nesso di causalità ha natura probabilistica o, secondo la dizione del ROCCO, “sintomatica”.

Non può trovare accoglienza, infine, la tesi del GALIMBERTI che, in maniera *tranchant*, distingue tra “pericolo sociale”, riferito esclusivamente al fatto di reato ed effetto di quest'ultimo (*id est*: l'allarme sociale), e “pericolosità criminale e sociale”, riferita esclusivamente alla persona, autrice o meno di un fatto di reato, che commetterà probabilmente future violazioni penali. Vedi T. GALIMBERTI, *Raffaello Garofalo e la genesi del concetto di pericolosità*, Milano, Vallardi, 1934, p. 5 ss.; ID., *Pericolosità sociale e criminale*, Milano, Società Editrice Libreria, 1937, p. 3 ss.. Invero, il pericolo non è esclusivo attributo del fatto di reato, come la pericolosità non lo è del soggetto che lo ha commesso o che lo commetterà. Il pericolo sta alla pericolosità come il giudizio al suo esito.

<sup>(54)</sup> E. FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, Utet, 1928, p. 287.

<sup>(55)</sup> Parla di azione “innovativa”, che comporta la “trasformazione” del sistema normativo, in contrapposizione ad un'azione “deviante”, che comporta la “conservazione” del medesimo sistema, N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *N.D.I.*, vol. XVI, Torino, Utet, 1969, p. 530 ss..

<sup>(56)</sup> Appare utile ricordare, in questo capitolo della “teoria generale della sanzione penale”, che la distinzione tra “misura” e “sanzione” si fonda su di un criterio discretivo normativo ben preciso, vale a dire la previa commissione di un fatto di reato. Vedi AR. ROCCO, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, in *Scritti giuridici vari*, Roma, Foro Italiano, 1933, p. 725 ss..

Se, tuttavia, si considera il finalismo che le accomuna, sono da accogliere le conclusioni del CARNELUTTI per cui tanto la “misura” quanto la “sanzione” constano sempre nella “imposizione

pericolosità di una persona e, dunque, si rivolge a determinati “fattori” nel loro essere, vale a dire ad uno stato. Nell’ambito della seconda, la sanzione fronteggia la pericolosità di un’azione e, dunque, si rivolge a determinati “fattori” nel loro manifestarsi, vale a dire ad una condotta. In questo senso, si potrebbero etichettare la pericolosità soggettiva come una pericolosità statica e quella oggettiva come una pericolosità dinamica.

I due arsenali normativi, sebbene confinanti, sono sempre stati giuridicamente impermeabili: difesa ed offesa, in quanto rette parallele, non possono incontrarsi mai. Tuttavia, il rigore geometrico, proprio dei concetti di teoria generale del diritto, ha perso l’originario smalto quando i provvedimenti di difesa e di offesa sono stati poi tradotti in diritto positivo<sup>(57)</sup>.

Ad ogni modo, l’“ermetismo” dogmatico tra prevenzione e repressione è stato consacrato dal CARRARA che, forse presago del futuro avvento della Scuola Positiva, tuonava come «fu un errore il credere che il magistero di polizia attenesse alla scienza nostra. Esso non è una parte del giure penale, ma spetta piuttosto al diritto economico, quando questo si ravvisi non come un mero fattore

---

di un precetto”. L’illustre autore, privilegiando convenzionalmente l’etichetta “sanzione”, vi ricomprende come categoria speciale anche la “misura”. Vedi F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, Foro Italiano, 1940, p. 76 ss..

In maniera analoga procede il BOBBIO il quale preferisce muovere, però, dal concetto di “misura”. Così, nel suo sistema di misure “negative” preventive e successive, vale a dire *ante factum* ovvero *post factum*, enuclea una categoria speciale, ossia la sanzione, che in maniera ibrida ricomprende quasi tutte le misure negative successive (non ricomprende, ad esempio, la sanatoria) ed in più ingloba anche una misura negativa preventiva, ossia l’“intimidazione”, atteso che nel pensiero del grande filosofo torinese «lo scoraggiamento consiste in una punizione minacciata, così come la punizione è la realizzazione dello scoraggiamento passato e la premessa per uno scoraggiamento futuro». Vedi N. BOBBIO, voce *Sanzione*, cit., p. 530 ss.. Si è posto l’accento sulla natura “negativa” di tale misure proprio perché il BOBBIO, sempre attento anche alla funzione “promozionale” del diritto, costruisce, in ottica speculare, una categoria di misure “positive” o premiali, sulla scorta del *Lohnrecht* tanto caro al romanista von JHERING. Sullo spostamento da un diritto penale in “negativo” o repressivo, proprio di uno Stato liberale la cui espressione sono le norme “di condotta”, ad un diritto penale in “positivo” o premiale, proprio di uno Stato sociale la cui espressione sono le norme “di organizzazione”, vedi *amplius* N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, a cura di M. G. Losano, Bari, Laterza, 2007, p. 3 ss..

Infine, non trovando compiuta rispondenza nel dato positivo, non può essere accolta la posizione del PETROCELLI che, come si vedrà *amplius* nel terzo capitolo, dopo aver elaborato il *genus* della “misura giuridica” come attuazione coattiva della tutela disposta dal precetto, fonda il criterio discretivo tra misura e sanzione non sul rilievo cronologico della commissione o meno di un fatto di reato bensì sul rilievo teleologico della funzione della risposta: se preventiva, allora misura in senso stretto; se repressiva, allora sanzione.

<sup>(57)</sup> Per l’analisi dei problemi terminologici e concettuali che presentano le “misure” come provvedimenti di difesa, si veda *amplius* l’ultimo capitolo.

di ricchezza, ma come un fattore di civiltà. Compenetrando il magistero di polizia nel giure penale si generò confusione nelle idee, e si aprì la strada all'arbitrio per cagione del mutuo imprestito delle rispettive norme, che non erano dall'uno all'altro comunicabili. [...]. Se l'una si misura con le norme dell'altra si affievolisce fino alla impotenza: se l'altra si misura con le norme dell'una si esagera fino alla ferocia. Fu una vicenda costante negli ordinamento delle nazioni che sotto i governi dispotici l'ufficio di polizia si amalgamasse col giure punitivo; e gelosamente si tenessero separati sotto i liberi reggimenti»<sup>(58)</sup>.

Il monito del maestro di Pisa non poteva, dunque, essere più chiaro: il diritto penale avrebbe dovuto occuparsi soltanto della pericolosità oggettiva.

La Scuola Positiva nacque proprio per capovolgere questo dogma dottrinale. Nel suo programma, infatti, si attribuisce cittadinanza di diritto penale alla pericolosità soggettiva e, in una sorta di sintesi hegeliana, si tenta di superare la dicotomia prevenzione-repressione, così accentuata dai criminalisti classici, assorbendola in un'architettura sistematica più grande ed ambiziosa<sup>(59)</sup>.

All'“ermetismo” dogmatico del CARRARA si contrappone dunque l'osmosi dogmatica del FERRI che rimprovera ai criminalisti classici di aver «lasciato all'arbitrio delle autorità amministrative il regime preventivo, da essi anzi dichiarato totalmente estraneo al compito della vera scienza criminale, come il medico che dichiarasse estranee all'arte sua le norme igieniche»<sup>(60)</sup>.

La profezia del CARRARA si era avverata: ma per constatare se e quanto fossero fondati i suoi timori, risulta ora necessario esaminare il contributo e l'eredità della Scuola che cambiò per sempre il modo di studiare la materia penale.

---

<sup>(58)</sup> *Brevis*: il “magistero del buon governo”, guidato dal principio di pubblica utilità, avrebbe potuto sanzionare anche fatti non moralmente riprovevoli; il “magistero penale”, guidato dal principio di giustizia assoluta, avrebbe potuto sanzionare invece soltanto fatti moralmente riprovevoli (con una curiosa coincidenza, almeno *de iure condendo*, tra fatti moralmente sanzionati e fatti penalmente sanzionati, ossia tra morale e diritto penale). Vedi F. CARRARA, *Programma*, cit., Prolegomeni.

<sup>(59)</sup> Vedi, per la definizione e la struttura del sistema penale integrato, il primo paragrafo del quarto capitolo.

<sup>(60)</sup> E. FERRI, *Sociologia criminale*, Vol. I, a cura di A. Santoro, Torino, Utet, 1929, p. 10.

## **CAPITOLO SECONDO: IL CONTRIBUTO E L'EREDITÀ DELLA SCUOLA POSITIVA**

SOMMARIO: — 1. LO STATUTO DELLA NUOVA SCUOLA. IL DIRITTO PENALE CLASSICO ED IL “DIVORZIO DALLA REALTÀ”. INCONSISTENZA DELLA OBIEZIONE PER CUI LO STATUTO DELLA SCUOLA POSITIVA VIOLEREBBE IL PRINCIPIO META-LOGICO DELLO HUME. IL METODO POSITIVO DI STUDIO DEL DIRITTO PENALE: L'ANTROPOLOGIA E LA SOCIOLOGIA CRIMINALE. PRIMA CRITICA: IL CONFUSIONISMO METODOLOGICO TRA SCIENZE DELL'“ESSERE” E SCIENZE DEL “DOVER ESSERE”. SECONDA CRITICA: LO STUDIO DEL “DELINQUENTE” IN LUOGO DELLO STUDIO DEL “DELITTO”. — 2. IL DETERMINISMO PSICOLOGICO. IL LIBERO ARBITRIO COME DOGMA PRECLUSIVO DI OGNI INDAGINE CIRCA L'EZIOLOGIA DEL CRIMINE. L'INESISTENZA DEL LIBERO ARBITRIO SECONDO LA LEGGE DI CAUSALITÀ NATURALE. DIFFERENZE TRA DETERMINISMO PSICOLOGICO, FATALISMO ED AUTOMATISMO UMANO. L'INUTILIZZABILITÀ E LA DANNOSITÀ DEL CONCETTO DI LIBERO ARBITRIO PER IL DIRITTO PENALE. I PARADOSSI DELL'IMPUTABILITÀ DIMINUITA E DELLA “FINZIONE” DI IMPUTABILITÀ. — 3. L'ANTROPOLOGIA CRIMINALE. IL DELINQUENTE NATURALE E LA SUA “ANORMALITÀ”. IL DELITTO NATURALE COME “OFFESA ALLE CONDIZIONI INDIVIDUALI E SOCIALI DI ESISTENZA”. LA CRIMINALITÀ ATAVICA E QUELLA EVOLUTIVA. I “MOTIVI ANTISOCIALI” COME PROVA DELL'INESISTENZA DI UN DELITTO NATURALE E, PERCIÒ, DI UN DELINQUENTE NATURALE. LA CLASSIFICAZIONE ANTROPOLOGICA DEI DELINQUENTI SULLA BASE DEI FATTORI BIOLOGICI, SOCIALI E COSMO-TELLURICI. DIFFICOLTÀ DI UNA SUA TRADUZIONE NORMATIVA IN TIPI DEFINITI.— 4. LA SOCIOLOGIA CRIMINALE. LE STATISTICHE “MORALI” ED I LORO LIMITI EURISTICI. LE LEGGI DELL'IMITAZIONE DEL TARDE. L'“ERMETISMO SOCIALE” DEL DURKHEIM. IL “DETERMINISMO ECONOMICO” DEL TURATI. NUMERO OSCURO DELLA CRIMINALITÀ E DELINQUENZA “RIFLESSA”. L'EVOLUZIONE DALLA CRIMINALITÀ VIOLENTA A QUELLA FRAUDOLENTA. LA LEGGE DI “SATURAZIONE CRIMINOSA”. — 5. LA RESPONSABILITÀ LEGALE. LA VITA NELLA SOCIETÀ COME GIUSTIFICAZIONE DELL'IRROGAZIONE DELLA SANZIONE PENALE. LA RESPONSABILITÀ “PENALE” DEL FOLLE. DIFFERENZE TRA RESPONSABILITÀ LEGALE E RESPONSABILITÀ OGGETTIVA. LA QUESTIONE DELLA “DIFESA SOCIALE” NELLE OPERE DEI CRIMINALISTI CLASSICI: DICOTOMIA TRA GIUSTIZIA ED UTILITÀ. — 6. LA PERICOLOSITÀ SOCIALE. L'INDIVIDUALIZZAZIONE, QUALITATIVA E QUANTITATIVA, DELLA RISPOSTA SANZIONATORIA.



EQUIVOCI SUL CONCETTO DI “PERICOLOSITÀ SOCIALE” COME FORIERO DI UN DIRITTO PENALE D’AUTORE. LA CONNOTAZIONE SCIENTIFICA DEL NUOVO DIRITTO PENALE. LA BATTAGLIA DOTTRINALE TRA SCUOLA CLASSICA E SCUOLA POSITIVA E L’ECLETTICO ARMISTIZIO DEL CODICE ROCCO. LA NUOVA “VESTE” DELLA PERICOLOSITÀ SOCIALE NELL’ATTUALE IMPIANTO CODICISTICO.

*La società non ha diritto di punire, ma ha diritto di difendersi*

Enrico Ferri

**I. — LO STATUTO DELLA NUOVA SCUOLA. IL DIRITTO PENALE CLASSICO ED IL “DIVORZIO DALLA REALTÀ”. INCONSISTENZA DELLA OBJEZIONE PER CUI LO STATUTO DELLA SCUOLA POSITIVA VIOLEREBBE IL PRINCIPIO META-LOGICO DELLO HUME. IL METODO POSITIVO DI STUDIO DEL DIRITTO PENALE: L’ANTROPOLOGIA E LA SOCIOLOGIA CRIMINALE. PRIMA CRITICA: IL CONFUSIONISMO METODOLOGICO TRA SCIENZE DELL’“ESSERE” E SCIENZE DEL “DOVER ESSERE”. SECONDA CRITICA: LO STUDIO DEL “DELINQUENTE” IN LUOGO DELLO STUDIO DEL “DELITTO”.**

L’ingresso ufficiale della pericolosità soggettiva alla corte del diritto penale avviene con una corrente criminologica che, verso la fine del XIX secolo, prese il nome di Scuola Positiva<sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Nata da una costola della scuola antropologica criminale del LOMBROSO, di cui raccoglie la feconda eredità scientifica, la Scuola Positiva si perfeziona ed acquisisce una propria autonomia sotto il genio del suo allievo mantovano, il FERRI, che la completa attraverso lo studio della dimensione sociale del “delitto”. La Scuola Positiva è, prima di tutto, un’officina di politica criminale che, nel vigore del codice ZANARDELLI, lavora per erigere un nuovo edificio penalistico. L’autorevolezza di questa Scuola, attualmente dimenticata, è espressa dallo spessore dei suoi gloriosi esponenti tra cui, senza intenzione di completezza, si ricordano il GAROFALO, il GRISPIGNI, il SANTORO, il BERENINI, il MAJNO, l’ALTAVILLA, lo ZERBOGLIO, il FROSALI, il FLORIAN...

La contrapposizione “terminologica”, ormai entrata a far parte dei luoghi comuni del diritto penale, tra una Scuola *Classica* ed una Scuola *Positiva* è frutto della riverenza dello stesso FERRI che, in ossequio agli illustri contributi offerti da autori come il CARRARA ed il PESSINA, fu il primo a denominare quell’indirizzo dottrinale come “classico”. E Lo confessa lo stesso autore: E. FERRI, *Principi*, cit., p. 36.

Ad onor del vero, gli “antenati” di queste due Scuole sono menzionati dal CARMIGNANI che già accennava alle «antiche dispute, che già divisero le prime filosofiche scuole sul criterio di verità delle cognizioni dell’uomo: ed ha ne’ suoi dominj riaccese con nuovo strepito le guerre della *Jonica*, e della *Italica*: tra la *esperienza*, ed il *ragionamento*: tra il *senso*, e la *riflessione*: tra i *fatti*, e i

Secondo i principi del diritto penale classico, vero e proprio monumento di logica, il fatto di reato costituiva l'architrave dell'intera impalcatura criminale. *Corpus* estraneo a questa imponente architettura, l'autore del fatto di reato veniva relegato ad un semplice puntello.

La Scuola Positiva germoglia proprio nello iato che si era creato tra l'astrattezza di figure penalistiche dal rigore euclideo e la concretezza del fenomeno deviante nelle sue innegabili contingenze naturali e sociali. È quel «divorzio dalla realtà»<sup>(2)</sup> che, presente sullo sfondo di ogni critica positivista rivolta alla Scuola Classica, veniva puntualmente suffragato dalle impietose statistiche criminali.

L'ineffettività della legge penale costituiva dunque la regola e le fondamenta, una volta solide, del maestoso edificio classico risultavano corrose dall'impotenza del giure criminale. A nulla servivano le triste considerazioni di illustri criminalisti classici come il ROMAGNOSI: «tu cogli un borsaio il quale non ha tetto stabile, un ladruncolo che non dà conto di sé; lo imprigioni e poi lo lasci in libertà. Che cosa credi tu di aver fatto? Un regalo io rispondo, e non una correzione. Egli ha mangiato, bevuto, dormito ed alloggiato meglio in prigione che in libertà. Egli, poi, se ha convissuto con altri, è stato a prendere lezioni ulteriori dell'arte furtiva. Egli finalmente esce pronto a far peggio»<sup>(3)</sup>.

*principj*: tra l'istinto, e la speculazione: tra le idee dell'uomo, e le testimonianze della natura». Vedi G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, vol. I, Pisa, Nistri, 1831, p. 32.

<sup>(2)</sup> L'espressione è di L. J. DE ASÚA, *La pericolosità. Nuovo criterio per il trattamento repressivo e preventivo*, Torino, Bocca, 1923, p. 1. Non rimasero estranei a tali critiche anche i cattolici che, come il GEMELLI, si occupavano *incidenter tantum* di diritto penale. Nell'analisi del progetto preliminare del codice ROCCO, il sacerdote milanese, almeno sotto il profilo dell'ineffettività del diritto penale, concordava perfettamente con il pensiero positivista. Vedi A. GEMELLI, *Il progetto preliminare di un nuovo codice penale dal punto di vista della psicologia e della antropologia criminale*, in AA. VV., *Osservazioni intorno al "progetto preliminare di un nuovo codice penale (agosto 1927, anno V)"*, Milano, Vita e Pensiero, 1927, p. 10 ss..

<sup>(3)</sup> Vedi G. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, III ed., Milano, Rusconi, 1824, §1526 ss.. La credibilità della critica di cui al testo esige che a formularla fosse proprio un autore classico. Ed il ROMAGNOSI non è il solo. Anche il ROSSI osservava, sconsolato, che «si viene colpiti da spavento al vedere nel bel principio tanta mole di ostacoli; ma può essere che la loro enumerazione sia un mezzo preparatorio a sormontarli». Vedi P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, trad. it. di R.M., *Trattato di diritto penale*, Milano, Borroni e Scotti, ed. post. 1852, p. 29.

Invero, sarebbe stato fin troppo facile riportare i commenti dei positivisti al riguardo. *Ex multis*, e senza indugiarsi troppo, si può ricordare quello di un autorevole magistrato napoletano, il GAROFALO, che, seppur limitatamente alle pene criminali e correzionali di breve durata, chiosava che «è dal seggio del magistrato che si capisce la impotenza della legge penale e la

Un commento laconico che rappresentava l'inversione del giudizio ipotetico kelseniano «se reato, allora pena». La pena, accertata l'inesistenza della sua deterrenza, si era paradossalmente trasformata in un potente fattore criminogeno così che «se pena, allora (nuovo) reato».

Dalle considerazioni che precedono è tanto facile quanto superficiale obiettare che la nuova Scuola nasca da un equivoco logico abbastanza comune: censurare il diritto penale classico, muovendo dall'ineffettività di cui si è macchiato, violerebbe il principio meta-logico dello HUME per cui da una premessa descrittiva non può logicamente inferirsi una conclusione prescrittiva e viceversa<sup>(4)</sup>.

Il positivismo però non nasce per restaurare l'edificio criminale classico bensì per demolirlo ed erigere, sulle sue rovine, una costruzione del tutto nuova<sup>(5)</sup>. Ecco, dunque, la rivoluzione scientifica introdotta dalla Scuola Positiva: per la prima volta si affianca il metodo di osservazione ed esperimento, introdotto dal GALILEI per le scienze naturali, allo studio ed all'analisi delle scienze sociali ed in particolare di quella del giure criminale<sup>(6)</sup>.

---

inutilità di simili giudizi». Vedi R. GAROFALO, *Di un criterio positivo della penalità*, Napoli, Vallardi, 1880, p. 19. Mentre, per la sua sconcertante attualità, si può ben riportare un passo del FERRI: «L'impotenza delle pene a rattenere i delitti malgrado lo sperpero di energie umane e finanziarie da esse provocato; l'aumento continuo delle recidive e della delinquenza dei minorenni; il contrasto pericoloso e talvolta assurdo fra i dati psichiatrici e le teorie mistiche sull'imputabilità morale dell'uomo; l'esagerazione o l'arresto di sviluppo delle forme processuali; l'innesto inorganico di istituzioni straniere sul vecchio tronco della nostra procedura; tutto questo, ed altro ancora, reclamava e reclama nella coscienza comune un rimedio scientifico e legislativo». Vedi E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. I, p. 13. Verrebbe quasi voglia di chiedersi cosa sia cambiato al giorno d'oggi!

(4) Per l'analisi di tale principio, vedi la magistrale monografia del FERRAJOLI. L'autore, in particolare, censura in sede di analisi normativa le indebite sovrapposizioni dei piani di indagine dell'"essere", ovvero dell'effettività, e del "dover essere", ovvero della normatività, con conseguente origine di quelle che, con una definizione stipulativa, lo stesso autore chiama "fallacie", rispettivamente, realistiche o normativistiche. Vedi, in riferimento all'indagine sui significati assertivi della formula "separazione del diritto dalla morale", L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 2004, p. 204 ss..

(5) Appare utile avvertire, sin da subito, che il sistema positivistico esaminato in questo capitolo è quello elaborato dal FERRI nella sua *Sociologia criminale*, poi tradottosi normativamente nell'omonimo progetto del 1921. Non quindi il positivismo, spurio e diluito, di alcuni suoi allievi o di altri appartenenti alla Scuola Positiva né, tantomeno, l'ibrido prodotto partorito dal codice ROCCO. Per alcune considerazioni sull'eclettismo e sull'impianto del codice ROCCO, vedi *amplius* il prosieguo del testo e, in particolare, l'ultimo paragrafo.

(6) Potente catalizzatore di questa rivoluzione è stata, certamente, la filosofia positiva. Nata dal genio poliedrico del COMTE - che sul metodo positivo fondava il suo intero sistema "universale" composto della filosofia matematica, dell'astronomia, della fisica, della chimica, della

L'ALIMENA dipingeva così la nuova scena: «intanto il naturalismo, dopo la trasformazione profonda subita da tutte le scienze naturali veniva a picchiare alla porta del tempio, finora intangibile, delle scienze sociali e delle scienze morali»<sup>(7)</sup>.

È dunque il trionfo dell'induzione scientifica sulla deduzione logica, di una concezione del diritto penale costruito naturalisticamente dal basso anziché disceso metafisicamente dall'alto, del penalista scienziato sul penalista filosofo. Il nuovo paradigma non intende cambiare questo o quell'istituto normativo ma il *metodo* di studiare il diritto penale. La deduzione, sosteneva il DURKHEIM, è

biologia e della sociologia o fisica sociale – questo nuovo prodotto è lo sviluppo della felice intuizione del suo maestro SAINT SIMON che, proprio in relazione alle scienze sociali, coniò per primo il termine “positivismo”.

Come si può ricavare dalla ormai celebre lezione XLVI del suo corso, il COMTE riponeva tutta la sua fiducia nella scienza, consacrata nuova base del consenso sociale ed unico rimedio ad una crisi intellettuale che, generata dall'eccessiva specializzazione nel campo scientifico, aveva travolto gli stessi capisaldi della società, divenendo una vera e propria crisi istituzionale. La scienza costituiva innanzitutto una procedura pubblica, come tale vincolante per tutti e sottratta ai giudizi ed ai capricci individuali (da qui, il disprezzo comtiano per la psicologia). Ma soprattutto la scienza rappresentava la matrice unitaria che avrebbe consentito il superamento del dualismo metodologico “induttivo”-“deduttivo” riservato, con una sorta di clausola di esclusività, il primo alle scienze naturali ed il secondo a quelle sociali.

Ed è proprio grazie alla scienza che il filosofo di Montpellier riesce a plasmare due nuove discipline che, di lì a poco, si sarebbero affermate anche al di fuori dei confini francesi: la filosofia positiva e la sociologia (o fisica sociale). Se il disordine intellettuale derivava dal disordine morale, filosofia positiva in generale e sociologia in particolare avrebbero costituito delle potenti panacee. Quello del COMTE è, in estrema sintesi, un sistema scientifico totale, il cui motore vivificante è costituito, come sostiene l'autore stesso, dal binomio “ordine e progresso”. «Le nozioni reali di ordine e di progresso devono essere, in fisica sociale, così rigorosamente indivisibili quanto lo sono, in biologia, quelle di organizzazione e di vita, da cui, dal punto di vista scientifico, esse evidentemente derivano». La società umana, che per COMTE è un organismo naturale e non una mera finzione giuridica, dipende dunque da questo binomio deontologico o, rimanendo sempre fedeli al linguaggio dell'autore, dalla dimensione statica e dinamica della fisica sociale.

Dalla duplice dimensione sopra descritta prende vita quella “legge dell'evoluzione intellettuale della umanità” che caratterizza la crescita di ogni società umana proprio in quanto ne assicura il suo sviluppo scientifico. E così ogni concetto fondamentale, appartenente a qualsiasi settore delle scienze, transita sempre, secondo i dettami di questa “legge”, attraverso tre stadi: teologico o fittizio, metafisico o astratto, scientifico o positivo. Vedi *amplius* I.A.M.F.X. COMTE, *Cours de philosophie positive*, trad. it. di E. Zagarese, M. Maioli, P. Fiorentini Migliucci, *Corso di filosofia positiva*, Vol. I, a cura di F. Ferrarotti, Torino, Utet, 1967, p. 43 ss..

Dal COMTE in poi, la filosofia positiva ha avuto grande eco in tutta Europa, sviluppandosi in Inghilterra grazie allo SPENCER, in Germania al WUNDT ed in Italia all'ARDIGÒ.

<sup>(7)</sup> Da qui al determinismo psicologico il passo è molto breve ed i positivisti, coerentemente alle loro premesse, lo hanno compiuto. Ma di ciò oltre. Per la citazione, vedi B. ALIMENA, *La scuola critica di diritto penale*, Napoli, Pierro, 1894, p. 10. Per la critica della tesi dell'“eclettico” ALIMENA, e per alcune osservazioni critiche rivolte alla sua analisi della costruzione positivista, vedi i paragrafi successivi.

piuttosto “arte” o creazione<sup>(8)</sup> perché va “dalle idee alle cose” mentre l’induzione è sinonimo di “scienza” perché va “dalle cose alle idee”<sup>(9)</sup>.

L’ambizioso programma della Scuola era, al tempo stesso, semplice nel suo sviluppo: per combattere il crimine bisognava prima conoscerne la causa. E poiché il reato è sempre l’effetto di condizioni, tanto interne quanto esterne all’agente, le nuove costruzioni teoriche avrebbero dovuto avvalersi dei dati pratici forniti dalle novelle scienze che di queste condizioni facevano il loro oggetto di studio<sup>(10)</sup>.

Un approccio ben diverso da quella sterile “anatomia giuridica” che, recidendo le intime relazioni che la fattispecie criminosa intesseva con l’individuo e l’ambiente, amava vivisezionarla in un contesto asettico. Con l’antropologia criminale e la sociologia criminale sarebbero state gettate le nuove fondamenta

---

<sup>(8)</sup> Magnifico l’incipit del CARRARA: «Tutta la immensa tela di regole che col definire la suprema ragione di *vietare*, di *reprimere* e di *giudicare* le azioni dei cittadini, circoscrive entro i dovuti confini la potestà legislativa e giudiziaria deve (nel mio modo d’intendere) risalire, come alla radice maestra dell’albero, ad una verità fondamentale. Trattavasi di trovare la formula esprimente questo principio; ed a quella connettere, e da quella dedurre i singoli precetti che dovevano servire di costante guida in questa importante materia. Una formula doveva in sé contenere il germe di tutte le verità nelle quali la scienza del diritto criminale sarebbe venuta a compendiarsi nei suoi singoli svolgimenti ed applicazioni. Io credetti di aver trovato questa formula sacramentale: e parvemi da quella tutte, ad una ad una, emanassero le grandi verità che il diritto penale dei popoli culti ha ormai riconosciuto e proclamato nelle cattedre, nelle accademie, e nel foro. Siffatta formula parvemi dovesse stare nella esatta nozione costituente il delitto. La medesima espressi dicendo: il delitto *non è un ente di fatto, ma un ente giuridico*. Con siffatta proporzione mi parve si schiudessero le porte alla spontanea evoluzione di tutto il diritto criminale per virtù di un ordine logico e impreteribile. E questo fu il mio *programma*». Vedi F. CARRARA, *Programma*, cit., Prefazione.

<sup>(9)</sup> L’apriorismo logico deduttivo è dominato dai nefasti *idola* di BACONE, vale a dire «quella specie di fantasmi che alterano il vero aspetto delle cose e che tuttavia scambiamo per le cose stesse», così da far degradare i fatti in secondo piano a mo’ di esempio o di prove di conferma. Vedi *amplius* E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, trad. di F. A. Namer, *Le regole del metodo sociologico. Sociologia e filosofia*, Roma, Comunità, ed. post. 2001, p. 35 ss.

<sup>(10)</sup> Il positivismo ferriano non ha mai accettato, nello studio del fenomeno criminale, visioni eziologiche unilaterali. Per l’analisi critica di simili approcci mono-causali, veri e propri pregiudizi accademici più che il portato di indagini scientifiche, vedi nel terzo paragrafo le varie teorie antropologiche del LOMBROSO e, nel quarto paragrafo, quelle sociologiche del DURKHEIM, del QUÉTELET e del TURATI. Un efficace compendio del programma positivistico si trova in E. FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, Zanichelli, 1881, *passim* (questa è, in realtà, la prima edizione di quella che diverrà la “Sociologia criminale”); ID., *Scuola criminale positiva e filosofia idealista*, in *La Scuola Positiva*, 1925, *passim*.

del diritto penale: la prima illustrando le cause endogene o psico-fisiche della devianza; la seconda, invece, le cause esogene o sociali<sup>(11)</sup>.

È legge psicologica ferrea che ogni innovazione scientifica desti sempre la diffidenza conservatrice di chi assiste ai primi tentativi di essa. Un tale sentimento, se non trascende nella mera illusione di poter impedire ogni progresso, ha importanti effetti benefici perché contribuisce alla selezione delle idee migliori. Ma quando raggiunge uno stato patologico, diviene quello che il LOMBROSO chiamava nelle sue opere il “misoneismo accademico”: così che i rivoluzionari di ieri divengono i reazionari di oggi.

Forse è proprio a causa di tale misoneismo accademico che si sono sedimentate due osservazioni critiche tradizionalmente avanzate, con una costanza tralaticia pari soltanto alla loro inconsistenza scientifica, nei confronti delle tesi positivistiche. Ed è così che la comodità di una facile polemica ha fatto perdere di vista i veri punti deboli delle asserzioni fondamentali della Scuola.

La prima convinzione, dura da estirpare, coincide col falso mito che i positivisti, vittime di palese confusionismo metodologico, avrebbero immischiato alcune scienze dell’“essere”, come l’antropologia criminale e la sociologia criminale, in una scienza del “dover essere” come la disciplina penale<sup>(12)</sup>.

---

<sup>(11)</sup> Non è mai stata accolta, sebbene affascinante, la distinzione tra antropologia criminale e sociologia criminale avanzata dal GRISPIGNI e secondo cui il *discrimen* tra le due discipline sarebbe dettato non dalla natura della causa criminosa bensì dalla dicotomia individuo – società. Così che, all’antropologia criminale, sarebbe spettata l’analisi di tutte le cause criminose, endogene ed esogene, attinenti al “delinquente”. Vedi F. GRISPIGNI, *Diritto*, cit., p. 38 ss..

Opinione ardita, ed anch’essa non seguita da alcuno, è quella del FERRI che riconosce nella sociologia criminale l’*opera omnia* di ogni disciplina lato sensu criminale ed in cui l’illustre autore annoverare l’antropologia criminale, la psicologia criminale, la psicopatologia criminale, la statistica criminale, le inchieste monografiche, le comparazioni etnografiche, la polizia giudiziaria, il diritto e la procedura penale, la tecnica carceraria ed il patronato penale. Vedi *amplius* E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. I, p. 79 ss..

Né, infine, ha trovato migliore destino la concezione del CARNEVALE secondo cui una sociologia criminale propriamente non esiste, essendo tale disciplina sempre ricompresa nella sociologia *tout court* in quanto filosofia di ogni scienza sociale particolare. Vedi E. CARNEVALE, *Il naturalismo nel diritto criminale*, in *La giustizia penale*, 1896, c. 638 ss., che, al massimo, ammette l’esistenza di un “sociologismo criminale”.

<sup>(12)</sup> Questo spregio alla dogmatica non si è mai avverato. Rileva acutamente il FERRI come, in realtà, non esista un vero e proprio “metodo giuridico”, ad esempio contrapposto ad un “metodo matematico”, perché così argomentando si confonde il “metodo” col “processo di ricerca od esame” dei dati. In ogni scienza i metodi sono soltanto due: deduttivo ovvero induttivo. Vedi E. FERRI, *Principi*, cit., p. 73 ss.. Questa posizione dottrinale non è nuova e si può ritrovare già in

Basterebbe leggere le splendide pagine riservate dal GRISPIGNI all'importanza della dogmatica per comprendere come, in realtà, i positivisti non commisero mai un simile errore<sup>(13)</sup>. Altro è informare il nuovo diritto penale a

---

G. CARMIGNANI, *Teoria*, cit., Vol. I, p. 308 ss.. In senso conforme, anche E. DURKHEIM, *Les règles*, cit., p. 35 ss., strenuo fautore dell'unità del metodo scientifico.

Avallando la concezione ferriana, non può ammettersi neanche l'esistenza di una "logica giuridica" di manziniana memoria, in contrapposizione ad esempio ad una "logica matematica", posto che la logica, come sostiene anche il KELSEN, costituisce un procedimento mentale unico che affrisce ad ogni scienza. Vedi V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. I, a cura di P. Nuvolone e G.D. Pisapia, Torino, Utet, 1985, p. 53 ss.; H. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, trad. it. di M. Torre, *Teoria generale delle norme*, a cura di M.G. Losano, Torino, Einaudi, 1985, p. 458 ss.. Per una critica della fondatezza della distinzione tra logica generale o pura, come dottrina delle forme elementari del conoscere, e logica speciale o applicata, come dottrina delle forme del sapere, vedi *amplius* B. CROCE, *Logica come scienza del concetto puro*, in *Filosofia come scienza dello spirito*, Vol. II, Bari, Laterza, 1917, p. 173.

Terminate le dovute premesse, appare utile soffermarsi ancora brevemente sul c.d. "metodo giuridico". Se questo si concretizza nell'"esegesi", nella "dogmatica" e nella "critica" del diritto positivo, allora si deve precisare che, almeno nel campo dell'esegesi della legge penale, è fisiologico il ricorso a concetti elaborati e sviluppati da scienze *extra* giuridiche. Il frequente ricorso a simili concetti dimostra nitidamente come il puro agnosticismo del diritto penale risulti un'affermazione insostenibile: vedi, in tal senso ed in relazione ai concetti di "infermità mentale" ovvero di "ira", E. ALTAVILLA, *La dinamica del delitto*, Vol. II, Torino, Utet, 1953, p. 415 ss.; ID., *L'appartenenza del reato alla personalità psico-etica del suo autore*, Milano, Vallardi, 1933, p. 12.

Celebre, ancora, l'interpretazione sociologica del concetto di "notte" che, costituendo circostanza aggravante speciale nel codice ZANARDELLI (ad esempio, nella violazione di domicilio *ex art.* 157, comma 2, c.p. 1889), fu riconosciuta dal FERRI nella "sospensione" della vita sociale, di modo che l'applicazione della medesima circostanza sarebbe stata affatto diversa in un villaggio ovvero in una grande città. Vedi E. FERRI, *Principi*, cit., p. 184 ss..

Pertanto, in presenza di questi concetti normativi "aperti", non può farsi a meno di una vera e propria *osmosi giuridica*: in tal senso, ancora, E. ALTAVILLA, *Il delinquente per tendenza, nella realtà e nella finzione legislativa*, Milano, Vallardi, 1939, p. 4.

Né vale affermare che, con le affermazioni che precedono, si rischia di confondere l'interpretazione della legge penale con la sua applicazione perché quest'ultima altro non è che il risultato (pratico) di un'interpretazione (teorica). Anzi, sembrerebbe che proprio il tanto decantato "metodo giuridico" consenta quella commistione che tanto si teme tra scienze *extra* giuridiche e scienze giuridiche perché, come sopra si è tentato di dimostrare, mentre le analisi esegetiche e critiche sono prevalentemente condotte con metodo scientifico-induttivo, quelle dogmatiche sono prevalentemente condotte con metodo logico-deduttivo.

<sup>(13)</sup> Neanche il più ribelle dei positivisti, il FLORIAN, ha mai disconosciuto l'importanza della dogmatica. Il penalista veneziano – dopo aver avversato lo stereotipo per cui i positivisti sarebbero inetti alla dogmatica – esorta piuttosto i giuristi ad una dogmatica "concettuale" e non meramente "nominale". Quest'ultima servirebbe soltanto alla *elegantia iuris* di un sistema mentre la prima è un "vento vivificatore" che, associando forma e sostanza, ha il merito di apportare nuove idee per futuri sistemi normativi. Vedi E. FLORIAN, *Dogmatica penale e scuola criminale positiva*, Milano, Vallardi, 1932, p. 24 ss..

Il GRISPIGNI, nel suo manuale, mostra sin da subito l'irriducibilità logica delle scienze normative, ed in particolare di quelle giuridiche, alle scienze causali esplicative: le prime hanno ad oggetto il dover essere, le seconde l'essere. Da qui nasce la sua definizione di dogmatica come «la scienza teoretica che mira a riflettere in un sistema ordinato di cognizioni il contenuto delle disposizioni costituenti l'ordinamento giuridico-positivo». Vedi F. GRISPIGNI, *Diritto*, cit., p. 5 ss..

Questa premessa risulta necessaria per chiarire l'equivoco nato tra il GRISPIGNI ed il FERRI circa il ricorso al metodo positivo anche per lo studio delle scienze giuridiche. Vedi E.

criteri scientifici; altro è studiare il diritto penale che, a seguito di tali criteri, diviene positivo.

La dogmatica, come coordinazione armonica dei concetti per costruire un sistema, non viene punto sminuita dal positivismo che, al contrario, la rinnova e la vivifica ancorandola ai nuovi dati antropologici e sociologici. Non più, dunque, una dogmatica di sillogismi vuoti ed astratti, propri di un diritto penale “disincarnato”, bensì una dogmatica dal contenuto nuovo, più concreto ed umano<sup>(14)</sup>.

Ma allora è grande l'equivoco in cui rimangono impelagati gli avversari dei positivisti. Quelli che per l'antropologo criminale ed il sociologo criminale sono dati che costituiscono il punto di arrivo delle loro analisi, per il giurista divengono il punto di partenza per raggiungere la meta delle proprie conclusioni: *ex facto oritur jus*.

Il criminalista non deve - né potrebbe atteso il difetto degli strumenti concettuali propri di queste scienze - effettuare ricerche antropologiche o sociologiche ma, più semplicemente, deve limitarsi a porre come base scientifica delle conclusioni raggiunte i dati positivi sintetizzati e forniti dagli altri scienziati<sup>(15)</sup>.

---

FERRI, *Principi*, cit., p. 74 e 76 ss.. Il GRISPIGNI precisò le parole del suo maestro ribadendo che, una volta informato il sistema penale a criteri scientifici, per conoscere il contenuto delle norme giuridiche «non c'è nulla da sperimentare e ben poco da osservare, all'infuori della lettura degli articoli di legge». Ad onor del vero, lo stesso FERRI non ha mai negato il valore della dogmatica sostenendo, a tal proposito, che «non vi può essere osservatore galileiano che, pur «provando e riprovando» i fenomeni reali, non ricorra anche al ragionamento logico, generalizzando ciò che vi ha di comune tra loro e deducendo talune conseguenze dalle premesse di fatto».

<sup>(14)</sup> Il FERRI, nel corso della sua opera, ammonisce ripetutamente di rifuggire quelle aberranti costruzioni bizantine e di risollevarsi dalla “supina imitazione” delle astruserie tedesche, così lontane ed indigeste alla “chiarezza della pratica mentalità latina”. Per queste sferzanti pagine, nonché per una critica all'indirizzo del tecnicismo giuridico o neo-classicismo, rappresentato autorevolmente dal ROCCO e dal MANZINI, vedi E. FERRI, *Principi*, cit., p. 63 ss..

<sup>(15)</sup> E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. II, p. 550 ss.. In queste pagine l'autore si sofferma, in particolare, sulla discordanza che, spesso ed inevitabilmente, accompagna i risultati delle ricerche scientifiche. E conclude che, mentre per il criminalista classico tutte le “cifre” devono essere coordinate e concordanti, per il criminalista positivista la realtà multiforme e complessa dei fatti osservati non è riducibile in caselle perfettamente allineate. In altri termini, ciò che per il “sillogista” è un difetto, per il “naturalista” è il vantaggio e la fecondità della ricerca scientifica, inadatta a qualsiasi preconetto.

Di talché numerose critiche del GEMELLI, concernenti tanto la metodologia quanto la qualità dei risultati ottenuti dai positivisti, colgono nel segno e sono costruttive perché, mettendo a nudo i limiti ancora rilevanti della nuova scuola, la esortano indirettamente alla raffinazione



Nessuna confusione, dunque, tra scienze dell'“essere” e scienze del “dover essere” ma, semmai, un rapporto funzionale in cui le prime siano di utile “ausilio” alle seconde<sup>(16)</sup>. Soltanto una sinergia di scienziati, ove ognuno recita un ruolo fondamentale, consente un fecondo approccio alla conoscenza globale del fenomeno criminale: all'antropologo criminale ed al sociologo criminale spetta lo studio del “delinquente”, al giurista criminale quello del “delitto”<sup>(17)</sup>.

Ed a tal proposito, si può affermare senza remore che il più forte attrito tra la filosofia idealista e quella positivista risieda proprio nella funzione gnoseologica

delle proprie ricerche. Vedi *amplius* A. GEMELLI, *Le dottrine moderne della delinquenza*, Firenze, Libreria Editrice Fiorentina, 1908, p. 34 ss.. Sia sufficiente ricordare, a tal proposito, l'esatta critica circa la fondatezza scientifica della dottrina lombrosiana dell'atavismo, costruita sulla “dubbia” legge biogenetica fondamentale secondo cui l'ontogenesi (sviluppo individuale) rappresenta la ricapitolazione della filogenesi (sviluppo della specie).

<sup>(16)</sup> Da qui la tradizionale etichetta di scienze “ausiliarie” del diritto penale. Per il GRISPIGNI si dovrebbero distinguere, nelle “discipline criminalistiche in senso lato”, due peculiari oggetti di studio: «le norme *regolanti* fatti e persone da un lato, e i fatti e le persone *regolate* dalle norme dall'altro lato». Nel primo gruppo di discipline, si ritrovano la dogmatica giuridico-penale, la storia del diritto penale, la sociologia giuridico-penale, la filosofia del diritto penale e la politica criminale o criminologia. Nel secondo gruppo, l'antropologia criminale e la sociologia criminale. Infine, compongono un gruppo a sé le c.d. discipline ausiliarie, tra le quali si annoverano la medicina legale, la psichiatria forense, la psicologia giudiziaria e la tecnica delle investigazione o polizia scientifica. Vedi *amplius* F. GRISPIGNI, *Diritto*, cit., p. 3 ss..

Fermo restando che tra le varie discipline non c'è mai una cesura netta ma, piuttosto, un'osmosi scientifica, per il FERRI non è corretto sminuire il fondamentale contributo apportato dalle scienze dette “ausiliarie”, come se si trattasse di un mero aiuto e non anche di un'innovazione metodologica. Vedi E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. II, p. 547. Così, per il FERRI, sono da considerare propriamente “ausiliarie” soltanto la politica criminale, la tecnica legislativa e la giurisprudenza penale. Quest'ultime, oltretutto, non sono etichettate come “scienze” ma, più correttamente, come forme di “arte”. Rispettivamente: l'arte di “adattare le conclusioni della sociologia criminale (intesa in senso ferriano) ad un determinato paese”, l'arte di “formulare le disposizioni legislative in modo sistematico ed in forma chiara e precisa”, ed infine l'arte di “interpretare quelle disposizioni (nei concetti aperti) al vaglio delle conclusioni dell'antropologia e della statistica criminale e di applicare le medesime disposizioni ai casi concreti”. Vedi *amplius* E. FERRI, *Principi*, cit., p. 96 ss..

<sup>(17)</sup> A questo approccio multi-disciplinare non è rimasto estraneo neanche il BOBBIO che, pur distinguendo nettamente le diverse ed autonome dimensioni dell'“essere” e del “dover essere”, riconosce che «ogni disciplina giuridica ha una specie di controfigura in una disciplina sociologica e viceversa». Vedi N. BOBBIO, *Dalla struttura*, cit., p. 42 ss..

Naturalmente, il metodo positivo si avvale di strumenti tecnici diversi a seconda dell'oggetto di studio delle diverse scienze. Pertanto, mentre l'antropologia criminale privilegia la forma dell'esperimento, la sociologia criminale quella dell'osservazione. Il primo è il metodo per eccellenza delle valutazioni personali, la seconda di quelle impersonali.

Nelle lezioni XLVIII e XLIX del suo corso, il COMTE specifica che in sociologia, a fianco ai metodi di indagine di tipo diretto (come l'osservazione pura, l'esperimento diretto o indiretto, e la comparazione), si devono prendere in considerazione anche quelli di tipo indiretto, consistenti nelle “relazioni” che la stessa sociologia intesse con le altre branche della “enciclopedica” filosofia positiva. Vedi *amplius* I.A.M.F.X. COMTE, *Cours*, cit., p. 265 ss..

attribuita alla scienza: mero riepilogo schematico per la prima; pietra angolare della conoscenza per la seconda<sup>(18)</sup>.

Un'utile chiosa, a questo punto, potrebbe sinteticamente compendiare le considerazioni che precedono e, al tempo stesso, fornire un utile approccio per esaminare la seconda ed ultima delle osservazioni critiche cui sopra si è fatto cenno: «mentre la Scuola Classica procede dalla norma all'uomo, la Scuola Positiva procede dall'uomo alla norma».

Questa felice formula evidenzia sin da subito la fragilità dell'altra accusa secondo cui il positivismo avrebbe sostituito lo studio del delinquente a quello del

---

<sup>(18)</sup> Il CROCE sostiene che anche alle scienze dello spirito (*globus intellectualis*) può applicarsi il metodo delle scienze naturali (*globus naturalis*) ma soltanto per addivenire, a mo' di prezioso *vademecum*, a meri giudizi classificatori e di numerazione. Una svalutazione generale che priva le scienze naturali di qualsiasi valore conoscitivo in senso proprio e le riduce al rango di "pseudo-concetti": le scienze naturali non sono "pratiche" perché finalizzate all'azione (invero, tutte le forme di conoscenza lo sono) ma in quanto azione esse stesse. Ecco perché il filosofo di Pescasseroli conclude che la storia altro non è che quella «massa calda e fluente che il naturalista raffredda e solidifica, colandola nelle forme schematiche delle classi e dei tipi».

Ed a tal proposito, appare utile ricordare che nel sistema crociano la "storia" e la "filosofia in senso stretto" assurgono al ruolo di meta-scienze ovvero di sintesi finale di ogni giudizio concettuale (*recte*, nel linguaggio dell'autore: di "sintesi *a priori* logica"). Seguendo il filo di una tale argomentazione, può facilmente concludersi che se il diritto penale positivista deriva dai risultati delle scienze naturali e queste derivano necessariamente dalla "storia" e dalla "filosofia in senso stretto", in ultima analisi il nuovo diritto penale non può che derivare dalla storia e dalla filosofia in senso stretto: ed è la vittoria dell'idealismo.

Infine, è sempre il CROCE ad affermare che «la filosofia speculativa si fonda veramente sui fatti, e l'empirismo no: la prima considera i fatti nella loro infinita varietà e nel loro continuo svolgimento; la seconda, un certo numero, più o meno ristretto, di fatti, raccolti in certe epoche e presso certi popoli, e sia pure in tutte le epoche e presso tutti i popoli empiricamente noti». Quest'ultima asserzione, però, non sembra cogliere nel segno. Per un positivista, infatti, "empirismo" deve significare "relatività" e "contingenza". In altri termini, per un positivista in tanto ha senso condurre una ricerca empirica, soprattutto se finalizzata alla costruzione di un sistema normativo per una determinata società, in quanto tale ricerca sia spazialmente e temporalmente delimitata. Vedi *amplius* B. CROCE, *Logica*, cit., p. 223 ss., 234 ss. e 277 ss..

La subordinazione delle scienze naturali a quelle morali, secondo cui le prime costituiscono «il cosiddetto stadio empirico delle corrispondenti discipline filosofiche» è, naturalmente, la riproposizione della subordinazione della "realtà" all'"idea" concepita come *noumeno* kantiano. Pertanto, alla convinzione del CROCE potrebbe obiettarsi che tanto l'"intuizione pura" quanto il "concetto puro", *prius* nel ragionamento filosofico, altro non siano che quella che l'ARDIGÒ chiama "rappresentazione" o sensazione persistente, ossia la continuità tra l'atto singolo e momentaneo della sensazione e la realtà obiettiva universale immanente. Questa "rappresentazione", in ogni attività riferibile alla coscienza individuale, costituisce «la forma caratteristica, nella quale si è trasformata nell'anima cosciente, e vi si è *fissata* e vi *funziona*, la forza indistinta dell'ambiente, che vi si è trasfusa, e vi è divenuta latente, siccome la sua costituzione intima e specifica». Da qui il concetto, esattamente speculare a quello crociano, che ogni "idea" – ossia l'espressione più nobile dell'attività psichica - sia una fusione di più rappresentazioni, vale a dire di più sensazioni persistenti, senza le quali nessuna volontà può operare. Vedi *amplius* R. ARDIGÒ, *La morale dei positivisti*, in *Opere filosofiche*, Padova, Draghi, 1892, p. 41 ss..

delitto ovvero, in maniera più sfumata, avrebbe indebitamente privilegiato lo studio delle “cause” a quello degli “effetti” della devianza criminale.

Ciò che si nota immediatamente, però, è che tale osservazione critica viene sempre riportata in maniera apodittica posto che, a ben vedere, ad essa corrisponde un deserto probatorio. Lo stesso FERRI ha sempre sostenuto l'importanza e la necessità dello studio del “delitto” ma, come la logica impone, soltanto dopo lo studio del “delinquente”<sup>(19)</sup>. Prima si studia il ladro e poi il furto. Dallo studio del “delitto” non si prescinde ma *prima di* questo - e non *in luogo* di questo - si deve premettere lo studio del “delinquente”.

Di talché, non appare assolutamente giustificato, se non con una critica miope ed impulsiva, inferire che da quella che costituisce un'ovvietà metodologica discenda necessariamente una pericolosa deriva dal “diritto penale del fatto” al “diritto penale dell'autore”<sup>(20)</sup>.

Ecco, dunque, come si presentava lo statuto con cui la Scuola Positiva esordiva nel panorama dottrinale nazionale ed internazionale: «il diritto criminale, se appartiene nei risultati e nello scopo suo all'enciclopedia giuridica, nella base però e nei mezzi di ricerca dev'essere un ramo della vera e propria sociologia, che abbia per scienze preliminari ed ausiliarie la biologia, la psicologia, l'antropologia, la statistica»<sup>(21)</sup>.

Non più una divisione cellulare delle singole discipline quanto il frutto maturo di una scienza “sintetica”. Parafrasando questa citazione, si può concludere che è destinata alla ineffettività quella norma penale costruita senza conoscerne a fondo il destinatario, come è destinata alla ineffettività quella medicina somministrata ad un paziente non visitato dal suo medico.

Quello che, nello statuto della Scuola Positiva, non risultava stampato a chiare lettere (ma che, ben presto, sarebbe emerso come corollario di alcune espressioni di questo sistema) era che, quasi come nella traiettoria di un pendolo oscillante da un'estremità all'altra, si profilava il rischio di transitare lentamente

---

<sup>(19)</sup> E. FERRI, *Principi*, cit., p. 132 ss..

<sup>(20)</sup> Per i profili politici e giuridici di queste due formule, e per le complesse tematiche ad esse sottese, vedi il secondo paragrafo del quarto capitolo.

<sup>(21)</sup> E. FERRI, *Il diritto di punire come funzione sociale*, Torino, Loescher, 1882, p. 5. E, per la peculiare accezione di “sociologia”, vedi nota n. 11.

dall'individualismo liberale<sup>(22)</sup>, proprio del diritto penale classico, ad una sorta di velata statolatria<sup>(23)</sup>. E, nel gioco degli eccessi, il FERRI accusava la Scuola Classica di aver sempre privilegiato la tutela del singolo a discapito di quella della collettività o, ironizzando sull'ipertrofia garantistica, di aver predisposto «quasi la *magna charta* dei delinquenti di fronte alla società»<sup>(24)</sup>.

---

<sup>(22)</sup> L'eccessivo individualismo e, come si vedrà nel terzo paragrafo, la considerazione del "delinquente" come un essere razionale, motiva nel FERRI una peculiare proporzione: «si può dire che ADAMO SMITH stia all'economia politica come CESARE BECCARIA sta al diritto penale». Vedi E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. I, p. 25.

Che la Scuola Classica abbia sempre inteso la disciplina penale come complesso di garanzie negative dell'intervento punitivo, si coglie agevolmente leggendo il CARRARA secondo cui la scienza criminale «ha per sua missione di frenare le aberrazioni dell'autorità sociale nel *divieto*, nella *repressione*, e nel *giudizio*, onde questa si mantenga nelle vie di giustizia e non degeneri in tirannia» e che «la scienza criminale bene intesa è dunque il supremo codice della libertà, che ha per oggetto di sottrarre l'uomo dalla tirannia degli altri, di aiutarlo a sottrarsi dalla tirannia di sé stesso e delle proprie passioni». Vedi F. CARRARA, *Programma*, cit., Prefazione.

<sup>(23)</sup> Non era velata, invece, la concezione statolatrica dell'ARDIGÒ che a tal proposito sentenzia: «moltissime volte occorre di proporzionare l'azione sociale, *mettiamo quella punitiva*, non in ragione dell'entità dell'azione individuale in sé, ma in ragione del bisogno sociale in relazione all'azione stessa. *Una colpa anche piccola può essere causa di gravissimo danno alla società*; questa naturalmente se ne guarda, *non in ragione dell'entità sua considerata come colpa*, ma in ragione del danno che ne può ricevere. È il principio notissimo della *salus patriae suprema lex esto*; è l'applicazione del principio darwiniano della lotta per l'esistenza; e della nostra, onde il più ha il vantaggio nel contrasto sopra il meno. E guai se non fosse così». Vedi R. ARDIGÒ, *La morale*, cit., p. 404.

<sup>(24)</sup> E. FERRI, *Principi*, cit., p. 30. Ancora, il penalista mantovano, secondo uno schema inversamente proporzionale, sottolineava che mentre i classici vogliono, nella pratica, diminuire le pene e, nella teoria, studiare il reato in astratto; i positivisti vogliono, nella pratica, diminuire i delitti e, nella teoria, studiare il reato come fatto naturale e sociale. Vedi E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. I, p. 27 ss..

**2. — IL DETERMINISMO PSICOLOGICO. IL LIBERO ARBITRIO COME DOGMA PRECLUSIVO DI OGNI INDAGINE CIRCA L'EZIOLOGIA DEL CRIMINE. L'INESISTENZA DEL LIBERO ARBITRIO SECONDO LA LEGGE DI CAUSALITÀ NATURALE. DIFFERENZE TRA DETERMINISMO PSICOLOGICO, FATALISMO ED AUTOMATISMO UMANO. L'INUTILIZZABILITÀ E LA DANNOSITÀ DEL CONCETTO DI LIBERO ARBITRIO PER IL DIRITTO PENALE. I PARADOSSI DELL'IMPUTABILITÀ DIMINUITA E DELLA "FINZIONE" DI IMPUTABILITÀ.**

Il CARRARA, introducendo la questione che occupa il presente paragrafo, accennava nella sua migliore opera ad una «scuola singolare e audacissima, che ha tentato di conciliare insieme la *negazione assoluta* di ogni *libero arbitrio* nell'uomo, e la *legittimità delle punizioni*, che la società infligge ai violatori dei diritti altrui»<sup>(25)</sup>.

Nello studio del diritto penale classico, un capitolo dedicato all'eziologia del crimine è sempre mancato: di fronte alla questione del *perché* si delinque, il criminalista è solito trincerarsi dietro al postulato metafisico del libero arbitrio<sup>(26)</sup>. Insegna infatti la teologia che la libertà di elezione, tra bene e male, è immanente alla natura umana come un *noumeno* kantiano<sup>(27)</sup>.

---

<sup>(25)</sup> F. CARRARA, *Programma*, cit., § 1, in nota.

<sup>(26)</sup> Forse è proprio da tale assoluta trascuratezza che hanno tratto linfa vitale le ingenerose critiche, rivolte alla Scuola Positiva, analizzate nel paragrafo che precede.

<sup>(27)</sup> Che sia dato per presupposto lo ammette lo stesso CARRARA quando afferma: «io non mi occupo di discussioni filosofiche: presuppongo accettata la dottrina del *libero arbitrio* e della *imputabilità morale dell'uomo*, e su questa base edificata la scienza criminale, che male si costruirebbe senza di quella». Vedi F. CARRARA, *Programma*, cit., § 1, in nota.

Il suo maestro, dopo aver coniato il concetto di "imputabilità politica", vale a dire una imputabilità morale estrinseca che si affianca ad una imputabilità morale intrinseca, si riferisce a quest'ultima attraverso il concetto di "dirigibilità" dell'azione. Vedi G. CARMIGNANI, *Teoria*, cit., Vol. II, p. 32 ss.; ID., *Elementa iuris criminalis*, trad. it. di C. Dingli, *Elementi di diritto criminale*, Milano, Sanvito, ed. post. 1863, § 6, 77 ss. e 84.

Preferisce parlare di "intimidabilità", G. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, I ed., Pavia, Stamperia del R.I. Monastero di S. Salvatore, 1791, § 410 ss..

Tra gli altri classici, il PESSINA ricorda come «gli uomini, appunto come esseri dotati di intelligenza e di arbitrio, hanno la potenza del dominarsi, la quale è radice della loro sindacabilità». Vedi E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, Napoli, Marghieri, 1871, p. 154 ss.

In senso conforme al testo, vedi infine B. ALIMENA, *La scuola*, cit., p. 10 ss. e 32 ss..

Per il positivista, naturalmente, una risposta simile vale quanto glissare la domanda perché, come sottolinea il GRISPIGNI, «il ricorso al libero arbitrio non spiega nulla: *ignotum per ignotum*»<sup>(28)</sup>.

Bramosi di una risposta scientifica, i positivisti vivisezionano l'animo umano per ricostruire, attraverso la concezione meccanicistica, ogni anello della catena che ha come estremo finale il “delitto”. Alle due novelle scienze, l'antropologia criminale e la sociologia criminale, spetta il compito di elencare, ciascuna nell'ambito di propria competenza, la lunga serie di condizioni che hanno condotto all'evento criminoso. Come è facile intuire, in questa rassegna eziologica non può esserci spazio alcuno per il libero arbitrio, concetto squalificato a mera sintesi finale di tutti gli impulsi interni ed esterni all'agente.

Ad onor del vero, i positivisti sono sin da subito consapevoli di navigare in acque irte di pericoli e, al fine di evitare il misero naufragio contro lo scoglio del libero arbitrio, si riservano un *commodus discessus*.

Se il libero arbitrio non può essere screditato scientificamente, lo stesso non può comunque costituire lo scheletro del nuovo diritto penale, siccome “impossibile da tradurre normativamente” nonché “politicamente dannoso”<sup>(29)</sup>.

L'inesistenza o l'inutilità del libero arbitrio per la materia penale sono le due principali argomentazioni, tra loro discusse in via gradata, della *pars destruens* del programma positivistico. La loro importanza è tale che, procedendo con ordine, risultano doverosi alcuni approfondimenti in merito.

Il FERRI, desideroso di espellere dal nuovo diritto penale ogni residuo teologico<sup>(30)</sup>, è il primo a battersi tenacemente contro la validità scientifica del concetto di libero arbitrio. E la lotta appare sin da subito improba<sup>(31)</sup>.

---

<sup>(28)</sup> F. GRISPIGNI, *Diritto*, cit., p. 197.

<sup>(29)</sup> Vedi, per tale precisazione, E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. II, p. 2 ss. e F. GRISPIGNI, *Diritto*, cit., p. 38. È interessante notare la similitudine tra quanto affermato nel testo e quello che sosteneva il classico FEUERBACH. Il redattore del codice bavarese del 1813, a proposito dell'imputabilità, precisava che: «daß die eigentliche Imputation nur vor das Forum der Moral und nicht des Rechts gehöre; daß die Imputabilität der Handlungen im engern Sinne Grund der innern, aber nicht der äussern Strafbarkeit sein». Vedi P.J.A.R. VON FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positivien peinlichen Rechts*, Vol. I, Henningschen Buchhandlung, 1799, p. 151.

<sup>(30)</sup> Nonché filosofico, come precisava lo stesso FERRI: «Dico una volta per tutte, che noi chiamiamo *positiva* la nostra scuola, non perché essa segua un *sistema* filosofico – più o meno

Il pensiero del penalista mantovano è, sull'argomento, netto e deciso: il libero arbitrio non è niente più che una piacevole illusione alla quale l'uomo, in una sorta di delirio di onnipotenza, persiste nel credere. L'uomo non può riconoscere di essere dominato dalle forze della natura e, seduto sul superbo piedistallo che si è costruito con le proprie mani, dispone di un potere illimitato: questo è il libero arbitrio<sup>(32)</sup>. Ora, ad una simile chimera si può anche credere con compiacenza ma «nulla prova che questa apparenza del senso interno corrisponda alla realtà vera e positiva, o ne sia l'adeguata rappresentazione. [...] Come dei fenomeni esterni, per esempio i meteorologici, di cui ignoriamo i precedenti

---

comtiano – ma soltanto per il *metodo* (di osservazione e sperimento) che intendiamo applicare nello studio dei problemi della criminalità (dalla ricerca delle cause alla preparazione delle riforme nella legislazione penale)». Vedi E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. I, p. 25 in nota. A questa declamazione di principio non sembra corrispondere, però, la “realtà” dottrinale propria dell'autore. Non è chi non veda come l'intera costruzione ferriana, a cominciare proprio dal determinismo psicologico, sia imbevuta degli insegnamenti filosofici del suo maestro ARDIGÒ.

<sup>(31)</sup> Molto interessante appare un articolo del FERRI che, a proposito del pensiero di S. AGOSTINO, insinua l'inconciliabilità logica tra i dogmi del libero arbitrio e quelli cattolici della predestinazione, della grazia e dell'onniscienza ed onnipotenza divina. In sintesi, se la volontà ed il sapere di Dio sono eterni ed immobili, tutto ciò che succede, succede necessariamente. Una sorta, dunque, di “determinismo teologico” che fa concludere al FERRI che «il problema della responsabilità morale del delinquente non è chiaro nè sicuro nemmeno in tutto il campo del pensiero cattolico». Vedi E. FERRI, *I cattolici e gli scogli del libero arbitrio*, in *La Scuola Positiva*, 1928, p. 1 ss..

<sup>(32)</sup> Ricorda lo SCHOPENHAUER come «cette vérité consiste dans le sentiment parfaitement clair et sûr de notre responsabilité morale, de l'imputabilité de nos actes à nous-mêmes, sentiment qui repose sur cette conviction inébranlable, que nous sommes nous-mêmes les auteurs de nos actions».

Per il filosofo di Danzica, la legge di causalità naturale comporta questioni differenti a seconda che si applichi a corpi inorganici, a corpi organici vegetali o a corpi organici animali. Nel primo caso, la questione da affrontare attiene alla “causazione in senso stretto” o libertà fisica; nel secondo, alla “eccitazione” o libertà intellettuale; nel terzo, infine, alla “motivazione” o libertà morale. Ma la questione del libero arbitrio non è dato risolverla con l'ausilio della coscienza “immediata” perché questa opera *ex post* quando una determinata azione è stata compiuta. Ciò che si chiama “libero arbitrio”, dunque, altro non è che la reazione ai motivi esterni percepiti ed elaborati dalla ragione.

In altri termini, mentre agli animali sono concesse soltanto rappresentazioni sensibili, «l'homme, par contre, grâce à sa capacité de former des représentations non sensibles, au moyen desquelles *il pense et réfléchit*, domine un horizon infiniment plus étendu, qui embrasse les objets absents comme les objets présents, l'avenir comme le passé: il offre donc, pour ainsi dire, une surface beaucoup plus grande à l'action des motifs extérieurs, et peut, par conséquent, exercer son choix entre un nombre beaucoup plus considérables d'objets que l'animal, dont les regards sont bornés aux limites étroites du présent». Questi motivi esterni, lungi dall'essere condizionanti, sono selezionati ed ordinati dalla volontà umana attraverso la *deliberazione*.

In conclusione, ciò che viene scambiato per libero arbitrio altro non è che una libertà “relativa”, «parce qu'elle nous soustrait à la contrainte des objets présents» e “comparativa”, «en ce qu'elle nous rend supérieurs aux animaux». Vedi *amplius* A. SCHOPENHAUER, *Essai*, cit., p. 49 ss., 67 ss. e 185.

immediati, diciamo ch'essi sono casuali od arbitrari, così dei fenomeni interni, per la stessa ragione diciamo ch'essi sono liberi od arbitrari»<sup>(33)</sup>.

In sintesi, se ogni deliberazione *supposta* volontaria non è che la risultante dei fattori naturali e sociali che influenzano l'agire umano<sup>(34)</sup>, il libero arbitrio appare come una sbiadita "etichetta" che l'uomo attribuisce alle condizioni che non conosce<sup>(35)</sup>. D'altronde, questo è il portato logico della legge di causalità

---

<sup>(33)</sup> E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. II, p. 7 ss.. Il pensiero dell'autore è racchiuso tutto qui: «l'uomo opera come sente e non come pensa». E, negli atti consci, il FERRI distingue cinque stadi diversi: un movimento fisico esterno, iniziale; una corrente fisiologica centripeta, verso il cervello; una manifestazione psichica (ed è qui che nasce l'illusione del libero arbitrio); una corrente fisiologica centrifuga, verso un organo; un movimento fisico esterno, finale. Qui si coglie nell'intensità massima l'influenza del suo maestro ARDIGÒ e della sua teoria per cui «la causa prima nell'animale di un atto volontario qualunque è nella impulsività propria della sensazione». Vedi R. ARDIGÒ, *La morale*, cit., p. 15 ss..

In sede di analisi della condotta criminosa, il FERRI descrive il seguente processo fisiopsichico: «dalla sensazione è determinato un sentimento (od emozione), che diviene il motivo determinante: e nello stesso tempo è determinata un'associazione di idee, che diviene l'intenzione: se questa è rivolta ad influire sul mondo esterno, determina una volizione, per cui l'atto viene compiuto». Vedi E. FERRI, *Principi*, cit., p. 417 ss..

<sup>(34)</sup> Per SCHOPENHAUER, ogni azione umana è il prodotto del carattere innato del soggetto e del motivo esterno percepito dalla sua ragione: «par le caractère inné de chaque homme, les fins en général vers lesquelles il tend invariablement, sont déjà déterminées dans leur essence: les moyens auxquels il a recours pour y parvenir sont déterminés tantôt par la compréhension et par la vue qu'il en a, vue dont la justesse dépend à son tour de son intelligence et de la culture qu'elle possède. Comme résultat final, nous trouvons l'enchaînement de ses actes, et l'ensemble du rôle qu'il doit jouer dans le monde». E così conclude: «dans tous les cas, les causes extérieures provoqueront nécessairement l'être affecté à manifester ce qu'il contient (son essence intérieure): car celui-ci ne peut pas réagir autrement qu'il n'est». Vedi A. SCHOPENHAUER, *Essai*, cit., p. 115 ss..

<sup>(35)</sup> Tutt'al più il libero arbitrio può essere considerato, in un'accezione *sui generis*, come profilo riflesso del concetto di "autonomia" inteso come graduazione delle formazioni e degli esseri naturali, dal minerale fino all'uomo. Essendo l'autonomia "umana" superiore a tutte le altre della natura, essa è perciò "arbitraria", nel senso che domina le autonomie ad essa inferiori, e "libera", nel senso di una maggiore complessità strutturale rispetto a tali ultime autonomie: «pel suo libero arbitrio l'uomo è il *dio della natura*» e detiene su questa un diritto, appunto il "diritto naturale", che nasce e risiede soltanto in lui. Vedi *amplius* R. ARDIGÒ, *La morale*, cit., p. 126 ss., 135 ss., 339 ss. e 361 ss..

Si deve precisare che questa peculiare concezione del libero arbitrio è stata elaborata dall'ARDIGÒ in risposta alla polemica secondo cui il determinismo della filosofia positiva, negando la libertà, negherebbe in ultima analisi la moralità. Ma se la libertà viene assunta a presupposto logico della moralità, l'ARDIGÒ, alimentando le premesse positivistiche da cui muove, ribatte che è proprio la filosofia metafisica, sostenendo la inesistente libertà dell'uomo a risultare una filosofia senza morale. Nella costruzione del filosofo cremonese, in particolare, la morale viene saldamente ancorata al concetto di "idealità umane", vale a dire quelle complesse entità psichiche che nascono e si sviluppano perché strettamente correlate alla vita sociale dell'uomo (ad esempio, la famiglia, il sentimento del bene, ecc.). Queste idealità, definibili pertanto come "sociali", governano tutte le attività psichiche inferiori ed allo stesso tempo creano i parametri della morale che, come ogni altra formazione naturale, è un vero e proprio prodotto sociale (come, secondo un'analogia storica, lo era la morale aristotelica sociale in contrapposizione a quella metafisica individualistica).

A questo punto, tre scienze descrittive hanno il compito di studiare le idealità "sociali": la nomografia, la nomogonia e la nomologia. In questo sistema, non residua spazio alcuno per le



naturale applicata alle scienze sociali<sup>(36)</sup>. Non può concepirsi una facoltà volitiva che possa creare un “effetto” diverso da quello che naturalmente derivi dalla propria “causa”: se ciò fosse consentito, il libero arbitrio costituirebbe dunque una «eccezione miracolosa a tutto l’ordine dell’universa attività naturale»<sup>(37)</sup>.

Ora, che una simile tesi potesse apparire temeraria, ovvero al limite dell’eresia dogmatica<sup>(38)</sup>, ne era consapevole lo stesso FERRI ma, di certo, questo

religioni che, lungi dal creare le idealità “sociali”, se ne sono indebitamente appropriate rivendicandone una inesistente paternità. *Brevis*: per l’ARDIGÒ l’atto morale è l’atto umano che rispecchia un’idealità “sociale”. Il moralista, dunque, è l’uomo *disinteressatamente* anti-egoistico: l’atto morale, a differenza di quello che insegnano le religioni, non costituisce titolo per una ricompensa, terrena od ultraterrena, che costituisce del primo soltanto una conseguenza eventuale ed accidentale.

<sup>(36)</sup> In realtà, il FERRI richiama a suo favore anche la legge di trasformazione e conservazione delle forze, elaborata nel 1842 dal MAYER sulla falsa riga di quella più celebre, elaborata nel 1772 dal LAVOISIER, di trasformazione e conservazione della materia. Vedi E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. II, p. 15 ss..

Così, se nulla si crea o si distrugge, ma tutto si trasforma, non si può concepire una facoltà volitiva che, durante le varie trasformazioni, possa aggiungere o togliere una quantità di energia, creando o distruggendo delle forze. In sintesi, la deliberazione volitiva, più che la causa del movimento corporeo, ne è una mera presa di coscienza posto che tale movimento è sempre la risultante del processo di reciproca trasformazione delle forze fisio-psichiche e sociali: «tanto è vero che il movimento muscolare finale si può determinare sostituendo al comando volitivo ed alla corrente nervosa centrifuga, una corrente elettrica nello stesso nervo efferente». Ma allora, in ultima analisi, la vera differenza tra atto volontario ed atto involontario risiede nella coscienza del processo sopra descritto.

<sup>(37)</sup> Conclusione lapidaria in E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. II, p. 11. Di libertà si può dunque parlare soltanto nel senso di assenza di impedimenti nervosi allo sviluppo delle proprie attività ovvero, nel linguaggio dello SCHOPENHAUER, di libertà fisica (vedi nota n. 32).

Oltretutto, in caso di affermazione dell’esistenza del libero arbitrio, non si comprenderebbe l’utilità, se non in una chiave meramente descrittiva *ex post*, di quella scienza sociale che è la psicologia la quale, occupandosi del *perché* delle scelte umane, perderebbe di linfa vitale entrando nel vicolo cieco del libero arbitrio.

<sup>(38)</sup> L’estrema conseguenza della negazione del libero arbitrio si ha nella normativizzazione kelsensiana ove questo concetto sarà relegato ad una sorta di finzione che consente la base di un’imputazione morale o giuridica.

«È decisivo il fatto che il comportamento costituente il punto finale dell’imputazione, la quale è espressione di una responsabilità esistente soltanto in base ad un ordinamento morale o giuridico, non è, secondo la causalità dell’ordinamento naturale, un punto finale né come causa né come effetto, ma è soltanto un elemento di una serie infinita. Tale è il vero significato della concezione secondo cui l’uomo, come soggetto di un ordinamento morale o giuridico, e cioè come membro di una società, è «libero», come personalità morale o giuridica. Il fatto che un uomo soggetto ad un ordinamento morale o giuridico sia «libero», significa che egli è il punto finale di un’imputazione possibile soltanto sulla base di quell’ordinamento normativo».

Ed ancora più nettamente: «da quanto si è detto risulta che l’imputazione è resa possibile non dalla libertà, cioè dall’indeterminatezza causale del volere, ma, proprio al contrario, dalla determinabilità causale del volere. Non si effettua un’imputazione nei riguardi di un uomo per il fatto che egli è libero, ma l’uomo è libero perché nei suoi riguardi si effettua un’imputazione».

In conclusione, «non c’è contraddizione fra la causalità dell’ordinamento naturale e la libertà in un ordinamento morale e giuridico; così come non esiste e non può esistere un contrasto fra l’ordinamento naturale, da un lato, e l’ordinamento morale e giuridico, dall’altro, poiché l’uno

ardito “determinismo psicologico” non merita di essere confuso col “fatalismo” né di essere decifrato nel senso di un “automatismo umano”.

Il fatalismo è una dottrina *metafisica* che piega la volontà al caso<sup>(39)</sup>. Il determinismo psicologico è una dottrina *scientifica* che, al contrario, sottomette la volontà alla logica causale. Con l'importante conseguenza che, se si interviene sui fattori causali conosciuti e modificabili, è possibile correggere la correlativa frequenza del fenomeno delinquenziale<sup>(40)</sup>.

Non può neanche parlarsi di una svilente *reductio hominis* perché, nel sistema positivistico, si precisa che: «l'uomo è una macchina, ma non è fatto a macchina. È una macchina, nel senso che egli nulla dà nelle sue azioni più di quanto ricava dall'ambiente in cui vive, sia nel fisico che nel morale; esso altro non è, come ogni essere vivente, che una macchina di trasformazione delle forze, soggetta alla legge universale di causalità, per cui, data, in quel momento, quella combinazione di cause fisiche, fisiologiche e psichiche, esso non può che reagire in quel dato modo. Ma non è fatto a macchina, nel senso di meccanicismo inorganico, appunto perché esso è un organismo vivente, che ha una propria e speciale rispondenza alle cause esterne, determinata necessariamente, caso per caso, dalle cause fisiche e fisio-psicologiche precedenti; ma variabile, e perciò

---

è un ordinamento dell'essere (Seins-Ordnung), mentre gli altri sono ordinamento del dover essere (Soll-Ordnungen)». Vedi H. KELSEN, *Reine*, cit., p. 110 ss..

<sup>(39)</sup> Lo rileva acutamente R. ARDIGÒ, *La morale*, cit., p. 124 ss.. Continuano, nondimeno, a parlare di fatalismo positivista l'ANCEL ed il QUETELET che, a tal proposito, palesa anche una certa sicurezza: «faut-il croire à un désolant fatalisme qui nous pousse dans la voie du crime et dans tous les excès, sans qu'aucune puissance humaine puisse nous en détourner? Non, certes; tel n'est pas l'état des choses». Vedi M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Parigi, Cujas, 1966, p. 242; L.A.J. QUETELET, *Sur la statistique morale et les principes qui doivent en former la base*, Bruxelles, Hayez, 1848, p. 36. Ed il BETTIOL, nella dicotomia tra “ottimismo” dei classici e “pessimismo” dei positivisti, sostiene a proposito di quest'ultimi che «per costoro l'uomo è natura e solo natura. La natura è necessità. Quindi essa è una moderna prospettazione del fato greco. Da ciò deriva la ineluttabilità del delitto e la irresponsabilità del delinquente. Il reato non è frutto di un giudizio di valore ma è solo il modo di comportarsi di un essere senza capacità di intendere e di volere. Pensare di influire su costui con la intimidazione attraverso i precetti penale è un assurdo». Vedi G. BETTIOL, *Ottimismo e pessimismo in tema di prevenzione del reato*, in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 1980, p. 240.

<sup>(40)</sup> Secondo i dettami della “legge di saturazione criminosa” elaborata dal FERRI e, sulla quale, vedi *amplius* il quarto paragrafo.

spesso imprevedibile, da individuo ad individuo, da momento a momento, appunto per la diversa combinazione di queste molteplici cause determinanti»<sup>(41)</sup>.

Ma non è tutto. Come poco sopra premesso, il positivismo, ridimensionando nettamente le proprie richieste, è anche disposto a riconoscere l'esistenza del libero arbitrio ma a condizione che questo rimanga un *corpus* estraneo alla materia penale: “normativamente impossibile” e “politicamente dannoso”, ripeteva il FERRI.

Invero, si può anche declamare che la responsabilità morale sia, oltre che *fondamento*, anche *misura* di quella penale ma non si comprende però come il giudice, “nato di donna”, possa effettuare una simile valutazione. Nel difetto di un preciso tariffario penale, che consenta di definire la parte di azione necessitata e quella libera, questo ufficio sembrerebbe di competenza, più che del giurista, del filosofo morale ovvero del teologo<sup>(42)</sup>. Nell'infinità di sfumature che legano la “follia” all’“igiene mentale”, il giudice, nelle vesti di un paziente contabile,

---

<sup>(41)</sup> E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. II, p. 34 ss.. Nella sua esaltazione del ruolo della volontà, il GEMELLI tenta una improbabile conciliazione tra il libero arbitrio ed i fattori eziologici delinquenziali, da sempre oggetto privilegiato degli studi del sacerdote milanese. Ma la sua argomentazione appare insostenibile: mentre il libero arbitrio rappresenterebbe la *causa* e spiegherebbe il *perché* del delitto, i fattori individuali e sociali rappresenterebbero mere *condizioni* e spiegherebbero il *come* del delitto. Vedi A. GEMELLI, *Le dottrine*, cit., p. 148 ss..

Non è chi non veda come tale tesi – che ricorda molto la teoria della causalità efficiente dello STOPPATO – attribuisca arbitrariamente al fattore volitivo un primato forzato. Ogni condizione, proprio perché tale, risulta necessaria per rispondere al *perché* del delitto. Ed oltretutto, non si comprende neanche su quale parametro il GEMELLI abbia stilato la diversa graduazione di importanza tra la “causa” e le “condizioni”. Forse che la più nera miseria, rispetto a questa tanto decantata “volontà”, non ha la stessa (se non una superiore) efficacia eziologica al crimine?

<sup>(42)</sup> È noto che per il FERRI il concetto di “responsabilità” ha natura esclusivamente qualitativa ed assoluta: la responsabilità penale deve rispondere alla logica dell’*aut aut*. Quantitativa e relativa, semmai, può essere la risposta sanzionatoria. In sintesi, la responsabilità decide l’*an*, la sanzione il *quantum*. Vedi E. FERRI, *Il diritto*, cit., p. 33 ss. e, per acute osservazioni critiche sulle varie teoriche dell'imputabilità minorata, ID., *Sociologia*, cit., Vol. II, p. 155 ss..

Questa argomentazione del FERRI ha notevole pregio e mostra come sia stata una scelta infelice quella, effettuata nel codice ROCCO, di ricostruire le cause diminuenti l'imputabilità come circostanze “attenuanti” del reato.

A suffragare queste perplessità, sia sufficiente riportare il pensiero di due autori classici. Il ROSSI, che a differenza di molti criminalisti già distingueva tra imputabilità e dolo, non concepiva alcuna via di mezzo: «vi fu o non vi fu concorso dell'intelligenza e della libertà; coscienza dell'atto e volontà. Non avvi in ciò nè più nè meno». Vedi *amplius* P. ROSSI, *Traité*, cit., p. 223 ss.. Il ROMAGNOSI concludeva: «la nuda morale imputabilità forma un requisito del QUANDO *si possa e si debba punire, e non del come e del quanto* si possa e si debba punire». Vedi G. ROMAGNOSI, *Genesi*, cit., III ed., §1333.

fraziona in tanti piccoli segmenti la libertà dell'uomo ciascuno dei quali espressione, secondo un'ordinata dosimetria, di una certa quantità di pena.

Ma una reale analisi della “colpa” morale, se condotta alla lente del “microscopio dottrinale”, farebbe emergere in ogni condotta criminosa la presenza “condizionante” di molteplici ed eterogenei fattori. Soltanto l'arbitrio del legislatore – questo, sì, che sarebbe libero arbitrio! - potrebbe riconoscere efficacia scusante ad alcuni di essi, puntualmente e tassativamente elencati nelle varie disposizioni codicistiche, ovvero negarla ad altri<sup>(43)</sup>.

È noto che le critiche sopra cennate non sono casuali. Esse sono il prodotto della sfiducia positivista nei confronti di due istituti giuridici di chiara matrice classica e dei numerosi profili di perplessità che questi hanno sempre destato: l'imputabilità “diminuita” e la c.d. “finzione” di imputabilità.

Il primo concetto può così riassumersi: nonostante il giogo di molteplici fattori determinanti, nell'uomo residua sempre un frammento sia pur minimo di libertà di elezione e ciò sarebbe sufficiente a suffragare il principio della responsabilità morale<sup>(44)</sup>.

Questa strana alchimia psicologica, che tenta il coniugio tra i poli opposti della necessità e della libertà, ha in realtà plasmato un concetto mutilato e privo di senso logico<sup>(45)</sup>. Ciò perché tra necessità e libertà non vi può essere alcuna zona

---

<sup>(43)</sup> Sempre il FERRI si interroga se, nella caleidoscopica eterogeneità di questi fattori determinanti, «sono proprio soltanto quelle quattro o cinque circostanze, e non più, che possono influire sull'imputabilità morale?». Vedi E. FERRI, *Il diritto*, cit., p. 14.

<sup>(44)</sup> Si legga il maestro dei classici: «se l'intelletto, o la volontà, od ambedue, mancarono del tutto all'agente, non vi è intenzione, e non vi è per conseguenza imputabilità. Se o l'uno o l'altra, od ambedue furono soltanto minorati, vi resta una intenzione, ma *imperfetta*: vi resta imputabilità, ma minorata». Vedi F. CARRARA, *Programma*, cit., § 65 e, inoltre, § 272 ss.. Ammette una responsabilità morale relativa anche A. GEMELLI, *Il progetto*, cit., 17 ss..

I deleteri effetti politico-criminali della responsabilità morale attenuata sono espliciti dal DE ASÙA: «ma questo sistema è assurdo: si sottomettono ad una pena diminuita coloro che per non esser interamente pazzi sono più pericolosi, perché agli impulsi perversi presentano minor resistenza che gli uomini interamente sani, e sanno escogitare i mezzi e le occasioni per realizzare i loro propositi». Vedi L. J. DE ASÙA, *La pericolosità*, cit., p. 65 ss..

<sup>(45)</sup> Sia sufficiente ricordare che il PESSINA, nella sua disamina delle cause di esclusione o di diminuzione dell'intensità del dolo, richiamava la “monomania” del sano ed il “lucido intervallo” del pazzo, introducendo così «due stati eccezionali che contengono una condizione di intelligenza mista alla sua negazione». Vedi *amplius* E. PESSINA, *Elementi*, cit., p. 203 ss..

Nel campo filosofico, l'ARDIGÒ pone bene in luce l'incongruenza dei metafisici che, prima, negano la responsabilità morale “assoluta”, effetto di una indipendenza altrettanto assoluta che questi recisamente negano, per poi affermare una responsabilità morale “relativa” ove la volontà

“grigia” e perché discutere di una libertà “condizionata” vale quanto confermare un determinismo “diluito”. Nessuna vernice sulle parole può nascondere queste contraddizioni in termini<sup>(46)</sup>.

*Brevis*: delle due l’una. O si afferma che, *nonostante* qualsiasi precedente “condizionante”, l’uomo alla fine può scegliere di intraprendere o meno una precisa azione. Ma, in tal caso, la questione diviene di qualità e non di quantità posto che il numero limitato di possibilità, per così dire preconfezionate, non

---

costituirebbe una causa “creata” – in altri termini, una *causa causarum* - da Dio. Vedi R. ARDIGÒ, *La morale*, cit., p. 378 ss..

Ed è proprio sulla responsabilità morale “attenuata” che possono intravedersi alcune aporie nel sistema crociano. In CROCE coesistono, nella sfera della volontà, i due concetti opposti di libertà e necessità perché, secondo il filosofo di Pescasseroli, il concetto *opposto* (da non confondersi col concetto *distinto*) già contiene in sé il suo speculare referenziale. Di talché, la “libertà” non è il concetto opposto della “necessità”, e viceversa, perché entrambe costituiscono un unico concetto. Ciò deriva dalla peculiare interpretazione del principio di non contraddizione “A = A” che, secondo il CROCE, non implica logicamente che “A” debba *anche* essere diverso da “-A”. Vedi B. CROCE, *Logica*, cit. p. 63 ss.. Da queste premesse filosofiche, il CROCE conclude che l’azione umana non è scelta ad arbitrio e che l’uomo “non è responsabile” bensì “è fatto responsabile” da una società che, ricollegandovi un premio o una sanzione, gli “impone” certi tipi di azione senza curarsi della necessità in cui egli opera. Quest’ultima argomentazione, esternata dal filosofo “anti-positivista” per antonomasia, non è altro che la traduzione in prosa dell’art. 18 del progetto FERRI!

<sup>(46)</sup> A suffragio di quanto sostenuto nel testo, si cita un autorevole criminalista classico. Commenta il ROMAGNOSI: «ma fra tutta la libertà e tutta la dipendenza, ripiglierà taluno, non vi può forse essere una posizione di mezzo? – Qui io rispondo col seguente dilemma. O questa posizione dà luogo alla morale *imputazione* o no. Se vi dà luogo noi non possiamo più ammettere né un mezzo né un quarto di dolo, come non possiamo ammettere né una mezza imputazione né un quarto di imputazione». Vedi G. ROMAGNOSI, *Genesi*, cit., III ed., § 1357.

Ancora una volta, posizione peculiarissima che sfugge alla dicotomia del testo, è quella assunta dall’ARDIGÒ il quale muove da un concetto *sui generis* di libero arbitrio (vedi nota n. 35). Il filosofo di Cremona, pur negando una responsabilità morale assoluta, ne accetta nondimeno una relativa. E ciò perché, mentre per il metafisico la distinzione tra responsabile ed irresponsabile si fonda sulla presenza, anche in parte, del libero arbitrio nella condotta del primo soggetto, per l’ARDIGÒ la distinzione tra responsabile ed irresponsabile si fonda al contrario sulla dipendenza della volontà dalle idealità “sociali”. Da tutto ciò deriva che, tanto negli atti responsabili (atti “etici”) quanto in quelli irresponsabili (atti “non etici”), si può sempre rinvenire una causa determinante della volontà ma, mentre nel primo caso essa sarà una forza morale, nel secondo caso essa sarà una mera forza naturale.

Per un metafisico, dunque, la morale – fondandosi sul libero arbitrio - determina la responsabilità: su questa base si distinguono i responsabili dagli irresponsabili. Per l’ARDIGÒ, invece, la morale – fondandosi sull’idealità “sociale” - determina la responsabilità: su questa base egli distingue i responsabili dagli irresponsabili. E la responsabilità morale sarà sempre da considerarsi “relativa” perché, nello stesso atto, coesisteranno incessantemente forze morali e naturali sebbene la prevalenza aritmetica delle une o delle altre qualificherà come responsabile o irresponsabile un atto (se le forze sono pari e si elidono, il soggetto non agirà). Vedi *amplius*, R. ARDIGÒ, *La morale*, cit., p. 395 ss..

inficia minimamente il potere dell'arbitrio umano<sup>(47)</sup>. Ovvero, al contrario, si afferma che le varie cause, interne ed esterne all'agente, trasformano il libero arbitrio in «una mosca prigioniera nel ragnatelo della causalità»<sup>(48)</sup>. Senza considerare, poi, che nessun liberista[?], nemmeno il più ardito, ha mai sostenuto un arbitrio totalmente “libero”, avulso ad esempio dalle leggi della gravità o della logica.

La c.d. “finzione” di imputabilità è, al contrario, un concetto che risalta per l'evidente incoerenza sistematica: il giure criminale, dopo aver declamato pomposamente di fondarsi sul libero arbitrio, non esita punto a detronizzarlo al fine di evitare l'impunità di alcune eccezionali ipotesi che, non a caso, si definiscono tradizionalmente come *fictiones*<sup>(49)</sup>. Il motivo di un simile *revirement* è, senza dubbio, di indole politica e, sebbene l'ideologia classica lo ammetta malvolentieri, di difesa sociale.

Non resta che riportare l'esempio più noto, vale a dire quello del reato commesso in stato di ubriachezza: “*actio libera in causa*”, interromperebbe un “classico”, “*sed necessitata in effecto*”, concluderebbe un “positivista”<sup>(50)</sup>.

---

<sup>(47)</sup> Anche se, a rigor di logica, non dovrebbe parlarsi in tal senso di “condizioni” posta la loro assoluta ininfluenza eziologica. Uno dei più ferventi sostenitori del libero arbitrio è stato il BETTIOL che, in alcune pagine di grande acume, traduce il pensiero kantiano in principi penalistici: «l'uomo, sotto questo aspetto, è veramente il re del creato in quanto può disporre e godere delle cose create a suo godimento sino a tanto che non entra a contatto con un altro uomo, cioè con un altro «valore». L'uomo, mentre si può servire di tutte le cose come di mezzo per la soddisfazione dei propri bisogni e per il raggiungimento dei propri fini, non può invece considerare quale semplice «mezzo» un altro uomo per arrivare ad un determinato risultato. Lo vieta l'ordine che sussiste nella realtà etica, che è la realtà ragionevole dell'uomo. Il diritto penale cade o rimane a seconda che si neghi o si ammetta tale realtà etica. Solo riconoscendo che l'uomo può agire con libertà, cioè come persona morale, si può dare una giustificazione alla pena. La pena è meritata dall'uomo in quanto questi ha agito con libertà». Da qui procede la conclusione che «la libertà è quindi tutta in questa capacità dell'umana volontà di mettersi al di sopra dei motivi per valutarli e sceglierli. Essa non soggiace affatto al loro agire». Vedi *amplius* G. BETTIOL, *Diritto penale*, Palermo, Priulla, 1962, p. 328 ss..

<sup>(48)</sup> La fortunata metafora è di B. ALIMENA, *La scuola*, cit., p. 12. Il GRAMATICA, in tal senso, sostiene che il semi-infermo di mente, pur nella distinzione della categoria patologica in gradi e sfumature, debba essere trattato alla stregua di un infermo. Vedi F. GRAMATICA, *Principi*, cit., Padova, Cedam, 1961, p. 85 ss..

<sup>(49)</sup> Tra i pochi disposti ad ammetterlo, l'ALIMENA conclude che il diritto penale classico si fonda *quasi* sempre sul libero arbitrio. Vedi B. ALIMENA, *La scuola*, cit., p. 10.

<sup>(50)</sup> A seguire il CARRARA, l'ubriachezza preordinata giustifica l'imputazione a titolo di dolo perché l'agente, con lucida previsione, si è reso futuro strumento del delitto preso di mira. L'ubriachezza volontaria e colposa, quando piene, fanno sempre residuare una responsabilità colposa. Vedi F. CARRARA, *Programma*, cit., § 332 ss.. Queste conclusioni sono fedelmente

Concluso l'esame delle principali aporie della "normativizzazione" del concetto di libero arbitrio nel diritto penale classico, si può considerare terminata l'analisi della *pars destruens* del programma positivistico. Inizia ora, del medesimo programma, la parte propositiva o teorica che si propone l'obiettivo di definire il contenuto scientifico di una formula, come quella del determinismo psicologico, che rischierebbe altrimenti di rimanere un vuoto simulacro. L'indagine, in altri

---

"ereditate" dal suo maestro: vedi G. CARMIGNANI, *Teoria*, cit., Vol. II, p. 284 ss.; ID., *Elementi*, cit., § 217.

Sulla responsabilità per colpa in caso di piena ubriachezza volontaria e colposa, è conforme anche P. ROSSI, *Traité*, cit., p. 256 ss..

Più onesto il PESSINA che, in caso di volontaria ubriachezza "compiuta", ossia piena, consiglia o l'introduzione di un reato *ad hoc* ovvero, al massimo, la punizione a titolo di colpa. Nulla dice, invece, al riguardo dell'involontaria ubriachezza "compiuta". Ad ogni modo, con una argomentazione tanto acuta quanto rimasta isolata, sostiene il difetto di una responsabilità a titolo di dolo in caso di ubriachezza preordinata «imperciocchè, quando l'ebbrezza è compiuta, si ha la certezza, che colui che ha operato non avea la coscienza di ciò che operava; sicchè la premeditazione sparisce da questa individualità con l'offuscarsi dello intelletto e della coscienza». Vedi E. PESSINA, *Elementi*, cit., p. 209 ss..

Le disposizioni del codice ZANARDELLI (art. 48) e quelle del codice ROCCO (artt. 87, 91, comma 2, 92, 94 e 95) non incidono, in caso di ubriachezza penalmente rilevante, sulla natura dolosa o colposa del criterio di imputazione soggettivo.

Dal punto di vista normativo, oltretutto, non risulta neanche coretto parlare di "finzione" di imputabilità. Se intesa come concetto squisitamente giuridico, l'imputabilità può ben essere sganciata da qualsiasi riferimento naturalistico: di talché, sarebbe corretto discutere di una "vera" e di una "finta" imputabilità. Ma, anche a voler parlare di "finzione" di imputabilità, nulla osta al legislatore di costituire *in subiecta materia* singole disposizioni speciali in deroga a quella generale (artt. 45 c.p. 1889 ovvero 85 c.p. 1930). Il problema, come lo si vuole affrontare dal punto di vista normativo, non sussiste affatto.

Mentre, invece, appare insolubile se lo si analizza su di un piano filosofico. Dal punto di vista politico criminale, è grande l'imbarazzo del criminalista classico quando tenta di spiegare la *ratio* della penale responsabilità dell'ubriaco. Nei reati a forma libera, tutte le argomentazioni proposte sembrano fondarsi sul medesimo errore dogmatico: si discute di dolo e colpa in assenza di un fatto di reato. A titolo esemplificativo: quando Tizio, dopo il decimo bicchiere di vino, sprofonda in piena ubriachezza, non è né in dolo né in colpa per il semplice rilievo che difetta un fatto di reato su cui tali criteri di imputazione possano insistere. Quando, al contrario, pone in essere la condotta criminosa – ed è questo il riferimento temporale dettato dall'art. 85 c.p. – non solo non è in dolo né in colpa ma, prima ancora, neanche cosciente di sé.

Né può estendersi la nozione di "fatto di reato" arretrandone i confini, come nel suddetto esempio, al decimo bicchiere di vino (*id est*: punendo, in pratica, l'ubriachezza piena di per sé) perché una simile operazione ermeneutica non è consentita dal combinato disposto degli artt. 45 e 92, comma 2, c.p.. Nella prima disposizione, il caso fortuito e la forza maggiore si riferiscono al "fatto di reato" escludendo la punibilità dell'agente; nella seconda disposizione, questi due fattori si riferiscono all'"ubriachezza" ammettendo la punibilità (anche se diminuita) dell'agente. Da ciò può dedursi che "fatto di reato" ed "ubriachezza" sono concetti normativi diversi e non sovrapponibili e che, in conclusione, tutte le ipotesi di ubriachezza piena (nonché, *a fortiori*, quelle di ubriachezza piena e preordinata) costituiscono vistose deroghe al libero arbitrio.

Vedi, per la disamina patologica di questa intossicazione criminogena e per il suo accertamento giudiziale, E. ALTAVILLA, *La dinamica*, cit., Vol. I, p. 270 ss., e Vol. II, p. 458 ss..

termini, dovrà ora focalizzarsi sullo studio *a profundo* dei fattori criminogeni interni ed esterni all'agente.



**3. — L'ANTROPOLOGIA CRIMINALE. IL DELINQUENTE NATURALE E LA SUA "ANORMALITÀ". IL DELITTO NATURALE COME "OFFESA ALLE CONDIZIONI INDIVIDUALI E SOCIALI DI ESISTENZA". LA CRIMINALITÀ ATAVICA E QUELLA EVOLUTIVA. I "MOTIVI ANTISOCIALI" COME PROVA DELL'INESISTENZA DI UN DELITTO NATURALE E, PERCIÒ, DI UN DELINQUENTE NATURALE. LA CLASSIFICAZIONE ANTROPOLOGICA DEI DELINQUENTI SULLA BASE DEI FATTORI BIOLOGICI, SOCIALI E COSMO-TELLURICI. DIFFICOLTÀ DI UNA SUA TRADUZIONE NORMATIVA IN TIPI LEGALI DEFINITI.**

L'antropologia criminale, vale a dire lo studio dell'uomo delinquente, nasce col LOMBROSO che per primo ebbe il merito di descrivere in maniera sistematica ed organica, il reato come fenomeno psico-fisico<sup>(51)</sup>.

---

<sup>(51)</sup> C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente in rapporto alla antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria*, Vol. I-III, Torino, Bocca, 1896 – 1897, *passim*. L'opera consta di tre volumi: il primo, dedicato al delinquente nato; il secondo, dedicato alle altre tipologie di delinquenti; il terzo, dedicato all'eziologia, alla profilassi ed alla terapia del delitto.

Per le precedenti ricerche di antropologia criminale, condotte secondo una metodologia disorganica e non sistematica, vedi la disamina effettuata da E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. I, p. 84 ss..

Il "peccato originale" delle prime analisi lombrosiane è stato quello di aver esaltato nell'analisi criminale soltanto le cause endogene e, tra queste, quelle propriamente fisiche. Peccato espiato nelle indagini successive: l'opera del LOMBROSO ha avuto ben cinque edizioni che si sono avvicendate con la stessa rapidità con cui l'antropologo veronese raccoglieva nuove conferme scientifiche e mutava idea sulla genesi della delinquenza. Sia sufficiente ricordare che, nelle prime due edizioni, l'autore rinveniva il fondamento della delinquenza prevalentemente nell'atavismo del soggetto mentre, nelle ultime tre edizioni, prevalentemente nell'epilessia.

Per una critica calzante sia della tesi atavistica che di quella patologica, vedi G. TARDE, *La philosophie pénale*, Lione, Storck, 1903, p. 230 ss.. Ed incalza il GEMELLI: «non si dica quindi che il delitto proviene dall'atavismo, dalla pazzia morale, dall'epilessia, dall'isterismo, dalla nevrastenia, da una cattiva educazione o da una tara ereditaria; si dica invece che ciascuna di queste cause può nei singoli casi compiere il suo ufficio e che più volte si combinano tra loro». Vedi A. GEMELLI, *Le dottrine*, cit., p. 147. Questa unilateralità eziologica è stata criticata anche dal CARNEVALE che, nondimeno, la accosta erroneamente anche alla metodologia seguita dal FERRI. Vedi E. CARNEVALE, *Il naturalismo*, cit., c. 569 ss., il quale però concepisce il reato, in maniera tutt'affatto peculiare, come il prodotto di cause endogene ed esogene tra di loro in "antitesi" e non anche in "sintesi".

Ad ogni modo, spetterà al FERRI ripristinare saldamente il perduto equilibrio tra cause endogene ed esogene nell'eziologia del crimine. Integrando a dovere le ricerche sui fattori organici con innovative considerazioni di psicologia criminale, l'allievo del LOMBROSO ribadisce l'indissolubilità tra la costituzione organica (o temperamento) e quella psichica (o carattere). In particolare, nel delinquente i due determinanti psicologici di ogni azione umana - vale a dire il sentimento e l'idea - sarebbero degenerati nella forma dell'insensibilità morale (anche parziale, vale a dire nel daltonismo morale) e dell'imprevidenza, da cui deriva una peculiare impulsività nella condotta. Vedi E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. I, p. 98 ss.; ID., *L'omicida nella psicologia e nella psicopatologia criminale. L'omicidio-suicidio. Responsabilità giuridica*, Torino, Utet, 1925, p. 56 ss. e 259 ss..

I concetti fondamentali dell'antropologia criminale sono due: il "delinquente naturale" ed il "delitto naturale". In ogni epoca e presso ogni popolo sarebbero sempre esistiti tanto l'uno quanto l'altro o, meglio, esiste un delitto "naturale" in quanto esiste un delinquente "naturale".

L'analisi che segue tenterà di dimostrare l'inconsistenza della nozione di "delitto naturale" privando così di valore concettuale la figura del "delinquente naturale". Prima di procedere, appare opportuno chiarire l'equivoco iniziale secondo cui i dettami del positivismo comporterebbero l'assimilazione del delinquente "naturale" ad un soggetto "anormale". Naturalmente, una simile equivalenza, facilmente travisabile nel suo significato genuino, era destinata a suscitare sin da subito focose repliche, alimentate dall'ovvietà che anche un soggetto "normale" avrebbe potuto delinquere<sup>(52)</sup>. Ove diviene imperdonabile la

Per il concetto di personalità delinquenziale come fusione delle costituzioni organica e psichica, vedi E. ALTAVILLA, *La dinamica*, Vol. I, cit., p. 5 ss..

Per un'analisi del carattere "emotivo" dell'impulsività, proprio dell'uomo primitivo, vedi *amplius* H. SPENCER, *The principles of sociology*, trad. it. di A. Salandra e G. Salvadori, *Principi di sociologia*, Vol. I-II, a cura di F. Ferrarotti, Torino, Utet, 1988, p. 135 ss..

Se *soma* e *psiche* stanno e cadono insieme, non ha pregio la seguente dissertazione del GRISPIGNI, forse eccessivamente ossequiosa del senso letterale della formula determinismo "psicologico" adottata dal maestro FERRI: «l'antropologia criminale riconosce e proclama che *la causa diretta ed immediata del reato è tutta ed esclusivamente di natura psichica*. Mentre, invece, l'ambiente fisico e sociale, come pure la costituzione organica, nonché l'ereditarietà non costituiscono che cause indirette o mediate, le quali in tanto possono assumersi come influenti nella genesi della criminalità in quanto abbiano influito sulla formazione o modificazione della psiche, che rimane sempre l'unica causa diretta ed immediata della risoluzione criminosa». Vedi F. GRISPIGNI, *Diritto penale*, cit., p. 33 ss..

<sup>(52)</sup> B. ALIMENA, *La scuola*, cit., p. 13 ss.; E. CARNEVALE, *Il naturalismo*, cit., p. 355 ss.; A. GEMELLI, *Le dottrine*, cit., *passim*; ID., *Il progetto*, cit., 12 ss., secondo il quale questa generalizzazione – dovuta ad una «gretta mentalità positivista» – era divenuto il canone fondamentale della Scuola Positiva; F. GRAMATICA, *Principi*, cit., p. 50 ss.; S. RANIERI, *La pericolosità criminale nel codice penale vigente*, Milano, Vallardi, 1933, p. 9, che afferma come l'anormalità non sia criterio di determinazione della delinquenza bensì di "qualità" della delinquenza.

Un duplice errore viene commesso dal DE MAURO quando sostiene che «imputabilità e pericolosità esprimono due concetti che si escludono vicendevolmente, in quanto l'uno presuppone uno stato di normalità psichica, laddove il sostrato dell'altro è costituito da uno stato morboso di degenerazione o di anormalità». A parte l'inesattezza circa la "normalità psichica" del solo imputabile, equivoco comune anche agli altri autori citati nella nota, la maggiore critica va riservata all'imprecisione di comparare il concetto di "imputabilità" con quello di "pericolosità" atteso che, nel sistema positivista, il primo concetto va posto in relazione più correttamente con quello di "responsabilità legale". Vedi G.B. DE MAURO, *Sul concetto di pericolosità*, Città di Castello, Unione arti grafiche, 1928, p. 10.

Si deve notare, infine, che un errore come quello censurato nel testo è stato commesso anche da una "penna" positivista: vedi E. FLORIAN, *Note sulla pericolosità criminale*, in *La Scuola Positiva*, 1927, p. 407; ID., *Trattato di diritto penale*, Vol. I, Milano, Vallardi, 1934, p. 320 ss..

confusione se soltanto si pensa all'accezione di "anormalità" intesa dal FERRI<sup>(53)</sup>: non in senso squisitamente *patologico* bensì in un significato complesso e più ampio, come sinonimo di anti-umanità o di anti-socialità<sup>(54)</sup>.

Chiunque compie un delitto "naturale" si dimostra, per ciò stesso, "anormale". Questo, e non altro, significa classificare il delinquente "naturale" come una "varietà antropologica a sé": non un infermo di mente, come soltanto una lettura superficiale delle opere dei positivisti può far supporre, ma un soggetto che, *nel momento in cui compie il delitto "naturale"*, si palesa come un'eccezione sociale, ossia come un a-normale<sup>(55)</sup>.

---

<sup>(53)</sup> E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. I, p. 139 e ss. e 192 ss.. Forse una critica simile poteva essere avanzata contro il "proto" positivismo del LOMBROSO, e la sua eziologia criminosa unilaterale (vedi nota n. 50), ma non anche avverso il positivismo, più maturo e completo, del FERRI. Ad ogni modo, e non si mancherà di rimarcarlo nel prosieguo del testo, non può essere sottaciuto che il "tipo" criminale del LOMBROSO possedeva una mera natura statistica. Vedi C. LOMBROSO, *L'uomo*, cit., Vol. I, prefazione.

<sup>(54)</sup> Merita qui un approfondimento il pensiero del DURKHEIM circa la distinzione, nei fenomeni sociali, tra la qualifica di "normale" e quella di "patologico". Una simile qualifica è di natura squisitamente statistica e si fonda sulla dicotomia "stato di salute/malattia". Un fenomeno sociale è patologico quando costituisce una «eccezione sia nel tempo che nello spazio». Il che significa, in relazione ad un individuo, che il "patologico" non dura tutta la vita e si riscontra in una minoranza di un dato gruppo ovvero, in relazione ad una società, che il "patologico" non dura tutto il suo ciclo e si riscontra soltanto in alcuni tipi sociali. Il corollario di una simile concezione è che un *certo* tasso di criminalità deve considerarsi un fenomeno sociale *normale* che certifica lo stato *sano* di una società. Tuttavia, precisa il DURKHEIM, affermare che il fenomeno criminale sia socialmente "normale" non equivale ad affermare la "normalità" del singolo criminale.

Su questa dissertazione si colloca la critica del FERRI che, al riguardo, si domanda come può un fenomeno, a livello sociale, essere qualificato come normale per poi guadagnare, a livello individuale, il carattere anormale (vedi E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. I, p. 195 ss.).

Ad una simile obiezione il DURKHEIM replicherebbe che la società è un *quid* non solo quantitativamente ma anche qualitativamente diverso dall'individuo che la compone: da qui si giustifica la nascita di una coscienza "collettiva" distinta ed autonoma da una coscienza "individuale".

Ma il sistema del sociologo di Épinal presta il fianco ad una obiezione più seria. Se è vero che la criminalità è un fenomeno sociale "normale", nondimeno è un fenomeno sociale altrettanto "normale" l'osservanza della legge penale, siccome costante nel tempo e nello spazio di ogni società. Ma, per il principio di non contraddizione, non può essere considerato "normale", allo stesso tempo, un fenomeno sociale ed il suo esatto speculare (*recte*: al contempo, l'osservanza e la violazione della legge penale). A livello sociale, dunque, si rischia una contraddizione logica che si supera agevolmente correggendo la formula del DURKHEIM e concludendo nel senso che la criminalità è, sì, un fenomeno sociale costante nel tempo e nello spazio di ogni società ma, all'interno di ciascun tipo sociale, è un fenomeno costante nella sua *inferiorità statistica* rispetto a quello speculare dell'osservanza della legge penale. In altri termini, la criminalità è costante nella sua *anormalità*. Vedi *amplius* E. DURKHEIM, *Les règles*, cit., p. 59 ss. e 72 ss..

<sup>(55)</sup> Ecco perché il FERRI elabora – esclusivamente sotto il profilo biologico ma senza alcuna pretesa criminogenetica – il concetto di "nevrosi criminale", patologia distinta «per sé da ogni altra forma patologica, atavica, degenerativa od altro». Vedi *amplius* E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. I, p. 212 ss..

Tornando al *punctum dolens* dell'antropologia criminale, vale a dire l'elaborazione del concetto di delitto "naturale", costituisce premessa necessaria l'autorevole definizione che ne offre il FERRI in termini di «offesa alle condizioni individuali e sociali di esistenza»<sup>(56)</sup>. Formula che non solo appare di significato vuoto ed evanescente ma che sembra fallire anche nei due tradizionali esempi adottati per tentare di "riempirla" di un contenuto appagante: l'omicidio ed il furto<sup>(57)</sup>.

Vedi, per la considerazione statistica del criterio della "normalità" e per il conseguente utilizzo, per indicare la delinquenza, del termine "anomia" in luogo di quello di "anormalità", E. ALTAVILLA, *La dinamica*, cit., Vol. II, p. 415 ss..

<sup>(56)</sup> E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. I, p. 139 ss., e Vol. II cit., p. 101 ss.. Problema affascinante ed insolubile quello del delitto "naturale": approfondito per primo dal GAROFALO, anche i criminalisti classici si sono cimentati nella ricerca di una definizione o, quantomeno, di una classificazione del delitto "naturale". Il magistrato napoletano lo ricostruisce come «la violazione dei sentimenti altruistici fondamentali della *pietà* e della *probità*, secondo la misura media in cui si trovano nell'umanità civile, per mezzo di azioni nocive alla collettività». Vedi R. GAROFALO, *Criminologia: studio sul delitto e sulla teoria della repressione*, Torino, Bocca, 1891, p. 2.

La definizione del FERRI risente molto ma, in un certo senso, raffina quella del GAROFALO, così limitata nella selezione degli interessi meritevoli di tutela al campo "sentimentale". Non può fare a meno di notarsi, oltretutto, l'inversione metodologica in cui è caduto il GAROFALO che, nel suo sistema, principia dalla definizione del "delitto" per poi procedere verso quella del "delinquente": come se potesse esistere un delitto "naturale" prima ed all'infuori di un delinquente "naturale"!

Tra i criminalisti classici, il ROMAGNOSI, dopo aver definito il delitto «ogni *atto* che in vigore de' diritti fra uomo, e uomo può essere oggetto di *pena* umana, è un atto libero, fatto con intelligenza, *nocivo* altrui, ed ingiusto», distingue tra delitti "naturali" e "fatti". Vedi G. ROMAGNOSI, *Genesi*, cit., I° ed., § 519 e III° ed., § 1542 ss..

A ben vedere, non è pertinente a questa tematica la distinzione del CARRARA tra delitti "sociali" e "naturali" perché, entrambi classificati come *mala in se*, si distinguono tra di loro a seconda della tipologia di danno immediato prodotto, rispettivamente pubblico (o universale) ovvero privato (particolare). Vedi F. CARRARA, *Programma*, cit., § 154 ss.. Questa peculiare dicotomia gli deriva tralaticciamente dal maestro CARMIGNANI che già distingueva i delitti "politici" da quelli "politico-civili": vedi G. CARMIGNANI, *Teoria*, cit., Vol. II, p. 100 ss.; ID., *Elementi*, cit., § 120 ss., 152 ss. e 703 ss..

Per una concezione del delitto di matrice schiettamente giuspositivistica, resta illuminante il pensiero del KELSEN per cui «non è una qualche qualità immanente né un certo rapporto con una norma metagiuridica, naturale o divina (cioè con un mondo che trascende il diritto positivo) a far sì che un certo comportamento umano debba essere considerato illecito o delitto; è soltanto ed esclusivamente il fatto che esso è elevato dall'ordinamento giuridico positivo a condizione di un atto coercitivo, cioè di una sanzione». Vedi H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, trad. it. di M. G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966, p. 133 ss..

<sup>(57)</sup> Questi "capostipiti" criminali rappresentano quella che il FERRI chiama la criminalità atavica, o anti-sociale in senso largo, per distinguerla dalla criminalità evolutiva o anti-sociale in senso stretto. Vedi, per l'evoluzione e le cause naturali dell'omicidio, E. FERRI, *L'omicida*, cit., p. 5 ss.. L'indeterminatezza storica ed antropologica del "delitto" appartenerrebbe dunque soltanto alla criminalità evolutiva. Questo microcosmo sempre mutevole contiene a volte i germi di un futuro "incivilimento" della società: sia sufficiente ricordare il classico esempio del delitto di sciopero. Per un'interessante concetto della "simbiosi", ossia della benefica utilizzazione del "delitto" e del "delinquente" da parte della società, vedi C. LOMBROSO, *L'uomo*, cit., Vol. III, p. 338 ss.: «chi

Lo stesso autore ricorda come in alcune isole esotiche costituisca dovere filiale uccidere i propri genitori giunti ormai in età senile. Ma esempi simili possono agevolmente moltiplicarsi: in effetti, qual è la differenza - dal punto di vista “naturale” - tra l’uccisione del derubato da parte del ladro e quella del nemico da parte del milite? Eppure la prima assicura l’ergastolo, la seconda una medaglia.

A questa osservazione, il FERRI replica arricchendo la sua definizione di delitto “naturale” con l’ausilio dei “motivi antisociali”. Ed è la resa delle armi. Per il maestro mantovano, soltanto quando l’offesa alle condizioni individuali e sociali di esistenza è determinata da “motivi antisociali” può realizzarsi il delitto “naturale” e, con esso, quella «offesa alla moralità media di un dato gruppo collettivo»<sup>(58)</sup>. Ma non è chi non veda come il valore della “socialità” sia attribuito

ha letto la vita dei pionieri d’Australia e d’America ha capito che essi erano criminali nati, pirati e assassini, utilizzati dall’umanità nella conquista di nuovi mondi, e che sfogavano nelle tribù selvagge quei bisogni d’azione, di lotta, di stragi e di novità che sarebbero divenuti un mostruoso pericolo nella madre patria».

Ecco perché, in tutte le opere del FERRI, l’attenzione si incentra esclusivamente sulla criminalità atavica ovvero, tradotto in termini normativi, sui “crimini” e “delitti” del codice sardo del 1859 ovvero sui “delitti” del codice ZANARDELLI. Tutti gli altri illeciti penali, ed in particolare modo le contravvenzioni, non costituiscono oggetto dell’antropologia criminale.

Anzi, il FERRI auspica – ed il suo progetto ne è un esempio lampante - un diritto penale “comune”, comprensivo dei soli “delitti”, distinto da un diritto penale “amministrativo”, proprio delle “contravvenzioni”. Soltanto quest’ultimo, e non l’intera branca penale come sosteneva il suo allievo GRISPIGNI, avrebbe avuto carattere “ulteriormente sanzionatorio” di precetti già disciplinati *aliunde*. Dalla distinzione tra un diritto penale comune ed uno amministrativo sarebbe dovuta discendere anche l’adozione di due codici diversi. Vedi *amplius* E. FERRI, *Principi*, cit., p. 122 ss.. Per una critica alla concezione del diritto penale come ramo “ulteriormente sanzionatorio” dell’ordinamento giuridico nonché alla separazione codicistica dei “delitti” dalle “contravvenzioni”, vedi AR. ROCCO, *Sul così detto carattere “sanzionatorio” del diritto penale*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1910, *passim*; ID., *L’oggetto*, cit., p. 356 ss.. Per la riconduzione nel diritto penale “amministrativo” di quelle contravvenzioni che, punite con sanzione penale, sono però definibili con sanzione amministrativa in via pregiudiziale, vedi S. LONGHI, *Sul così detto diritto penale amministrativo*, Milano, Società editrice Libreria, 1911, *passim*.

Simile all’idea del FERRI era quella del CARRARA per cui l’idea del “delitto”, coincidendo con la riprovevolezza morale, doveva tenersi distinta dall’idea della mera “trasgressione”: il primo afferente al “magistero penale”, la seconda a quello di “buon governo”. Vedi F. CARRARA, *Programma*, cit., Prolegomeni. Ancora una volta, si sente l’eco degli insegnamenti del CARMIGNANI che, a tal proposito, distingueva i delitti “veri e propri”, sovversivi di sicurezza privata e pubblica, dai delitti “di polizia”, o trasgressioni o contravvenzioni, sovversivi di privata e pubblica prosperità. Vedi G. CARMIGNANI, *Teoria*, cit., Vol. II, p. 46 ss. e 100 ss..

<sup>(58)</sup> E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. I, p. 145 e 170. Di talché sembra equivoca e riduttiva l’asserzione del FERRI per cui «l’ambiente sociale dà la forma al delitto, che ha la sua base nel fattore biologico». Questo perché l’ambiente sociale, lungi dal confezionare un “delitto” già configurato nei suoi elementi costitutivi, provvede proprio alla creazione ed alla elaborazione delle sue note essenziali.

di matrice contingente che, come un colpo mortale, palesa chiaramente la relatività storica di ogni figura delittuosa. È questo valore che, in ultima analisi, rileva ai fini della qualificazione normativa dell'uccisione di un uomo come omicidio, "pena capitale", azione per difesa legittima, azione bellica, ecc.<sup>(59)</sup>.

Rilievo già colto dal CARMIGNANI che così chiosava: «se la coscienza del genere umano bastasse a fissare il carattere delittuoso in un'azione dell'uomo, le condizioni della vita civile dovrebbero cercarsi in quella voragine senza fondo [...] Non vi ha enorme delitto, considerabile come tale dall'intimo senso non che dalla coscienza di tutti, fosse pur l'omicidio, ed il furto, il quale per gli aggiunti sempre variabili dell'azione dell'uomo o non divenga azione lecita, o non ne possa prendere le sembianze»<sup>(60)</sup>.

Se, dunque, altro non è che un truismo affermare che in ogni epoca e presso ogni popolo vi sia stata una forma di comportamento "stigmatizzata" dalla collettività, risulta *a contrario* impossibile concretizzare, in punto di note

<sup>(59)</sup> Così, se l'uccisione di un uomo costituisce un fatto delittuoso in un'epoca ma diviene azione penalmente lecita o addirittura doverosa in un'altra, non si può pretendere che i segni organici e psichici propri del delinquente "naturale" scompaiano e riaffiorino a seconda delle alterne vicende normative.

Dopo aver correttamente sottolineato che «si donc il existait un type criminel, ce type serait soumis à des fluctuations et à des metamorphoses qui, de siècle en siècle et de latitude en latitude, ne pourraient manquer de le rendre profondément dissemblable à lui-même», il TARDE conclude che «il n'est pas vrai que la nature des actes jugés utiles ou nuisibles, vertueux ou criminels, et leur échelle de graduation, soient déterminés par la nature et l'intensité relative des besoins propres à chaque âge. Elles sont plutôt en rapport avec un idéal d'honneur ou un contre-idéal de déshonneur, conçus l'un et l'autre à *propos* et non à l'image des besoins généraux, non actuels mais anciens [...] Qu'on recherche, par exemple, quel a été, à chaque phase des sociétés, l'acte réputé le plus criminel; on trouvera que c'est l'acte le plus contraire au dogme régnant. On trouvera de même que le bien réputé le plus précieux est celui qui satisfait le besoin le plus conforme à ce dogme». Vedi *amplius* G. TARDE, *La philosophie*, cit., p. 224 e 405 ss..

<sup>(60)</sup> G. CARMIGNANI, *Teoria*, cit., Vol. I, p. 48 ss.. In senso conforme anche F. GRAMATICA, *Principi*, cit., p. 45 ss.; E. CARNEVALE, *Il naturalismo*, cit., *passim*. In particolare, quest'ultimo conclude: «un'azione umana non si qualifica *delitto* da sé medesima e per sé medesima; la qualificazione viene dalla società in mezzo a cui essa si svolge». Nonostante l'autore affermi di negare l'esistenza di un diritto "naturale", conclude che «bisognerebbe cominciare dall'affermare che il diritto è essenzialmente un *prodotto sociale*, ma riconoscendo che è per esso un'esigenza razionale il conformarsi alla natura delle cose. Gli aggregati umani lo stabiliscono; ma debbono stabilirlo secondo una tale natura. Così intesa, è chiaro che noi possiamo ammettere una *legge giuridica naturale*, ed in conseguenza una *criminalità naturale*». Da qui, il CARNEVALE preferirà parlare di diritto "razionale", ossia di un diritto strettamente positivo che tende però ad un ideale di giustizia, tornando così senza volerlo sui binari del giusnaturalismo. E che la sua argomentazione sia di simile matrice lo si evince anche quando, distinguendo tra sfera del "dover essere" e sfera dell'"essere", sostiene che «l'ideale non è l'irreale, come volgarmente si intende, ma solo il reale futuro, posto dalla ragione sui dati positivi». Vedi E. CARNEVALE, *Le due realtà nel diritto criminale: la realtà della legge e quella del mondo in cui opera*, Milano, Vallardi, 1938, p. 4.

costitutive, questa condotta “criminosa”. Ma, se quanto precede è corretto, l’inconsistenza del concetto di delitto “naturale” annulla la relazione esistente tra questo ed il delinquente “naturale” il quale, per la soppressione di uno dei due estremi, smarrisce il proprio riferimento logico e, pertanto, risulta screditato di ogni valore concettuale.

Nondimeno, su questo falso mito giusnaturalistico ha origine la classificazione positivista dei delinquenti<sup>(61)</sup>. Considerando la diversa influenza eziologica dei triplici fattori<sup>(62)</sup> – biologici, sociali e cosmo-tellurici - si elaborano cinque caselle ove si elencano, in ordine decrescente di *pericolosità*, il delinquente pazzo<sup>(63)</sup>, il delinquente “nato”<sup>(64)</sup>, il delinquente abituale<sup>(65)</sup>, il delinquente occasionale<sup>(66)</sup> ed infine il delinquente per passione<sup>(67)</sup>.

---

<sup>(61)</sup> Sulla quale vedi *amplius*, anche per le distinzioni richiamate nelle note successive, E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. I, p. 259 ss.; ID., *Principi*, cit., p. 263 ss.. Il TARDE, dopo aver criticato i precari risultati scientifici che costituivano la base del “type criminel”, propone come alternativa il suo “type professionnel” in cui inserisce *lato sensu* anche il delinquente. Il principio sancito è che l’ambiente sociale modelli e plasmi una sorta di “physique de l’emploi”. Ed è proprio questa eccessiva importanza attribuita alla componente sociologica a condurlo alla distinzione tra criminalità “urbana” e “rurale”, legate tra di loro da un rapporto quantitativo inversamente proporzionale. Vedi *amplius* G. TARDE, *La philosophie*, cit., p. 61 ss..

Da ultimo, è interessante notare come già il ROMAGNOSI parlasse di una “classe” di delinquenti “a parte” che difettava di “valore sociale”: vedi G. ROMAGNOSI, *Genesi*, cit., III ed., § 1526 ss..

Sul valore della confessione giudiziale e stragiudiziale dei vari delinquenti classificati, vedi E. ALTAVILLA, *Psicologia giudiziaria*, Torino, Utet, 1949, p. 299 ss..

<sup>(62)</sup> Per una disamina dettagliata dei tre fattori genetici della delinquenza, vedi *amplius* il capitolo successivo circa la teoria della pericolosità sociale elaborata dal FERRI.

<sup>(63)</sup> Per un’analisi dettagliata dei delinquenti pazzi, vedi C. LOMBROSO, *L’uomo*, cit., Vol. II, p. 266 ss. e 347 ss. (ove riproduce il parallelismo tra fattispecie incriminatrice e figure psichiatriche: ad esempio, incendio e piromania, furto e cleptomania, ecc.); E. FERRI, *L’omicida*, cit., p. 259 ss..

Il delinquente pazzo, che si distingue dal pazzo delinquente, si divide in due ulteriori categorie: i veri alienati di mente ed i psico-neuropatici. L’ALTAVILLA, dopo aver proceduto ad una dettagliata analisi dei disturbi della coscienza e della volontà, delle malattie fisiche e mentali di natura “criminogena”, si sofferma sui criteri da seguire e gli accertamenti da effettuare nella diagnosi giudiziale di morbosità del delinquente. Vedi *amplius* E. ALTAVILLA, *La dinamica*, cit., Vol. I, p. 167 ss., e Vol. II, p. 415 ss..

Non si deve dimenticare, però, che il “genio” era considerato dal LOMBROSO una varietà frequente della pazzia e che, lungi dal condurre necessariamente alla commissione di un “delitto”, poteva al contrario essere foriero di mirabili imprese. Vedi *amplius* per il resoconto clinico di celebri “geni alienati” - come ad esempio NEWTON, ROUSSEAU e PASCAL - ovvero di alcuni “pazzi di genio”, C. LOMBROSO, *Genio e follia*, Milano, Hoepli, 1877, *passim*.

<sup>(64)</sup> Questa formula, dal chiaro contenuto metaforico, è stata spesso ed intenzionalmente presa alla lettera e fatta oggetto di critiche ironiche: «le criminel de naissance serait en quelque sorte un très vieux portrait de famille réapparaissant de temps en temps» (vedi G. TARDE, *La philosophie*, cit., p. 64).

Classificazione antropologica nella teoria ma che, nel progetto FERRI, acquista cittadinanza giuridica<sup>(68)</sup>. Tuttavia, ciò che è concesso all'antropologia criminale non è, invece, consentito al diritto penale, neanche a quello ferriano.

---

I delinquenti nati (o congeniti) si dividono in primitivi, bestiali e genialoidi. Grazie al LOMBROSO si è intuita un'equivalenza tra i delinquenti nati ed i c.d. pazzi morali, soggetti in cui è data riscontrare una piena atrofia del senso sociale del lecito e dell'illecito associata ad una apparente integrità del raziocinio logico. Per l'ALTAVILLA, al contrario, le due categorie non possono essere affrancate [?] perché mentre nel delinquente "endogeno" vi sarebbe una vera e propria tendenza al delitto (*id est*: il reato è fine a sé), nel c.d. pazzo morale, che rimane un vero e proprio pazzo, "palpita" una personalità egocentrica incurante dei diritti altrui (*id est*: il reato è mezzo per il raggiungimento di un piacere): vedi E. ALTAVILLA, *La subiettivizzazione del diritto penale nel progetto Rocco*, in *La Scuola Positiva*, 1928, p. 12 ss.. Successivamente, lo stesso autore avalla la posizione lombrosiana, specificando che il pazzo morale costituisce una *species* del delinquente nato: vedi E. ALTAVILLA, *La dinamica*, cit., Vol. II, p. 493 ss.. Infine, anche per il GEMELLI la pazzia morale, lungi dall'essere una sorta di "daltonismo del senso etico", è vera e propria pazzia: A. GEMELLI, *Le dottrine*, cit., p. 98 ss..

<sup>(65)</sup> I delinquenti abituali si distinguono in: "per tendenza congenita", "per abitudine acquisita", "per debolezza fisio-psichica" e "per professione". La distinzione tra delinquenti nati e delinquenti abituali è che, *coeteris paribus*, negli ultimi prevalgono i fattori antropologici acquisiti mentre nei primi quelli congeniti, i quali comportano una vera e propria "predisposizione al delitto" in analogia a quei fattori che comportano una predisposizione ad una determinata patologia. Entrambe le categorie, però, sono caratterizzate da precocità ed alto tasso di recidiva, fattore quest'ultimo considerato dal LOMBROSO come la regola, e non l'eccezione, nella vita criminale (C. LOMBROSO, *L'uomo*, cit., Vol. I, p. 471). Si deve tuttavia precisare che il FERRI è solito distinguere tra indice *legale* di abitualità, o recidiva, ed indice *psicologico* di abitualità, o vera abitualità, così che si può essere recidivi senza essere abituali.

<sup>(66)</sup> Divisi dal LOMBROSO in criminaloidi ed in pseudo-criminali: C. LOMBROSO, *L'uomo*, cit., Vol. II, p. 507. La classificazione è accolta anche dal FERRI che, nella categoria degli pseudo-criminali, ricomprende anche i delinquenti involontari o colposi. Questi si distinguono in: "per minore sensibilità morale", "per insufficiente abilità tecnica", "per scarsa attenzione" o "per condizioni eccezionali".

Tuttavia, non è chi non veda come gli pseudo-criminali, non riproducendo le caratteristiche della criminalità atavica, dovrebbero essere coerentemente espunti dalla suddetta classificazione. Nota correttamente l'ALTAVILLA che, in relazione ai delitti colposi, si dovrebbe parlare di "asocialità" – intesa come una «inferiorità ad una particolare estrinsecazione professionale» - piuttosto che di anti-socialità e di immoralità. Vedi E. ALTAVILLA, *L'appartenenza*, cit., p. 7.

<sup>(67)</sup> Divisi dal FERRI in emotivi e passionali. Vedi anche C. LOMBROSO, *L'uomo*, cit., Vol. II, p. 204 ss. e, per lo studio psicologico degli stati emotivi e passionali, E. ALTAVILLA, *Psicologia*, cit., p. 69 ss.; ID., *La dinamica*, cit., Vol. I, p. 82 ss..

Attualmente, l'art. 90 c.p., in ordine all'esclusione o alla diminuzione dell'imputabilità, è rigoroso nell'affermare l'assoluta irrilevanza, di per sé soli, degli stati emotivi e passionali. Da ciò la forte critica dell'ALTAVILLA che, rispetto alle affermazioni *tranchants* di molti giuristi circa la dominabilità delle passioni umane, conclude: «ma è veramente vero che lo si può sempre? Ecco perché tante volte nelle aule di giustizia si sente la nostalgia di quella «forza irresistibile» di cui parlavano il codice sardo e l'abrogato codice militare italiano, che consentivano sentenze socialmente giuste, in casi in cui la volontà, traumatizzata dall'emozione e logorata dalla passione, era stata travolta a compiere un'azione tendente alla affermazione di un principio etico, nella quale non si poteva intravedere il pericolo della commissione di futuri reati».

<sup>(68)</sup> A titolo esemplificativo, nel progetto FERRI il delinquente pazzo veniva disciplinato dagli artt. 32 e 33, i delinquenti nati ed abituali dagli artt. 27-31 ed il delinquente per passione dall'art. 22, n. 3).



Dal punto di vista scientifico è condivisibile sostenere che tra le varie classi non esista alcuna netta cesura bensì una continua sfumatura contenuta tra gli estremi dei delinquenti nati, ossia degli “eterni inquilini delle prigioni”, e dei delinquenti passionali, ossia di coloro che sono travolti *una tantum* da un “uragano psicologico”. Una sagoma psico-fisica, dunque, che risulta incerta nei suoi contorni come, d'altronde, l'espressione di ogni media statistica. In tal senso, il delinquente “naturale” è l'antesignano del moderno *identikit* ampiamente utilizzato nella criminalistica forense<sup>(69)</sup>.

---

La base scientifica da cui si erige la classificazione positivista dei delinquenti costituisce la premessa della critica dell'ALTAVILLA che censura il diritto “libero” nazista perché, in un'analoga classificazione, si affida alla “coscienza popolare”. Vedi E. ALTAVILLA, *Il delinquente*, cit., p. 6 ss..

<sup>(69)</sup> Un errore di valutazione ormai consueto è quello di ridurre l'antropologia criminale alla misurazione dei crani o, peggio ancora, alla frenologia. Una tale misurazione, che neanche occupava il ruolo principale negli esami e nelle analisi lombrosiane, è servita soltanto come ipotesi di lavoro ed approccio a ricerche più complesse sul funzionamento del cervello. Per quanto concerne la frenologia, invece, si può affermare che essa sta all'antropologia come l'alchimia sta alla chimica. Vedi E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. I, p. 136 ss. e, per il risalto nelle note fisiche “criminali” delle linee e dell'espressione della fisionomia, 171 ss.. Vedi, per la riproduzione atavica nel delinquente “naturale” delle note fisiche e psichiche del fanciullo e del selvaggio nonché per l'analisi dei caratteri organici abnormi riscontrati anche sugli “onesti”, C. LOMBROSO, *L'uomo*, cit., Vol. I, p. 98 ss. e 303; E. ALTAVILLA, *La dinamica*, cit., Vol. I, p. 61 ss..

Un simile errore di valutazione viene commesso anche dall'ALIMENA che conclude la sua analisi con la seguente ovvietà, mai messa in discussione dai positivisti, per cui «non è vero che si possa, con un semplice sguardo, riconoscere, in mezzo ad una folla, l'omicida, il feritore, lo stupratore, il ladro, il falsario, il truffatore». Vedi B. ALIMENA, *La scuola*, cit., p. 13 ss.. In senso critico alla tesi positivista, vedi anche A. GEMELLI, *Le dottrine*, cit., p. 26 ss.; G. TARDE, *La philosophie*, cit., p. 220 ss.. A proposito degli studi del LOMBROSO, nota ironicamente e senza garbo il RADZINOWICZ che: «se foste tentati di imbarcarvi in una simile lettura, vi sentireste come colui che si muove in un confuso, fantastico negozio di antichità, fuori del mondo». Vedi L. RADZINOWICZ, *Ideology and crime*, trad. it. di F. Ferracuti, *Ideologia e criminalità*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 44.

I risultati e le metodologie talvolta grezze del LOMBROSO non rendono certo meno onore a chi, per primo, ha compreso la fondamentale importanza degli studi antropologici nell'analisi del fenomeno delinquenziale. Molte di quelle che oggi sono declamate come “scoperte” dalla criminologia moderna altro non sono che lo sviluppo di intuizioni che il LOMBROSO elaborava già alla fine del XIX secolo. Ma un simile debito scientifico troppo spesso non viene riconosciuto. Si prenda, a titolo esemplificativo, le correlazioni positive tra delinquenza aggressiva e sviluppo dell'apparato muscolare ovvero quella tra delinquenza economica ed alto tasso di istruzione. Ovvero, ancora, l'uso frequente nella delinquenza organizzata del costume del tatuaggio (come, ad esempio, nelle attuali *gangs* dei *latinos*), di un gergo particolare (come, ad esempio, negli attuali sodalizi mafiosi) e di “segni” di comunicazione affatto peculiari (quelli che il LOMBROSO definiva i “geroglifici criminali”). Senza dimenticare, infine, i contributi apportati nel campo della polizia scientifica (ad esempio, il metodo di identificazione del *bertillonage* ovvero il tachi-antropometro dell'ANFOSSO). E gli esempi potrebbero moltiplicarsi.

Obiezione, invece, condivisibile è quella di un ostentato sessismo in numerose conclusioni delle sue ricerche: vedi *amplius* C. LOMBROSO, *L'uomo*, cit., Vol. III, p. 135 ss. e 310 ss.. Una critica che, lungi dall'essere nota costante dei positivisti, è da muovere più correttamente ad

Dal punto di vista giuridico, però, non si comprende come il giudice possa applicare con sicurezza una certa disciplina normativa, in particolare sanzionatoria, alle ipotesi (sicuramente più numerose) caratterizzate da una controversa qualificazione antropologica. Ed allora ecco che sorgono e proliferano i problemi di “etichettamento”<sup>(70)</sup>.

Ma l'ottimismo positivistico ha pervaso i compilatori del codice ROCCO così che, in questo sistema normativo, ogni tipo legale criminologico trova una sua precisa collocazione normativa. Il tipo normativo “medio”, in relazione al quale sono costruiti gli istituti giuridici fondamentali, è il delinquente “occasionale” mentre le varianti di questo tipo sono rappresentate dal delinquente “pazzo” (artt. 88 ed 89), dal delinquente “nato”<sup>(71)</sup> (art. 108), dal delinquente “abituale” (artt. 102-105) e dal delinquente “passionale” (art. 90).

Non risulta affatto agevole pervenire ad una sia pur sommaria conclusione circa l'importanza del contributo apportato dall'antropologia criminale. Si può forse affermare che l'obiettivo dichiarato, vale a dire il rinnovamento scientifico della materia penale, sia stato solo parzialmente raggiunto.

E non certo attraverso l'opaco ritratto – spesso inafferrabile scientificamente ed intraducibile normativamente - di questo o quel delinquente. Ma, semmai, attraverso l'enorme fecondità degli studi condotti su concetti

---

un'intera epoca posto che accomuna, assieme al LOMBROSO, anche celebri criminalisti classici come il CARRARA ed i suoi illustri predecessori CARMIGNANI e BECCARIA. Si pensi che il CARMIGNANI sosteneva che il sesso muliebre, influenzando sull'“intendimento”, fosse cagione di minore forza morale del delitto e che la donna, a causa della sua “supposta imbecillità d'intelletto”, dovesse essere oggetto di tutela di polizia governativa onde prevenire le offese dovute alla sua “debolezza del sesso”! Vedi *amplius* G. CARMIGNANI, *Teoria*, cit., Vol. II, p. 172 ss., Vol. III, p. 311 ss.; ID., *Elementi*, cit., § 184.

<sup>(70)</sup> A titolo esemplificativo: posto che l'art. 27 del progetto FERRI disciplinava il delinquente abituale - al quale l'art. 1, comma 2, del medesimo progetto negava il beneficio della retroattività della legge penale più favorevole – come avrebbe potuto il giudice identificare con sicurezza la “persistente tendenza al delitto” che connotava questa tipologia delinquenziale? E se il soggetto al suo vaglio fosse stato caratterizzato da numerosi fattori a cavaliere tra la linea di confine che separa il delinquente abituale da quello pazzo?

<sup>(71)</sup> Sebbene il GEMELLI tenti di negarlo qualificando la “tendenza a delinquere” come «una formula grazie alla quale non si entra nella discussione scientifica della spiegazione e della genesi del fatto». Vedi A. GEMELLI, *Il progetto*, cit., 24 ss.. Nello stesso senso, però, anche il FLORIAN per cui il codice avrebbe recepito la classificazione ferriana «ad eccezione del delinquente nato, che il codice ignora». Vedi E. FLORIAN, *Trattato*, cit., Vol. I, p. 358 ss.. Vedi, per l'analisi delle forme di c.d. pericolosità sociale qualificata, il quinto paragrafo dell'ultimo capitolo.

fondamentali appartenenti tanto al diritto di polizia quanto al diritto penale, primi tra tutti quelli di infermità mentale e di ubriachezza<sup>(72)</sup>.

---

<sup>(72)</sup> Si consideri che un autorevole criminalista classico, il ROSSI, aveva ancora questa idea della follia e, in particolare, della monomania: «ma questo parziale soffocamento della umana ragione gli è imputabile, perchè è il risultato della sua vita intera, di una vita tutta di libertà e responsabilità morale. Noi dunque non siamo rimasti nè scandalizzati nè sorpresi nel vedere la umana giustizia colpire della sua spada i parricidi e gli assassini che erano ardentemente monomani. Non ci sembrò solo utile la loro punizione, ma l'abbiamo giudicata ancor più giusta che utile». Vedi P. ROSSI, *Traité*, cit., p. 127 ss..

4. — LA SOCIOLOGIA CRIMINALE. LE STATISTICHE “MORALI” ED I LORO LIMITI EURISTICI. LE LEGGI DELL’IMITAZIONE DEL TARDE. L’“ERMETISMO SOCIALE” DEL DURKHEIM. IL “DETERMINISMO ECONOMICO” DEL TURATI. NUMERO OSCURO DELLA CRIMINALITÀ E DELINQUENZA “RIFLESSA”. L’EVOLUZIONE DALLA CRIMINALITÀ VIOLENTA A QUELLA FRAUDOLENTA. LA LEGGE DI “SATURAZIONE CRIMINOSA”.

La sociologia criminale, ossia lo studio della società nelle sue manifestazioni criminose, nasce col QUÉTELET e con la sua statistica “morale”<sup>(73)</sup>.

A differenza dell’antropologia criminale, questa scienza appare più matura. La sua base, invero, è strutturata e ben solida perché può attingere dai granitici contributi di sociologi come il COMTE, lo SPENCER ed il DURKHEIM. Ed è proprio l’insegnamento di quest’ultimo che si cristallizzerà nella regola aurea della metodologia sociologica: prescindendo da ogni asserito carattere intrinseco di verità o di giustizia, l’osservatore ha il dovere di «considerare i fatti sociali come cose»<sup>(74)</sup>.

Sin dagli albori la sociologia criminale percepisce la potenza espressiva dello strumento statistico. Il QUÉTELET, per primo, aveva notato come i fatti sociali più legati alla volontà individuale (matrimoni, delitti, suicidi, ecc.) si riscontrassero, ogni anno, con una regolarità sorprendentemente costante, «sans

---

<sup>(73)</sup> Sulla disputa della paternità della sociologia criminale – tradizionalmente contesa tra il QUÉTELET ed il GUERRY – si può affermare che mentre le “*recherches statistiques sur le Royaume des Pays-Bas*” del QUÉTELET viene pubblicato nel 1829, l’“*essai sur la statistique morale de la France*” del GUERRY viene dato alle stampe nel 1833. Ad ogni modo, mentre il QUÉTELET affianca alla statistica criminale anche un metodo esplicativo sociologico, il GUERRY (che di professione era un avvocato) rimane su di un piano prevalentemente espositivo. Vedi *amplius* L. RADZINOWICZ, *Ideology*, cit., p. 27 ss..

Il NICEFORO, al contrario, nega al matematico ed astronomo di Gent la paternità della sociologia criminale, ritenuta genuino prodotto della Scuola Positiva italiana. Vedi, per l’analisi del pensiero e delle numerose opere del poliedrico QUÉTELET, A. NICEFORO, *Adolfo Quetelet e la sociologia generale e criminale*, in *La Scuola Positiva*, 1925, p. 154 ss. e *passim*.

<sup>(74)</sup> E. DURKHEIM, *Les règles*, cit., p. 36 ss. e 44 ss.. Il fatto sociale è tale perché caratterizzato dall’esteriorità e dalla coercizione. “Esteriorità” rispetto alla coscienza individuale: la società dispone di una propria coscienza collettiva qualitativamente diversa da quella individuale. “Coercizione”, o pressione sociale, nei confronti dei membri di un gruppo: «noi siamo allora vittime di un’illusione che ci fa credere che abbiamo elaborato da noi ciò che si è imposto dal di fuori». Dai due requisiti dell’esteriorità e della coercizione nasce la “generalità”. Ecco perché il campo della sociologia, scienza descrittiva per eccellenza, è la normatività del tipo sociale, ossia il complesso di norme ed istituzioni che lo regolano. Ed è così che i fatti sociali, «lungi dall’essere un prodotto della nostra volontà, essi la determinano dal di fuori; sono in un certo senso gli stampi in cui siamo costretti a versare le nostre azioni».

qu'il y ait jamais eu une exception». Il libero arbitrio, anche a volerne ammettere l'esistenza nella più intima delle sfere volitive, «s'efface et demeure sans effet sensible quand les observations s'étendent sur un grand nombre d'individus»<sup>(75)</sup>.

L'elaborazione a livello sociale dei numerosi dati raccolti consentiva così di stilare delle graduatorie ove applicare «les nombres à l'appréciation des qualités morales de l'homme»: ecco cosa si intende per statistiche “morali”<sup>(76)</sup>.

Ma se è vero, come diceva il TARDE, che «la sociologie est le microscope solaire de la psychologie»<sup>(77)</sup>, è altrettanto vero che se non sono sapientemente utilizzate le lenti adatte, l'osservazione statistica fatalmente ne risente. I “barometri politici”, come li chiamava il BENTHAM, sono armi sociologiche potenti ma assai difficili da maneggiare: presentano inevitabili limiti euristici che inficiano, se non addirittura inquinano, i risultati delle ricerche effettuate<sup>(78)</sup>.

---

<sup>(75)</sup> Non a caso il QUÉTELET, in ottica schiettamente deterministica, chiamava la sociologia “meccanica sociale” o “fisica sociale”. Vedi *amplius* L.A. J. QUÉTELET, *Sur la statistique*, cit., p. 3 ss. e 18.

<sup>(76)</sup> L.A.J. QUÉTELET, *Sur la statistique*, cit., p. 34. A differenza di molti sociologi citati nel testo, il QUÉTELET è uno dei pochi che riconosce incidenza causale tanto ai fattori endogeni quanto a quelli esogeni (o “cause perturbatrici”, secondo il linguaggio del QUÉTELET).

Anche lo SPENCER sostiene che il progresso ed il tipo di vita sociale sia il portato di una costante interazione tra i fattori “originali” di tipo individuale (fisici, emozionali, intellettivi) ed ambientale (clima, suolo, flora, fauna), i corrispondenti fattori “derivati” o “secondari” ed infine alcuni fattori “addizionali” che costituiscono una congerie infinita di “credenze” (culto degli antenati, della natura, le divinità, la superstizione, ecc.). Vedi H. SPENCER, *The principles*, cit., p. 85 ss., 92 ss. e 115 ss..

Per una polemica con la statistica “morale” dell'OETTINGEN, e più in generale con i giudizi etici impliciti in ogni statistica “morale”, vedi E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. I, p. 336 ss., che al riguardo precisa come dai dati inerenti alla delinquenza non può cadersi nella «velleità di giudicare da un solo elemento unilaterale e negativo tutto il plasma complesso ed iridescente della moralità di un popolo».

<sup>(77)</sup> G. TARDE, *La philosophie*, cit., p. 119.

<sup>(78)</sup> Spetta al CROCE sconfessare il luogo comune che, sulla base della coppia concettuale statica-dinamica, ha ricostruito la storia alla stregua di una “statistica in movimento”. La differenza tra le due discipline, invero, risiede piuttosto nel fondamentale rilievo che la storia fornisce dati qualitativi, la statistica dati quantitativi. Nella storia, come in ogni giudizio individuale, non si può eliminare una traccia di soggettività, intesa nella accezione crociana di conoscenza del concetto e non di mera passionalità nel giudizio. Non ha alcun senso, in altri termini, distinguere tra giudizio di fatto (storia) e giudizio di valore (critica della storia) perché entrambi risultano connaturati al giudizio storico.

Questa conclusione del CROCE deve essere contestualizzata nella più ampia teoria elaborata dal filosofo di Pescasseroli circa le forme di conoscenza e la divisione del sapere. Le due forme teoretiche pure di conoscenza sono l'intuizione ed il concetto. L'intuizione pura è la forma conoscitiva dell'arte e della poesia; il concetto puro della filosofia. In particolare, il concetto costituisce la sintesi (*recte*: l'unità nella distinzione) in cui si fondono il giudizio definitorio o filosofico e quello individuale o storico. I due giudizi, logicamente identici, si distinguono a seconda della prevalenza accordata, rispettivamente, al predicato del giudizio ovvero al soggetto

Il patologico rischio insito in queste delicate indagini, ammonisce il FERRI, è quello di travisare semplici oscillazioni annuali e transitorie per tendenze generali e costanti<sup>(79)</sup>.

Al riguardo le cautele da adottare sono due. In primo luogo, la base della osservazione deve essere la più ampia possibile, senza accordare indebiti privilegi ad alcuni dati rispetto ad altri. Da qui le considerazioni critiche mosse dal positivismo ad alcuni approcci statistici dall'orizzonte assai limitato: le leggi dell'imitazione del TARDE<sup>(80)</sup>, l'“ermetismo sociale” del DURKHEIM<sup>(81)</sup> ovvero

giudicante. Da qui deriva l'identità crociana tra storia e filosofia: un'unica forma del sapere nella sintesi del giudizio definitorio ed individuale.

La storia può essere divisa, dal punto di vista logico, secondo i concetti che determinano la costruzione storica (storia del fare e del conoscere, dell'attività pratica e della produzione estetica, ecc.) ovvero, dal punto di vista pratico, secondo il materiale rappresentativo (storia dello stato, della famiglia, ecc.). L'errore dei teorici della storiografia è stato quello di aver elevato i giudizi storici di natura classificatoria al rango di caratteri costitutivi della disciplina storica stessa laddove tali giudizi appaiono, tutt'al più, meri *posterius* di natura descrittiva. Dimostrato che la storia non può essere ricostruita come una statistica in movimento, il CROCE conclude che tutti i tentativi di ridurla a scienza “naturale” non hanno fatto altro che sostituire «alla narrazione della realtà individua l'esibizione di pallidi schemi e di vuote astrazioni, che si adattano a tutte o a parecchie epoche insieme». Vedi *amplius* B. CROCE, *Logica*, cit., p. 167 ss., 189 ss. e 203 ss..

<sup>(79)</sup> Vedi *amplius* le stesse analisi statistiche che l'autore riporta: E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. I, p. 377 ss..

<sup>(80)</sup> Per il magistrato di Sarlat non solo l'imitazione rappresenta la genesi della delinquenza ma costituisce anche il fondamentale *discrimen* tra il comportamento del responsabile e quello dell'irresponsabile. «Le criminel imite toujours quelqu'un, même lorsqu'il invente, c'est-à-dire lorsqu'il combine utilement des imitations de sources diverses; il a toujours besoin d'être encouragé par l'exemple et l'approbation d'un groupe d'hommes, soit un groupe d'ancêtres, soit un groupe de camarades, d'où a dualité du crime-coutume et du crime-mode. C'est précisément en cela que le criminel est un être social, qu'il appartient à la société, et que, comme tel, il est responsable. Le fou au contraire n'imite pas le fou ni personne. Il peut exister des ressemblances vagues entre les actes de folie commis par des fous différents; mais cette similitude, toujours moindre du reste que celle des crimes de même espèce, n'est jamais un effet de l'imitation». È sempre per effetto dell'imitazione che, secondo una direzione che discende “dall'alto verso il basso”, i centri rurali “imiterebbero” i delitti propri dei centri urbani. Vedi *amplius* G. TARDE, *La philosophie*, cit., p. 267 ss. e 340 ss..

Per una sferzante critica alle fondamenta della teoria sociologica tardiana, vale a dire al connubio “invenzione-imitazione”, ed in particolare alla concezione dell'invenzione come insieme di cose o comportamenti già da altri “imitati”, vedi l'accusa di “psicologismo tendenzioso” avanzata da E. FERRI, *La teoria sociologica del Tarde*, in *Studi sulla criminalità ed altri saggi*, Torino, Bocca, 1901, p. 433 ss..

<sup>(81)</sup> Il principio di omogeneità del DURKHEIM postula che ogni effetto sociale ha sempre e soltanto una causa sociale. Ad esso si affianca il principio di reciprocità per cui ogni effetto sociale, a sua volta, mantiene in vita ed alimenta la propria causa sociale. Se l'omogeneità eziologica è la miopia dell'indagine sociologica del DURKHEIM, frutto della ermetica distinzione degli oggetti delle varie scienze, la reciprocità eziologica – che fonda la c.d. causalità circolare o di retroazione adottata in criminologia (e raffigurata dalla formula “ $A \leftrightarrow B$ ”) – è una forzata critica che l'autore assume nei confronti di quei sociologi, come il COMTE e lo SPENCER, che appiattiscono il concetto

l'esacerbazione, da parte del TURATI, della miseria come esclusivo fattore criminogeno<sup>(82)</sup>. L'autorevolezza e la caratura dottrinale di questi autori non

---

di "funzione sociale" su quello di "causa sociale", diluendo due questioni che il sociologo di Epinal tiene a distinguere nettamente.

Per il COMTE, invero, la causa dei fatti sociali, secondo una sorta di finalismo storico-evolutivo, è da rinvenire nella continua evoluzione e nella realizzazione sempre più perfetta del genere umano: vedi I.A.M.F.X. COMTE, *Cours*, cit., p. 43 ss..

Per lo SPENCER, invece, la causa dei fatti sociali, secondo una sorta di finalismo utilitaristico, è da rinvenire nell'istinto di "cooperazione" degli individui verso un medesimo fine: vedi H. SPENCER, *The principles*, cit., Vol. I, p. 570 ss. (anche per la distinzione tra i concetti di "giustapposizione" e "cooperazione", raffiguranti rispettivamente l'elemento quantitativo e quello qualitativo della società).

In sintesi, sia per il COMTE che per lo SPENCER la causa sociale coincideva sempre con una funzione sociale di valore positivo: un fenomeno esiste perché ha carattere evolutivo ovvero apporta qualche utilità. Ma per il DURKHEIM un'imparziale osservazione dei fatti sociali smentisce categoricamente queste premesse, ritenute più ideologiche che scientifiche. Al "progresso" del COMTE obietta che nella realtà nascono e muoiono società particolari ed indifferenti le une alle altre. Alla "cooperazione" dello SPENCER risponde invece che una simile funzione sociale risulta inidonea a spiegare la complessa totalità della vita sociale. Un'analoga critica avrebbe mosso anche alla costruzione del TARDE che, per quanto concerne l'evoluzionismo umano, afferma che: «cette irréversibilité est la caractéristique de toutes les transformations naturelles, non seulement organiques, mais physiques. Nul être n'a rétrogradé sur le chemin de la vie, nul fleuve n'est remonté à sa source. Pourquoi? Nous l'ignorons le plus souvent; mais il semble que, en ce qui concerne le monde social, le jeu des lois de l'imitation explique très bien l'impossibilité de cette rétrogradation : la nécessité de leur application la suppose». Vedi G. TARDE, *La philosophie*, cit., p. 398 ss..

Nondimeno, ed è qui che si manifesta un'altra debolezza della argomentazione del DURKHEIM, il sociologo di Epinal si trova costretto, alla fine, ad ammettere che «se l'utilità del fatto non è ciò che lo fa essere, occorre generalmente che esso sia utile per poter persistere: se non serve a niente, ciò basta a renderlo nocivo, poiché in questo caso costa senza rendere. Se la generalità de fenomeni sociali avesse quindi questo carattere parassitario, il bilancio dell'organismo risulterebbe in passivo e la vita sociale sarebbe impossibile».

A ciò si aggiunga che, se condotta ai consequenziali corollari, la teoria della causalità circolare provoca un'aporia irrimediabile. Se, invero, ogni effetto sociale mantiene in vita ed alimenta la propria causa sociale, ciò significa che, prodotto un determinato effetto sociale (*recte*: un complesso di regole ed istituzioni), si realizzerebbe di conseguenza un effetto statico e conservativo per cui diverrebbe impossibile la configurazione dell'evoluzione del tipo sociale. Una vera e propria paralisi metodologica: ecco, dunque, il frutto della forzata conciliazione tentata tra il concetto di causa sociale e quello della sua funzione. Vedi *amplius* E. DURKHEIM, *Les règles*, cit., p. 38 ss., 91 ss. e 107 ss..

<sup>(82)</sup> L'esaltazione del materialismo storico del MARX conduce inevitabilmente a quello che il FERRI chiama il determinismo "economico".

Questa distorsione concettuale non sembra considerare che, in primo luogo, vi sono alcuni delitti che non hanno alcuna correlazione diretta con il malessere economico: a titolo esemplificativo, i delitti contro le persone ovvero contro l'onore. In secondo luogo, il socialismo tende ad ignorare completamente le correlazioni positive tra alcune forme di delinquenza e la disponibilità di ricchezze economiche ovvero l'acquisizione di posizioni professionali elevate. «Ma, protestano giubilando i facili socialisti: - e come non vi accorgete che tutto ciò appunto, mentre è il marchio di infamia alla iniquità delle condizioni presenti, diverrà invece l'aureola di felicità e di gloria nelle condizioni future, profetizzate dal socialismo?». A questa domanda, il FERRI risponde sconsciando i due capisaldi della rivoluzione sociale: l'educazione morale dell'individuo ed il nuovo ambiente sociale. Nel nuovo ordinamento, si auspica, sarebbe venuta meno la necessità della lotta per l'esistenza o "concorrenza vitale". Ma una simile vana illusione è oltretutto

sopperiscono certo all'incompletezza della decifrazione da questi tentata della complessa struttura sociale.

In secondo luogo, l'esperienza insegna che ogni forma di delinquenza risulta caratterizzata da una "naturale" forma di delinquenza riflessa<sup>(83)</sup> e che, a fianco alla criminalità reale, si staglia sempre minacciosa l'ombra del "numero oscuro"<sup>(84)</sup>.

È il prezioso ausilio di tali accorgimenti metodologici che ha consentito al FERRI di formulare alcune osservazioni sociologiche conclusive, meritevoli di essere menzionate per la loro singolare attualità.

Se è vero che nella storia della civiltà ogni fase ha una sua criminalità corrispondente e caratteristica, allora in quella attuale è dato assistere, secondo

deleteria perché, come ricorda il FERRI, è proprio questa lotta che è alla base dell'evoluzione umana: «chè, anzi, appunto quando più non vi sarà lotta per la vita, la vita stessa avrà desertata la terra, perchè vivere vuol dire lottare». Vedi *amplius* E. FERRI, *Socialismo e criminalità*, Torino, Bocca, 1883, p. 72 ss., 90 ss., 116 ss. e 158 ss.. In senso conforme, vedi anche E. CARNEVALE, *Il naturalismo*, cit., c. 647 ss..

Per un'analisi delle correlazione tra "disagio economico" e "crimine", vedi *amplius* C. LOMBROSO, *L'uomo*, cit., Vol. III, p. 85 ss., che nota come: «quelli, adunque, che affermano esser il delitto sempre effetto della miseria non vanno a ricercare invece l'altro lato della questione, quando il delitto è effetto della ricchezza».

<sup>(83)</sup> Una sorta di "strascico criminale" per cui, col consueto effetto "a cascata", il crimine diviene fattore genetico di altro crimine: così dai furti deriva la ricettazione, dagli omicidi il porto abusivo di armi...

<sup>(84)</sup> Ad esempio il FERRI, nel periodo preso in considerazione dalle sue indagini (1871-1926), distingue sempre tra criminalità reale (*recte*: reati commessi), legale (*recte*: reati giudicati e delinquenti condannati) ed apparente (*recte*: reati denunciati e querelati).

Diverso l'approccio del QUÉTELET che, nell'intervallo temporale da lui considerato (1826 - 1844), distingue tra *penchant apparent au crime* e *penchant réel au crime*. Il primo valore indica la tendenza media al crimine ed è tratto dalle analisi statistiche. L'altro valore indica la cifra reale del crimine e si discosta in misura più o meno grande dal primo valore a causa delle *causes accidentelles* che, come il libero arbitrio, dispiegano la loro efficacia soltanto a livello individuale. Tuttavia, non è chi non veda come, così argomentando, il medesimo fattore (ad esempio, l'istruzione) potrebbe essere configurato, all'interno della medesima analisi, tanto alla stregua di una causa accidentale, se considerato a livello individuale, quanto alla stregua di una causa perturbatrice, se considerato a livello sociale. In altri termini, a livello sociale il fattore *de quo* indicherebbe la tendenza media al crimine mentre a livello individuale spiegherebbe i discostamenti dei risultati osservati dal valore della suddetta tendenza. Una simile duplicazione attenta però alla certezza dei due principi cardini che hanno guidato le ricerche del QUÉTELET: «les effets sont proportionnels aux causes» e «les écarts de la tendance moyenne, pour le nombre e la grandeur, seront assujettis à une loi qui est celle des causes accidentelles». Vedi *amplius* L.A.J. QUÉTELET, *Sur la statistique*, cit., p. 6 ss..

Nella criminologia moderna, il numero oscuro è un concetto che indica non soltanto il rapporto tra i reati "commessi" e quelli "accertati" dall'autorità giudiziaria bensì anche il rapporto tra i reati denunciati e querelati e l'individuazione dei relativi autori. Per l'analisi delle principali ragioni che determinano il numero oscuro, ed il relativo "indice di occultamento", vedi G. PONTI-I. MERZAGORA BETSOS, *Compendio di criminologia*, Milano, Cortina, 2008, p. 40 ss..



l'espressione propria della società capitalistica, ad una progressiva sostituzione delle forme di criminalità fraudolenta a quelle di criminalità violenta<sup>(85)</sup>. Il che comporta, tra gli archetipi della delinquenza atavica, una correlazione quantitativa inversa tra l'omicidio ed il furto o, in termini più ampi, tra i delitti contro la persona e quelli contro il patrimonio.

A questa metamorfosi criminale si abbina inoltre una lieve diminuzione della delinquenza atavica di fronte all'aumento di quella evolutiva. Considerazione lapalissiana se soltanto si pone mente alla smania legiferatrice che, per ogni più piccolo sintomo di "patologia sociale", ama coniare una fattispecie incriminatrice *ad hoc*.

Il coronamento positivistico della sociologia criminale è raggiunto con l'elaborazione, ad opera del FERRI, della c.d. legge di saturazione criminosa. L'illustre autore non ha dubbi: «come in un dato volume d'acqua, ad una data temperatura, si scioglie una determinata quantità di sostanza chimica, non un atomo di più non uno di meno; così in un dato ambiente sociale, con date condizioni individuali e fisiche, si commette un determinato numero di reati, non uno di più non uno di meno»<sup>(86)</sup>.

E l'ignoranza di numerose leggi di causalità fisiche e psichiche, se impedisce di prevedere con certezza il livello di criminalità di un determinato ambiente sociale, non intacca di certo l'efficacia euristica della formula ferriana.

---

<sup>(85)</sup> E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. I, p. 345 ss. e 377 ss.. La correlazione tra "civiltà" e "crimine", nonché tra "istruzione" e "crimine", già era stata oggetto privilegiato degli studi del LOMBROSO che, al riguardo, osservava come la civiltà urbana – espressione del mondo "moderno" – "amasse" molto di più la criminalità fraudolenta mentre la civiltà rurale – espressione del mondo "antico" – quella violenta. Vedi *amplius* C. LOMBROSO, *L'uomo*, cit., Vol. III, p. 31 ss. e 74 ss..

Il TARDE, dopo aver negato validità all'osservazione di cui al testo, ne formula un'altra: «en somme, l'action prolongée des grandes villes sur la criminalité est manifeste, ce nous semble, dans la substitution lente non pas de la ruse à la violence précisément, mais de la violence cupide, astucieuse et voluptueuse, à la violence vindicative et brutale». È noto il pessimismo riposto dal sociologo francese nei confronti del grado di civiltà come fattore impeditivo della delinquenza. La soluzione, al contrario, era data dalla coesione della comunità nei valori da essa ritenuti fondamentali: «comparée a Rome, Byzance est morale en dépit de sa mauvaise réputation». G. TARDE, *La philosophie*, cit., p. 359 ss. e 394 ss..

Speculare al pessimismo tardiano, si riflette l'ottimismo dello SPENCER che, dal passaggio da una società prevalentemente militare (caratterizzata da una "cooperazione" forzata) ad una società prevalentemente industriale (caratterizzata da una "cooperazione" volontaria), inferiva logicamente la drastica riduzione del livello di criminalità. Vedi H. SPENCER, *The principles*, cit., Vol. I, p. 602 ss., 656 ss. e 664 ss.; Vol. II, p. 25 ss., 334 ss., 367 ss., 390 ss..

<sup>(86)</sup> E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. I, p. 414 ss..

Già il QUÉTELET, nelle sue ricerche, conclude sconsolatamente che la criminalità «procède avec plus régularité que la mort»<sup>(87)</sup>.

A ben vedere, la solidità di una simile statistica deriva essenzialmente dalla classe di “reati” oggetto della previsione di “saturazione”. In altri termini, la qualifica criminale attribuita soltanto da alcuni ordinamenti giuridici a quelli che il FERRI denomina i “microbi” della legislazione penale, rappresenta una pericolosa incognita che impone di considerare esclusivamente il delitto “naturale”<sup>(88)</sup>. Soltanto la delinquenza atavica, infatti, costituisce una forma comune ai vari Stati o, all'interno del medesimo Stato, alle varie epoche attraverso cui questo è andato sviluppandosi. Ma, attesa la relatività storica immanente anche al delitto “naturale”, non è chi non veda come ciò che dovrebbe essere il punto forte della legge di saturazione criminosa si rivela, ad una più attenta analisi, proprio il suo punto di debolezza.

Ancora, non può trascurarsi quanto ha rilevato acutamente il TARDE: «mais *quel* est, pour chaque Etat différent, ce degré de criminalité qui est suffisant et nécessaire pour saturer une société, voilà ce que la loi omet de nous dire»<sup>(89)</sup>. Ciò perché se è dato comprendere ed individuare, analizzando statistiche di più anni e comparandone i risultati dei diversi periodi oggetto del campione, la presenza di una serie criminale crescente ovvero stazionaria, non si può al contrario conoscere quale sia con precisione questa cifra misteriosa.

Se si vuole tentare una chiosa finale, che sintetizzi efficacemente le considerazioni che precedono, si potrebbe raffigurare il contributo della sociologia criminale come una tela di chiaroscuri. Nel gioco di luci ed ombre, risalta senz'altro la fecondità degli studi condotti sui fattori esogeni della criminalità e, in particolare, su quelli economici. Ma, al tempo stesso, la tanto decantata legge di saturazione criminosa, se richiesta di fornire il livello di devianza con cui

---

<sup>(87)</sup> L.A.J. QUÉTELET, *Sur la statistique*, cit., p. 34.

<sup>(88)</sup> Scelta obbligata posto che la ricomprensione nei campioni di ogni comportamento qualificato legalmente come criminale avrebbe falsato, a seconda dell'ipertrofia penalistica dei vari Stati oggetto dell'analisi, i risultati delle statistiche stesse. Vedi E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. I, p. 343 ss..

<sup>(89)</sup> G. TARDE, *La philosophie*, cit., p. 77, che si interroga ironicamente su come si possa “intervenire” sul clima o sulle stagioni.

confrontarsi, appare un oracolo ermetico ed incomprensibile. Ben altro insegnamento può invece ricavarsi da questa formula allorquando la si proietti in una dimensione metagiuridica: l'aumento dei delitti non si combatte affatto con l'inasprimento della repressione ma, al contrario, intervenendo sui fattori che ne consentono il diffondersi.

Soltanto un legislatore inesperto potrebbe abbandonarsi all'esecuzione di una cieca funzione repressiva: questo rimedio, tanto facile quanto illusorio, disconosce i fattori della criminalità e non può che abbandonare la pena alla sua "tradizionale" ineffettività<sup>(90)</sup>.

La modernità del FERRI si rileva, in questo campo, in tutta la sua grandezza: se si interviene sui fattori delinquenziali conosciuti e modificabili, si modifica *de reflexo* [?] anche il livello della saturazione criminosa<sup>(91)</sup>. O, con le parole del QUETELET, rivolto in una sorta di supplica al legislatore: «laissez-moi respirer un air plus pur, modifiez le milieu dans lequel je suis forcé de vivre, et vous me donnerez une nouvelle existence»<sup>(92)</sup>.

---

<sup>(90)</sup> Come ricorda il ROMAGNOSI, una pena inefficace «rimarrebbe sola crudeltà, ferocia, e tirannia, perché recherebbe un male privato, senza produrre un bene pubblico». Vedi G. ROMAGNOSI, *Genesis*, cit., § 476.

Ancora, per la dimostrazione dell'infondatezza della correlazione positiva tra "gravità" ed "efficacia" della pena, vedi G. CARMIGNANI, *Elementi*, cit., § 345, 358 ss..

Per alcune considerazioni circa l'ineffettività psicologica e sociologica della pena tradizionale, vedi *amplius* E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. I, p. 443 ss.. La conclusione tratta è lapidaria: «ai delitti però bisogna contrapporre, come difesa sociale, non la pena-castigo ma una pena-difesa (per gli incorreggibili) ed una pena-educazione (per i correggibili, che sono i più)».

<sup>(91)</sup> Si sviluppa così l'embrione di quei provvedimenti che il FERRI denominerà "sostitutivi penali". Vedi *amplius* il primo paragrafo del quarto capitolo. Naturalmente, i fattori criminogenetici maggiormente modificabili e sui quali è dato intervenire sono senza dubbio quelli di natura sociale. Ipotesi paradigmatiche che, invece, sfuggono alla legge di saturazione criminosa rimangono il delinquente per passione o, all'inverso, quello che agisce con premeditazione: il primo non considera neanche le conseguenze della sua condotta; il secondo medita spesso l'impunità.

<sup>(92)</sup> L.A.J. QUETELET, *Sur la statistique*, cit., p. 36.

**5. – LA RESPONSABILITÀ LEGALE. LA VITA NELLA SOCIETÀ COME GIUSTIFICAZIONE DELL'IRROGAZIONE DELLA SANZIONE PENALE. LA RESPONSABILITÀ “PENALE” DEL FOLLE. DIFFERENZE TRA RESPONSABILITÀ LEGALE E RESPONSABILITÀ OGGETTIVA. LA QUESTIONE DELLA “DIFESA SOCIALE” NELLE OPERE DEI CRIMINALISTI CLASSICI: DICOTOMIA TRA GIUSTIZIA ED UTILITÀ.**

L'erosione del concetto di libero arbitrio ed il valore accordato all'eziologia criminale hanno preparato il terreno all'istituto della responsabilità legale. Se per i criminalisti classici il libero arbitrio assurge a presupposto *filosofico* del concetto giuridico di imputabilità; per i criminalisti positivisti il determinismo psicologico assurge a presupposto *scientifico* del concetto giuridico di responsabilità legale.

Incardinando in una proporzione questi principi, si può affermare che il libero arbitrio sta all'imputabilità come il determinismo psicologico alla responsabilità legale.

Secondo il FERRI, in tema di legittimazione della sanzione penale le analisi dei criminalisti classici riposano su di un imperdonabile equivoco concettuale: considerare il delinquente alla stregua di un uomo “normale”. Se il diritto penale, a differenza delle altre branche giuridiche, nasce proprio per disciplinare l'attività “anormale” degli uomini<sup>(93)</sup>, non è dato confondere, evocando due figure ormai appartenenti all'immaginario normativo, il *bonus pater familias* col *delinquente nato*.

Posto che i due poli inseparabili, entro cui spazia ogni scienza sociale, sono l'individuo e la società, risulta consequenziale che la legittimità della punizione debba risiedere in uno di essi. Ogni dottrina di giustificazione della sanzione penale altro non è che una mediana che congiunge il delinquente alla pena. Se la Scuola Classica ha esaltato la responsabilità morale ed il retribuzionismo di una

---

<sup>(93)</sup> Vedi E. FERRI, *Principi*, cit., p. 67 ss.. Sempre il FERRI si interroga «se, nello studio del delitto e dei mezzi efficaci a combatterlo, debbano il giurista ed il legislatore fare della propria coscienza onesta lo specchio di un mondo criminoso, che purtroppo ad essa non rassomiglia, e dettare da questo punto di vista principii e leggi, alla sola stregua dei sillogismi giuridici; o non debbano piuttosto, prima di avventurarsi in un terreno ignoto, cercare di conoscerne, coll'osservazione e coll'esperimento, la struttura e lo sviluppo morboso». Vedi E. FERRI, *Il diritto*, cit., p. 4.

pena intesa come “vendetta istituzionalizzata”, la Scuola Positiva esalta ora la responsabilità legale e l'utilitarismo di una pena intesa come “vendetta difensiva”<sup>(94)</sup>. Ciò che si vuole ottenere, in altri termini, è il completo isolamento della punizione irrogata da ogni presupposto etico o morale affinché, come bene sostiene il FERRI, la funzione difensiva risulti «spoglia di ogni rancore e sevizia contro i condannati, ma spoglia ancora di ogni sentimentalismo per questi esseri più o meno pericolosi»<sup>(95)</sup>.

L'argomentazione è lineare e l'assunto molto semplice: l'uomo è “imputabile”, e quindi penalmente responsabile, perché vive in società. Come ogni essere vivente lotta per difendere la propria esistenza e reagisce a qualsiasi atto che ne offende le condizioni di sopravvivenza, così la società lotta e reagisce allo stesso modo.

L'irrogazione della pena non ha, dunque, altra giustificazione. Come il delinquente, date certe condizioni, è necessitato a delinquere, così la società, date le medesime condizioni, è necessitata a difendersi: «vi è perfetta reciprocità e

---

<sup>(94)</sup> Vedi, per questo concetto, E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. II, p. 52 ss. e 80 ss.. Il CARMIGNANI, nel suo sistema, parla di una difesa “preventiva” ed una difesa “repressiva”: vedi *amplius* il primo paragrafo del capitolo quarto.

Anche il ROCCO è della stessa opinione del FERRI: «la pena, dunque, come reazione difensiva, non può avere che lo scopo *di difendere la esistenza della società giuridicamente organizzata cioè dello Stato* (difesa sociale o politica o statale) *contro il pericolo della delinquenza da parte di tutti i possibili futuri delinquenti*». Vedi AR. ROCCO, *L'oggetto*, cit., p. 461.

Questo drastico spostamento, dall'impersonalismo classico al personalismo positivisticò, può essere comparato alla distanza che separa il dogmatismo continentale tipico del *civil law* dal pragmatismo anglosassone tipico del *common law*. Con l'avvento della responsabilità legale, infine, la pena avrebbe perso definitivamente il carattere embrionale della vendetta ed assunto quello nuovo e più consono di difesa sociale.

<sup>(95)</sup> Vedi E. FERRI, *Il diritto*, cit., p. 9. L'ALIMENA, in maniera affatto incoerente, prima si ritiene strenuo assertore del determinismo ma poi accusa i positivisti di aver negato ogni carattere morale alla penalità umana. La confusione di questo autore raggiunge il culmine quando, nel tentativo di differenziare la pena dalle altre misure di difesa sociale, sostiene che mentre la pena esercita una coazione psicologica su *tutti* i consociati, «il castigo inflitto in un manicomio è capace d'intimidire il folle che vi è soggetto, o i folli presenti, e non gli altri!»! A parte l'inesattezza di parlare di “intimidabilità” nei confronti di un soggetto che, probabilmente, tale non può essere a causa della patologia che lo affligge, l'ALIMENA dimentica che quelle che denomina “misure di difesa sociale” sono state previste proprio per coloro che non risultavano intimidabili per mezzo della pena. Ma non è tutto. Travisando le dottrine fondamentali della Scuola Positiva, l'allievo del PESSINA conclude che «dunque, alla scuola positiva, la quale crede che anche i pazzi siano intimidabili, noi, poggiandoci sui fatti, rispondiamo invece che il pazzo è intimidabile, ma non i pazzi». Ove non è chi non vede come, nel sistema positivisticò della responsabilità legale, il semplice rilievo che anche i pazzi siano colpiti da sanzione “penale” non implica logicamente che essi siano intimidabili! Vedi *amplius* B. ALIMENA, *La scuola*, cit., p. 20 ss. e 29.

quindi piena giustizia»<sup>(96)</sup>. Soltanto laddove ad un delinquente “necessitato” corrispondesse una società “libera”, potrebbe parlarsi di illogicità di questo presupposto di politica criminale. Ma così non è: l'azione dell'uomo produce degli effetti nella società che, in ossequio alla fisica newtoniana, gli “rimbalzano” contro producendo una reazione uguale e contraria.

Con la responsabilità legale, dunque, si prepara il terreno per una svolta epocale: la responsabilità penale del folle. Nel sistema positivista, infatti, sono *penalmente* perseguibili tanto il sano quanto il pazzo ma, naturalmente, la risposta sanzionatoria nei loro confronti sarà differente per qualità e gradi. L'art. 18 del progetto FERRI traduce il tutto in una disposizione normativa: «Gli autori e compartecipi di un delitto ne sono sempre legalmente responsabili, tranne i casi di giustificazione del fatto».

Il processo di “individualizzazione” della responsabilità penale diventa così una questione da risolvere *ex post* nella fase selettiva della sanzione penale. Viene meno, in altri termini, la valutazione pregiudiziale di quei pochi fattori che, arbitrariamente cristallizzati nei vari codici, escludono ovvero scemano la responsabilità morale, determinando la collocazione dei diversi soggetti nelle due grandi classi degli “imputabili” e dei “non imputabili”.

Naturalmente, chi non ha colto questo fondamentale passaggio è destinato ad accusare il positivismo di *punire* il sano ed il pazzo *allo stesso modo*<sup>(97)</sup>. È fuori luogo, dunque, l'ironia del CROCE secondo cui «il vanto di parificare i poveri folli

---

<sup>(96)</sup> E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. II, p. 134 ss.. Per il concetto di “giustizia” in FERRI, vedi *amplius* nota n. 102. Non sembrano esservi punti di contatto tra la responsabilità legale dei positivisti e la Tatverantwortung o responsabilità per il fatto del MAURACH. Invero quest'ultima postulava la realizzazione di un fatto doloso o colposo conforme al Tatbestand e poteva sfociare, in caso di colpevolezza, in una pena ovvero, in caso di pericolosità, in una misura di sicurezza (ad esempio, la c.d. “mit Strafe bedrohte Handlung” del § 42b StGb). Si apriva, però, una terza via, inconcepibile nel sistema positivista a responsabilità legale, in caso di difetto tanto della colpevolezza quanto della pericolosità sociale, vale a dire l'assoluta impunità. Vedi *amplius* R. MAURACH, *Deutsches*, cit., p. 329 ss..

<sup>(97)</sup> Il TARDE sostiene che una simile responsabilità “sociale” appaia «aussi outrageante pour la société que dangereuse pour l'individu, car elle assimile la société à une brute qui riposte stupidement à un coup sans rechercher s'il est ou non intentionnel et excusable». Vedi G. TARDE, *La philosophie*, cit., p. 217. In senso critico anche M. ANCEL, *La défense*, cit., p. 285.

L'ALIMENA tende a distinguere tra difesa sociale “nel genere” e difesa sociale “specificata” ma una simile distinzione non ha portata innovativa poiché riproduce quella tra responsabilità legale e differenziazione, per qualità e grado, delle varie sanzioni di difesa sociale. Vedi B. ALIMENA, *La scuola*, cit., p. 18 ss..

coi colpevoli e coi delinquenti è da lasciare ai pensatori della Nuova scuola di diritto penale»<sup>(98)</sup>. Eppure in modo molto chiaro l'ARDIGÒ aveva sentenziato che «l'ambiente sociale si risente dell'azione individuale responsabile; e anche di quella irresponsabile. Anzi della stessa inazione dell'individuo. E reagisce per tutti e tre i casi indicati. Contro il colpevole, contro il disgraziato, contro l'imbecille. Ma diversamente, secondo le tre diversità. Diversamente, perché a diversità di effetti non possono contrastare se non diversità di cause»<sup>(99)</sup>.

Non meno superficiale e fallace risulta l'accostamento, operato da alcuni, tra la responsabilità legale e quella oggettiva<sup>(100)</sup>. Errore concettuale che si manifesta sia per eccesso che per difetto.

Per eccesso perché anche la responsabilità oggettiva richiede l'imputabilità, prescindendo soltanto dall'accertamento di un determinato coefficiente psicologico in relazione al fatto di reato realizzato. Per difetto, perché nella responsabilità legale il valore di un simile coefficiente viene recuperato *ex post* per la determinazione della tipologia di sanzione difensiva da irrogare.

Se, dunque, si delinea correttamente il concetto della responsabilità legale, l'impressione che si ha è che questo istituto possieda il pregio della vetta su tutto il programma positivisticò. Attraverso la responsabilità legale il FERRI può

---

<sup>(98)</sup> B. CROCE, *Filosofia della pratica*, in *Filosofia come scienza dello spirito*, Vol. IV, Bari, Laterza, 1917, p. 130. Oltretutto, il CROCE non coglie un altro punto essenziale della responsabilità legale: estendendo le garanzie giurisdizionali anche ai pazzi, si sottraggono gli stessi alla balia dell'autorità e del procedimento amministrativo in cui tradizionalmente venivano relegati.

<sup>(99)</sup> R. ARDIGÒ, *La morale*, cit., p. 402 ss. e 417 ss. e 425 ss.. Nel suo peculiare "sistema sanzionatorio", l'illustre filosofo distingue un'azione "disponente" da una "raffrenante" o "rintuzzante". Con la prima si rimuove un'azione anormale ovvero, specularmente, si promuove un'azione normale. Con l'azione "raffrenante" si impedisce *ex ante* l'azione anormale mentre con quella "rintuzzante" si risarcisce *ex post* il danno cagionato.

Successivamente, l'ARDIGÒ distingue i rimedi contro le azioni responsabili, o "sanzioni", da quelli contro le azioni irresponsabili, o "difese". Soltanto le prime hanno un carattere morale e di vendetta, mentre le seconde possiedono un mero carattere utilitaristico. Le sanzioni agiscono sulla volontà come cause morali mentre le difese come una causa fisica. Ad ogni modo, tanto la sanzione quanto la difesa partecipano dei requisiti l'una dell'altra, nella più ampia accezione di "responsabilità relativa" così come intesa dal filosofo cremonese (vedi nota n. 45). In tal senso la responsabilità, lungi dall'essere un'entità a sé come postula il metafisico, costituisce una specie naturale, ossia un'astrazione dei fenomeni osservati negli organismi naturali, e più correttamente «la specie naturale delle reazioni della sanzione sociale».

<sup>(100)</sup> Errore in cui è caduto, ad esempio, anche il F. GRAMATICA, *Principi*, cit., p. 5. In difesa del soggettivismo della Scuola Positiva, contro coloro che sono stati «abbacinati dall'apparente oggettivismo del concetto di *responsabilità legale*», vedi E. ALTAVILLA, *Il delinquente tipo*, Milano, Vallardi, 1943, p. 3 ss..

scolpire sul terreno normativo la fisionomia del nuovo diritto penale. *Brevis*: se il ministero punitivo altra funzione non ha se non quella di preservare la società, esso deve logicamente prescindere da ogni affermazione di libertà morale del delinquente.

Prima di concludere sull'argomento, appare interessante notare come nella materia penale la questione della "difesa sociale" sia sempre stata avvertita, anche se in maniera "latente", nelle opere di autorevoli criminalisti classici.

Il CARRARA, ad esempio, affermava che «finché pertanto il gius di punire si considera in astratto, il suo fondamento è la sola *giustizia*. Ma quando si considera come atto dell'uomo, il suo fondamento è la *difesa* della umanità». E, al fine di meglio precisare questo fondamentale punto del suo pensiero, il maestro di Pisa ricorreva alla metafora del passaggio da un diritto penale di origine divina ad un diritto penale di fattura umana: «il gius di punire nella mano di Dio non ha altra norma che la *giustizia*. Il gius di punire nelle mani dell'uomo non ha altra legittimità che il bisogno della *difesa*; perché all'uomo è devoluto soltanto in quanto occorre alla *conservazione* dei diritti dell'umanità»<sup>(101)</sup>.

Di fronte a questo principio bicefalo, ove l'ideale della "giustizia" ricopre una posizione di supremazia concettuale rispetto alla realtà della "difesa", il FERRI non ha alcun dubbio: il giure penale attiene alla "difesa" e non alla "giustizia". Questo perché, nel pensiero dell'illustre positivista, non è mai esistita una giustizia assoluta ed eterna, vera e propria araba fenice, ma soltanto una più modesta giustizia relativa e mutevole, tipica di ogni società storicamente esistita<sup>(102)</sup>.

Ecco il punto di contatto tra classici e positivisti: il diritto penale nel suo momento "laico" o pragmatico. Ove la giustizia (relativa e mutevole) diviene un

---

<sup>(101)</sup> F. CARRARA, *Programma*, cit., Prolegomeni. Naturalmente, anche in questo passaggio si avverte in modo sensibile l'insegnamento del maestro CARMIGNANI che, subordinando il diritto "politico" a quello "naturale", così argomentava: «il diritto naturale suppone la eguaglianza fra gli uomini; il diritto politico la ineguaglianza: quello contempla gli uomini soltanto come esseri razionali; questo come enti soggetti a passioni; quello guarda alla giustizia; questo ai bisogni della società: quello protegge piuttosto la privata libertà; questo la *pubblica sicurezza*». Vedi G. CARMIGNANI, *Elementi*, cit., § 47.

<sup>(102)</sup> Non si comprende però come il FERRI riesca a conciliare l'idea di una giustizia relativa e mutevole col concetto, assoluto ed eterno, di un delitto "naturale", ossia di un'azione "ingiusta" in ogni epoca e presso ogni popolo.



tutt'uno con l'utilità. Soltanto in questa prospettiva si può sostenere che quello che i classici definiscono "difesa del diritto", i positivisti additano come "difesa della società"<sup>(103)</sup>. O, come meglio chiarisce il FERRI, «il dire, dunque, che lo Stato

---

<sup>(103)</sup> Il CARRARA tuonava contro chi osasse parificare la difesa "giuridica" alla difesa "sociale". Questo perché nella concezione della difesa "giuridica" la società non è destinataria della giustizia ma, semmai, è colei che la amministra. Ed inoltre perché soltanto la difesa giuridica impedisce di «immolare la sicurezza del *giusto* sull'altare insidioso della *utilità*». Entrambe le argomentazioni risentono evidentemente della linfa giusnaturalistica di cui è intrisa l'opera del maestro di Pisa. È la "società civile" ad essere un mero *posterius* rispetto ai diritti naturali immanenti all'uomo. Anzi, la stessa *ratio* del giure punitivo trova «la sua ragione di essere ed il suo fine primario nella *tutela del diritto* e così nella punizione del colpevole; unico mezzo di esercitare completamente quella tutela». Vedi F. CARRARA, *Programma*, cit., Introduzione alla seconda sezione. Cardini della pena e § 611 ss..

Avallano la concezione giusnaturalistica dell'origine del diritto penale anche altri autorevoli criminalisti classici: dalla "retta ragione pura o empirica" del CARMIGNANI (G. CARMIGNANI, *Elementi*, cit., § 1 ss., 41 ss. e 73 ss.), all'ordine morale del ROSSI (P. ROSSI, *Traité*, cit., p. 142 ss.), al "Diritto dello Stato" del PESSINA (E. PESSINA, *Elementi*, cit., p. 6), al "diritto alla felicità" del ROMAGNOSI (G. ROMAGNOSI, *Genesis*, cit., I ed., § 1 ss.). Concezione diametralmente opposta è quella, strettamente giuspositivistica, da cui muove il FERRI secondo cui ogni diritto è un attributo che promana dalla società (in senso adesivo anche AR. ROCCO, *Sul così detto carattere*, cit., p. 89; ID., *L'oggetto*, cit., p. 45 ss..).

Questa disputa, naturalmente, riproduce in scala "penale" quella, invero più ampia, dei rapporti tra "diritto" e certe istanze "moralì" ovvero "naturalì" di "giustizia". Attualmente, non si è ancora spento l'eco tra la *Verbindungsthese* e la *Trennungsthese*. Anche se non è questa la sede per affrontare *ex professo* la complessa questione, sia sufficiente pensare al radbruchiano *gestzliches Unrecht* – espressione peculiare dell'*Unrechtsstaat* - ove può cogliersi la tensione tra esigenze di "certezza" e di "giustizia". Ovvero, e qui si nota spiccatamente l'influenza del filosofo di Lubecca, alla connessione "concettualmente e normativamente necessaria" tra i concetti di "diritto" e di "giustizia", nella duplice funzione di "invalidazione" e di "perfezionamento" del diritto, nel pensiero dell'ALEXY e della sua triplice argomentazione fondata sulla (pretesa di) "giustizia", sulla radbruchiana "iniquità" e sui dworkiniani "principi". Sempre in relazione a certi "limiti di ingiustizia" da tollerare, senza tuttavia specificazioni ulteriori in termini quantitativi, si esprime il RAWLS a proposito del dovere "naturale di civiltà" di rispettare le leggi ingiuste, prodotto fisiologico di quella "giustizia procedurale imperfetta" che caratterizza ogni dialogo politico calato in un sistema costituzionale. O, infine, al "diritto di infrangere la legge" del DWORKIN quale peculiare modalità difensiva nell'ipotesi in cui lo Stato "erroneamente" rechi pregiudizio ai diritti, di natura morale, che ogni individuo detiene "verso lo Stato" (*recte*: i diritti fondamentali). Al contrario, il KELSEN chiarirà nitidamente la distanza tra "natura" e "norma": «la natura è un insieme di fatti concreti e di comportamenti reali; e una conoscenza rivolta a questo oggetto può solo affermare che qualcosa è, ma non che qualcosa deve essere». Ma, più che altro, affermerà che, a proposito della validità di un ordinamento giuridico, «una norma giuridica non è in vigore per il fatto di avere un certo contenuto, cioè per il fatto che se ne può dedurre il contenuto da una norma fondamentale, secondo una deduzione logica, bensì per il fatto che la si produce in un certo modo, in un modo cioè che, in ultima analisi, è determinato da una norma fondamentale presupposta. Per questo – e per questo soltanto – tale norma appartiene all'ordinamento giuridico, le cui norme sono prodotte conformemente a questa norma fondamentale. Il diritto può quindi avere qualsiasi contenuto. Non esiste alcun comportamento umano che, come tale, a causa del suo contenuto, non potrebbe formare il contenuto d una norma giuridica».

Dall'estremismo del "dover essere", ove la centralità dell'elemento volontaristico assume connotati dal formalismo quasi "metafisico", all'estremismo "fattuale" del realismo scandinavo. In tal caso, il fenomeno giuridico è privo di qualsiasi valore estraneo all'orizzonte empirico e dietro

alla “hollow word” del “diritto” non si rivela alcun preciso concetto né alcun riferimento ad una realtà oggettivamente esistente. Soltanto l’“idea” del diritto, e l’emozione connessa, è reale. «La ricerca di una base ultima e assoluta del diritto è destinata al fallimento. Sostanzialmente è il tentativo di dare un fondamento sovranaturale all’ordine esistente, conferendogli un’aureola di sacralità». L’OLIVECRONA, da questa intuizione linguistica derivanti dagli studi dell’HÄGERSTRÖM, sostiene che ciò che viene scambiato per la “forza vincolante” del diritto altro non è che un mero “sentimento” di costrizione interna al soggetto nei confronti dell’“imperativo indipendente”. Così come, al contrario, ciò che determina l’osservanza di un simile imperativo è la “motivazione” del medesimo soggetto: la «uniformità di motivazioni è la base più sicura su cui possa poggiare qualsiasi ordine sociale. Basi diverse e indipendenti dalle opinioni e dai sentimenti degli uomini sono state accanitamente cercate, ma sono impossibili da trovare. Credere che esistano equivale a credere che il mondo risposi sul dorso di un elefante».

Vedi *amplius* K. OLIVECRONA, *Law as fact*, trad. it. di S. Castiglione, *Il diritto come fatto*, in *La realtà del diritto. Antologia di scritti*, a cura di S. Castiglione, C. Faralli e M. Ripoli, Torino, Giappichelli, 2000, p. 75 ss.; ID., *Realism and idealism. Some reflections on the cardinal point in legal philosophy*, trad. it. di V. Ottonelli, *Realismo e idealismo. Alcune riflessioni sul punto cardinale della filosofia del diritto*, in *La realtà del diritto. Antologia di scritti*, a cura di S. Castiglione, C. Faralli e M. Ripoli, Torino, Giappichelli, 2000, *passim*; sulla formula radbruchiana – o sulla possibilità di distinguere due formule, una concernente la misura della “intollerabilità” che rende “ingiusto” il diritto (Unerträglichkeitsformel) ed un’altra concernente l’assenza di natura giuridica (Nicht-Recht) di quelle norme intrinsecamente negative del principio di uguaglianza (Verleugnungsformel) - vedi l’attenta analisi di G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei “delitti di Stato” nella Germania postnazista e postcomunista*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 3 ss.; J. RAWLS, *A theory of justice*, trad. it. di U. Santini, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 1982, p. 336 ss.; R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, trad. it. di F. Oriana, *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 268 ss.; R. ALEXYS, *Begriff und Geltung des Rechts*, trad. it. di F. Fiore, *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997, p. 34 ss.; H. KELSEN, *Allgemeine*, cit., p. 7 ss.; ID., *Reine*, cit., p. 222. Vedi, infine, per una eccellente analisi dei profili distintivi tra giuspositivismo e giusnaturalismo, e per un’analisi meta-giuridica dei possibili significati della formula “separazione del diritto dalla morale”, vedi L. FERRAJOLI, *Diritto*, cit., p. 199 ss..

Quello che appare un dissidio insanabile, se soltanto si pone mente alle premesse filosofiche da cui argomentano gli opposti orientamenti dottrinali, può essere però ricomposto, nella fase “laica” del diritto penale, allorché si proceda ad un’analisi dettagliata della fondatezza delle doglianze manifestate dal CARRARA. In primo luogo, non appare corretto sostenere che il positivismo indichi la società come *unica* destinataria della giustizia. Nel tentativo di ripristinare l’equilibrio tra la tutela dell’individuo e quella della società, falsato dall’individualismo liberale a favore del primo, il positivismo intende rafforzare la “lacunosa” tutela della società a fianco (e non in luogo) a quella dell’individuo. Nel linguaggio dei classici, tutto ciò potrebbe tradursi asserendo che la “difesa giuridica” debba estendere il proprio oggetto di tutela anche al “diritto” all’esistenza di cui la società è titolare. In secondo luogo, l’“insidiosa utilità” di cui paventa il CARRARA altro non è che il timore, in capo al colpevole, di un vuoto di garanzie di ordine sia sostanziale che processuale. Ma, anche in tal caso, una simile critica non sfiora il positivismo che, sul terreno delle garanzie, non ha mai negato precisi limiti al giure punitivo.

Al di là di altisonanti declamazioni di principio, appare dunque, in ultima analisi, molto meno stridente l’assonanza tra difesa “giuridica” e difesa “sociale”. Invero, non si deve dimenticare che in tanto il diritto naturale viene tutelato dalla “società civile” in quanto questa lo riconosca come “suo”, ossia lo trasformi in diritto positivo. A titolo esemplificativo, si pensi attualmente all’art. 2 Cost. quando sottolinea che la Repubblica *ricosce* e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo. Anche a voler muovere dalla tesi “aperta” giusnaturalistica, che comporta l’ingresso nel nostro ordinamento di nuovi diritti e libertà, anziché da quella “chiusa” giuspositivistica, per cui tale disposizione si limiterebbe ad una mera elencazione dei diritti fondamentali già previsti *aliunde* nella Carta Fondamentale, è indubbio che soltanto la

ha diritto di punire per la necessità della difesa giuridica, altro non può esprimere se non che lo Stato punisce per conservare l'ordine giuridico, esistente nel proprio paese e in un dato momento storico. Ma allora è anche facile vedere, che difesa *giuridica* equivale perfettamente a difesa *sociale*, perché società e diritto sono due termini correlativi e convertibili. Chi dice *diritto* dice *società*, perché non esiste diritto senza società, come non esiste società senza diritto»<sup>(104)</sup>.

Quest'ultima argomentazione è illuminante: se si intende la "giustizia" in senso assoluto ed eterno, lo schema concettuale è speculare: "è utile in quanto giusto" (come direbbe un classico) ovvero "è giusto in quanto utile" (come direbbe un positivista). Se, al contrario, si intende la "giustizia" in senso relativo e mutevole, ciò che è giusto è utile e ciò che è utile è giusto. La proporzione insita

---

crystallizzazione normativa dei diritti "naturali", o in altri termini la loro positivizzazione, può renderli oggetto di tutela. Vedi, per una disamina della controversa genesi di questo fondamentale articolo della Costituzione – un vero e proprio compromesso tra l'idealismo cattolico, rivolto al "passato" risorgimentale, ed il pragmatismo socialista, rivolto ad un "futuro" rivoluzionario – nonché delle diverse teorie ad esso sottese, A. BARBERA, sub *art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1975, p. 50 ss..

Non può essere condiviso l'assunto del ROSSI circa la natura "sociale" del diritto di difesa. Il criminalista classico sostiene che «il diritto naturale di difesa è il diritto di respingere la forza colla forza, è il diritto di respingere l'attacco attuale o imminente. L'immagine del diritto di difesa individuale, applicata al corpo sociale, non è punto riprodotta dalla giustizia penale, ma dalla guerra. Così come nel corpo politico che si difende, anche nell'uomo non havvi, al cospetto dell'aggressore, quella morale superiorità che è voluta dal potere che punisce, la superiorità del giudice. Colui che si difende è parte». Vedi P. ROSSI, *Traité*, cit., p. 115. Questo diritto di difesa di natura "sociale", anche a volerne accogliere una simile nozione, non potrà mai coincidere con la difesa sociale del positivismo perché, lungi dal concernere una relazione conflittuale tra l'individuo e la comunità in cui vive, si riferisce ad una relazione conflittuale tra due comunità.

<sup>(104)</sup> E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. II, p. 87 ss. e 285: «se per *giustizia* intendiamo – come vedemmo già nel Carrara e com'è nei criminalisti classici, più o meno assolutisti – una missione delegata all'uomo dalla divinità o, ad ogni modo, la missione etico-religiosa di pesare il bene ed il male e di retribuirlo in proporzione, essa non solo, nella funzione sociale della difesa, è un'improprietà di linguaggio, ma è addirittura un concetto eterogeneo, che spetta non al diritto ma alla filosofia ed alla teologia. Ma se per *giustizia* intendiamo l'unicuique suum tribuere dei Romani, cioè il cercare e l'applicare un rapporto di convenienza e di utilità sociale, ma tutto relativo ai diversi tempi e luoghi, fra l'azione pericolosa avvenuta ed il mezzo più opportuno per impedirne, nel suo autore e negli altri, la ripetizione: allora, la giustizia è e sarà sempre un carattere essenziale di quella funzione difensiva, anche se spoglia di ogni carattere etico-religioso».

Già il GAROFALO parlava di "improprietà di linguaggio", in riferimento al termine "giustizia" inteso nell'accezione classica. Vedi R. GAROFALO, *Di un criterio*, cit. p. 52.

Una "insospettabile" conferma all'assunto del FERRI sembra derivare da un passo del CARMIGNANI che, dopo aver distinto i delitti che proteggono la sicurezza da quelli che proteggono la prosperità, conclude che soltanto «le leggi relative alla *sicurezza* sono immutabili, per ciò appunto che il diritto di difesa, tanto nell'uomo individuo, quanto nella società, considerata come persona morale, e qualunque ne sia la forma politica, deriva propriamente dall'immutabile diritto naturale». Vedi G. CARMIGNANI, *Elementi*, cit., § 94.

nel “giusto” ha sempre però il limite dell’utile così come il limite insito nell’“utile” (superato il quale la sanzione diviene “inutile”) ha sempre però la proporzione del giusto.

Su questa *vexata quaestio* interveniva anche il ROSSI asserendo che «il diritto penale si compone d’una parte assoluta e d’una parte relativa; d’una variabile e d’una invariabile; d’una sulla quale l’uomo è impotente ad agire, e d’un’altra che può modificare a suo piacimento, modificandone la maniera di essere; in una parola: esso si compone di precetti di giustizia, e di regole di utilità»<sup>(105)</sup>. E, come il CARRARA, mostrava la medesima preoccupazione circa i rapporti tra “giustizia” e “difesa”: «il ben’essere, l’utilità, risultano dalla giustizia; essi non ne sono nè la giustificazione, nè la causa prima»<sup>(106)</sup>.

In ultimo, il più “positivista” dei criminalisti classici<sup>(107)</sup>, il ROMAGNOSI, ammetteva che, una volta cagionata un’offesa ingiusta, l’unica giustificazione del diritto di punire risiedesse nell’evitare l’impunità al colpevole e, quindi, nella

---

<sup>(105)</sup> Argomentazione che deve essere contestualizzata nel sistema del penalista toscano. Questo sistema è costruito come una “catena di doveri” che congiunge razionalmente l’ordine morale, da cui promana la giustizia assoluta, l’ordine sociale ed, infine, la giustizia umana. Il primo è il fine, gli altri due sono i mezzi. Tanto è vero che il delitto è definito come «la violazione di un dovere verso la società, o verso gl’individui, esigibile questo dovere in sè medesimo, ed utile alla conservazione dell’ordine politico, di un dovere, il di cui compimento non può essere assicurato che dalla sanzione penale, e la di cui infrazione può essere valutata dalla umana giustizia».

È nota l’aporia generata da questo sistema. Per il ROSSI la proporzione tra pena e delitto dovrebbe corrispondere all’importanza del “dovere morale” violato e, in particolare, alle tre distinte *species* di mali che dal delitto stesso derivano: il male morale, il male materiale ed il male misto (*recte*: l’allarme sociale). Il primo è un’offesa all’ordine morale, gli ultimi due all’ordine sociale. Per aversi “delitto” è necessaria la produzione del male morale ovvero del male misto. Vedi *amplius* P. ROSSI, *Traité*, cit., p. 30, 142 ss., 172 ss., 182 ss. e 369 ss..

Il CARRARA acutamente sottolinea che la violazione del dovere morale o resta assorbita già nel male materiale ovvero è inutile perché confonde «l’ufficio del moralista con quello del criminalista». Oltretutto, non esisterebbe alcun criterio affidabile per misurare l’importanza del dovere morale violato né potrebbe invero soccorrere la “coscienza umana” cui si affida il ROSSI. Vedi *amplius* F. CARRARA, *Programma*, cit., § 182 ss..

<sup>(106)</sup> P. ROSSI, *Traité*, cit., p. 161.

<sup>(107)</sup> Il ROMAGNOSI apre la sua opera disquisendo sul diritto di felicità e, in particolare, sui due profili in cui può essere concepito: la ricerca del piacere e l’evasione dal dolore. Questo diritto è presente in parti uguali in tutti gli uomini (da qui, la nascita del principio di uguaglianza) e non fa che assumere, a seconda dell’oggetto, molteplici forme: diritto alla conservazione della vita ed al benessere, alla libertà, al dominio, ecc. In caso di lesione o pericolo di una delle sue molteplici sfaccettature, il diritto di felicità assume la peculiare forma del diritto di difesa “diretto”, perché l’offesa è attuale. È sorprendente come, nella parte dedicata al diritto di difesa “diretto”, vi siano già espressi i requisiti che l’attuale art. 52 c.p. richiede per considerare “legittima” la difesa: l’attualità del pericolo (§ 12), la necessità della difesa (§ 14 ss.), l’ingiustizia dell’offesa (§ 28 ss.) e la proporzione tra difesa ed offesa (§ 50 ss.). Vedi *amplius* G. ROMAGNOSI, *Genesi*, cit., I ed., §1 ss..

difesa della società: «la Società ha *diritto* di far *succedere* la pena al delitto, come *mezzo necessario* alla conservazione de' suoi individui, e dello stato di aggregazione, in cui ella è; cose tutte alle quali ella ha pieno ed inviolabil diritto. Ecco il momento della *nascita* del diritto penale, il quale in sostanza non è che un diritto di difesa *riflesso*»<sup>(108)</sup>.

Esaurita questa breve panoramica dottrinale, si può ora tornare all'argomento della responsabilità legale, di modo da concluderne la trattazione. È bene osservare che questo istituto, simbolo del nuovo diritto penale, non poteva comunque sostenere, da solo, l'intera funzione di "lotta contro il delitto". L'individualizzazione della risposta sanzionatoria, *leit motiv* del diritto penale positivistico, non poteva certo consistere in un *deus ex machina*: mancava, al mosaico positivistico, un ultimo fondamentale tassello.

---

<sup>(108)</sup> G. ROMAGNOSI, *Genesis*, cit., I ed., §238 ss.. Il diritto di difesa è "riflesso" perché l'offesa è già realizzata. In maniera inconfutabile, lo stesso prosegue: «Chiedete dunque nel diritto penale quale sia l'*offensore*? – Il futuro malvagio. Quale *male* egli rechi o tenti? – Egli minaccia ogni sorta di danno e di delitti. Contro *chi*, ovvero qual sia la persona ch'è in *pericolo*? – La Società» (§ 281). Atteso che la società, come aggregazione di individui, ha un vero e proprio diritto naturale a conservare sé ed i propri componenti, il ROMAGNOSI conclude: «*non può* il diritto penale avere altra origine, od essere altra cosa fuorché diritto di difesa» (§ 342).

Altrettanto nota è l'aporia che deriva dal sistema del ROMAGNOSI. Il penalista parmigiano, nel proporzionare la pena al delitto, si fonda sul concetto di "necessità" secondo cui è considerata proporzionata quella pena che presenta una "contropinta" uguale e contraria alla spinta esercitata dal delitto. Vedi *amplius*, per questa concezione "newtoniana" della pena, G. ROMAGNOSI, *Genesis*, cit., III ed., § 1271 ss. e, in particolare, 1376 ss.. Questa economia della repressione, tutta fondata su una dinamica di forze impellenti del delitto e repellenti della pena, implica però che la misura della "quantità" del delitto, e *de relato* la misura della pena, debba rinvenirsi nel connubio tra queste tre cause criminose: "il desiderio del delitto" (*recte*: l'utile sperato), "la facoltà a soddisfare tale desiderio" (*recte*: la facilità a commetterlo) e "la lusinga dell'impunità". Come ben sottolineato dal CARRARA, se maggiore è la forza impellente, e maggiore deve essere quella repellente che le corrisponde, ciò significa che il furto, tenendo conto delle tre misure sopra cennate, dovrebbe essere sanzionato più gravemente dell'omicidio! Vedi F. CARRARA, *Programma*, cit., § 174 ss..

**6. — LA PERICOLOSITÀ SOCIALE. L'INDIVIDUALIZZAZIONE, QUALITATIVA E QUANTITATIVA, DELLA RISPOSTA SANZIONATORIA. EQUIVOCI SUL CONCETTO DI "PERICOLOSITÀ SOCIALE" COME FORIERO DI UN DIRITTO PENALE D'AUTORE. LA CONNOTAZIONE SCIENTIFICA DEL NUOVO DIRITTO PENALE. LA BATTAGLIA DOTTRINALE TRA SCUOLA CLASSICA E SCUOLA POSITIVA E L'ECCLETTICO ARMISTIZIO DEL CODICE ROCCO. LA NUOVA "VESTE" DELLA PERICOLOSITÀ SOCIALE NELL'ATTUALE IMPIANTO CODICISTICO.**

L'arma che pazientemente si stava forgiando nell'officina della Scuola Positiva finalmente lasciò lo stampo. La pericolosità sociale, si augurava il GAROFALO, sarebbe divenuta la base primordiale e la norma della penalità<sup>(109)</sup>.

Il delitto diveniva così il sintomo della pericolosità di un individuo che, col suo comportamento, aveva minacciato le condizioni di esistenza della società. Naturalmente, se ogni delinquente è di per sé pericoloso, ciò non implica logicamente che tutti i delinquenti siano pericolosi allo stesso modo. Da qui la necessità di modellare la sanzione "difensiva" - dal punto di vista legislativo, giudiziario ed esecutivo - alla potenza "offensiva" dell'agente<sup>(110)</sup>.

---

<sup>(109)</sup> Ad onor del vero, e come si vedrà *amplius* nel capitolo successivo, il GAROFALO si è sempre riferito alla "temibilità" del delinquente che, tuttavia, come correttamente sostiene il ROCCO, è la conseguenza della pericolosità di una persona (Vedi la nota n. 38 del primo capitolo). Vedi R. GAROFALO, *Di un criterio*, cit., p. 50 ss..

Per una disamina dei vari avamprogetti, progetti e codici ispirati all'istituto della pericolosità sociale, vedi *amplius* L.J. DE ASÙA, *La pericolosità*, cit., p. 79 ss..

<sup>(110)</sup> L'individualizzazione giudiziaria si attua per mezzo della fisiologica attività discrezionale del giudice che motiva la qualificazione del tipo criminale e l'intensità della pericolosità che egli esprime (artt. 74-82 del Progetto FERRI).

L'individualizzazione esecutiva, invece, si attua attraverso la "seriazione antropologica" dei detenuti - vale a dire, una distribuzione "omogenea" (ad esempio, per età, professione, precedenti penali, ecc.) della popolazione carceraria - nonché un adeguato trattamento (economico, igienico, educativo, disciplinare e giuridico) degli stessi (artt. 70-73, 83-89 del Progetto FERRI) e relativa promozione dalla classe dei "comuni" a quella dei "buoni" ed infine a quella degli "ottimi". Vedi *amplius* E. FERRI, *Principi*, cit., p. 352 ss..

Nell'impianto originario del codice ROCCO, la "seriazione antropologica" si fondava sulla recidiva e sull'indole dei reati commessi (art. 143 c.p.) mentre si prevedevano stabilimenti speciali, nell'esecuzione delle pene detentive, in base alla pericolosità sociale qualificata, alle cause incidenti sull'imputabilità ovvero alla minore età (artt. 141 e 142 c.p.). Per quanto concerneva le misure di sicurezza detentive, la "seriazione" si effettuava avuto riguardo alle tendenze ed alle abitudini criminose nonché al pericolo sociale da essa derivante (art. 213 c.p.).

Attualmente, gli artt. 54 e 64 o.p. predispongono una differenziazione, in ogni istituto, per l'internamento degli infermi o minorati, fisici e psichici. Ed all'interno degli istituti per l'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, la differenziazione tra i detenuti o internati

Sarebbe troppo frettoloso, però, concludere che, introdotta la pericolosità sociale, il positivismo abbia rinunciato al diritto penale del fatto per sposare senz'altro il diritto penale d'autore<sup>(111)</sup>. Al riguardo, risultano doverose tre osservazioni. E valga il vero.

In primo luogo, la prognosi di pericolosità segue sempre la diagnosi della realizzazione del fatto di reato. Questa regola metodologica non tollera eccezioni: il fatto di reato – inteso nell'accezione di comportamento esteriore attivo ovvero omissivo - costituisce anche del diritto penale positivistico la pietra angolare. La pericolosità sociale non legittima la sanzione da irrogare ma, intervenendo *ex post*, ne determina la qualità ed il grado.

Risulta dunque disconosciuta la paternità positivistica di formule del tipo «il fatto di reato diviene condizione *sufficiente* ma non *necessaria* per la punizione». La rilevanza penale accordata alla pericolosità di tipo soggettivo non incide sulla premessa normativa di ogni indagine penalistica: il fatto di reato decide l'*an* mentre la pericolosità sociale il *quomodo* ed il *quantum* della responsabilità penale<sup>(112)</sup>.

opera in base alla “posizione giuridica” degli stessi ed alle loro necessità di trattamento individuale o di gruppo.

Per alcune osservazioni critiche sul sistema carcerario cellulare, vedi C. LOMBROSO, *L'uomo*, cit., Vol. III, p. 254 ss. Più lapidario il FERRI secondo cui questo sistema è una vera e propria aberrazione del XIX secolo: vedi, anche per la critica ai principi della scuola penitenziaria dell'HOWARD, E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. I, p. 7 ss., Vol. II, p. 511 ss.. Infine, è interessante notare come il “liberale” codice ZANARDELLI prevedesse all'art. 12 che l'ergastolo dovesse essere scontato, per i primi sette anni, in uno stabilimento speciale in regime di segregazione cellulare continua con l'obbligo di lavoro. Una sorte leggermente migliore veniva prevista, durante gli anni successivi, quando il condannato veniva ammesso al lavoro insieme agli altri detenuti ma con l'obbligo di silenzio!

<sup>(111)</sup> Per alcune considerazioni di politica criminale sul diritto penale d'autore, vedi *amplius* il terzo paragrafo del quarto capitolo.

<sup>(112)</sup> Rilevo non colto né dal DE ASÙA né dall'ALMARAZ. Il primo, che pur si definisce positivista, sostiene che un simile sistema contrasti col principio “*nulla poena sine lege*” (?) e che nel progetto FERRI «si considera la pericolosità come il solo fondamento e norma delle sanzioni». Il DE ASÙA dimentica però che il “fondamento” della sanzione difensiva non è la pericolosità bensì quel principio da lui poco prima svalutato, vale a dire la responsabilità legale. Vedi L.J. DE ASÙA, *La pericolosità*, cit., p. 74 e 98 ss..

Ancora, l'ALMARAZ sostiene che il positivismo costituisca la base normativa per una forma di “pericolosità senza delitto”: «è facile vedere che in un sistema repressivo basato sul criterio della responsabilità *sociale*, non essendo richiesta né colpeabilità, né riprovabilità morale, né una azione cosciente (?) e libera, questa necessità di far ricorso alla pericolosità senza delitto viene meno. In un tale sistema, quindi, vagabondaggio, accattonaggio, lenocinio, sfruttamento di minori, alcoolismo cronico, tossicomania, ecc., possono essere proibiti facendoli assurgere a reato». Ove si palesa grande la confusione tra diritto penale positivo, sempre ancorato alla commissione di

In secondo luogo, nonostante la formula “pericolosità del delinquente” possa apparire letteralmente ambigua e foriera di equivoci, la qualità ed il grado della sanzione devono essere modellati, secondo lo schema positivisticco, tanto su criteri oggettivi quanto su criteri soggettivi. L'art. 20 del progetto FERRI enucleava al riguardo il triplice fattore della “gravità e modalità del fatto delittuoso”, dei “motivi determinanti” e della “personalità del delinquente”<sup>(113)</sup>.

Una disposizione che mira ad una valutazione ricca e complessa in cui la persona del reo, non più indebitamente adombrata, riacquisti il suo valore e proceda di pari passo, assieme al fatto di reato, nella considerazione giudiziale. Ecco cosa significa la formula positivisticca, molto spesso equivocata, del fatto di reato come “sintomo” della pericolosità del suo autore<sup>(114)</sup>.

---

un fatto di reato, e diritto di polizia. Vedi J. ALMARAZ, *Pericolosità senza delitto? (rilievi di diritto penale comparato)*, Milano, Vallardi, 1936, p. 4.

Analogo rilievo deve essere mosso al ROCCO per cui «non è, dunque, possibile che in luogo della “colpa individuale” sia posta la “pericolosità sociale” del reo e tanto meno di coloro che sono similmente disposti a delinquere; ciò che porterebbe a considerare il reo come un “mezzo” nelle mani dello Stato allo scopo della difesa contro il pericolo della delinquenza avvenire». Vedi AR. ROCCO, *L'oggetto*, cit., p. 463. Ferme restando le valutazioni in tema di giustizia ed utilità (vedi nota n. 101), si deve osservare ancora una volta che alla “colpa individuale” il positivismo non contrappone affatto la pericolosità sociale bensì la responsabilità legale. Oltretutto, e per concludere, la prevenzione generale tanto esaltata dal ROCCO potrebbe condurre il reo ad un asservimento statale di gran lunga maggiore, secondo la logica delle pene esemplari (*recte*: “punirne uno per educarne cento”).

<sup>(113)</sup> Per una disamina approfondita di questi fattori, vedi *amplius* nel capitolo successivo la teoria della pericolosità sociale elaborata dal FERRI. Qui appare utile sottolineare come tali fattori siano divenuti, nell'attuale codice, il sostrato normativo dell'art. 133 c.p. e di molte circostanze aggravanti ed attenuanti comuni.

Nel codice ZANARDELLI, invero, non esisteva né una disposizione sui criteri di irrogazione della sanzione penale né, salvo quelle attenuanti generiche di cui all'art. 59, un complesso di circostanze “tendenzialmente” comuni ad ogni reato. Tuttavia, appare conforme al vero sostenere che, data la cornice edittale più o meno ampia delle sanzioni penali ivi previste, anche sotto il codice del 1889 i giudici tenessero in grande considerazione, nonostante il difetto di disposizioni *ad hoc*, i tre fattori enumerati nel testo.

<sup>(114)</sup> Il FERRI sosteneva doversi disciplinare «il delitto, non soltanto come rapporto giuridico di infrazione della norma penale, con relative conseguenze giuridiche, ma anche e soprattutto come espressione della personalità del delinquente». Vedi E. FERRI, *Principi*, cit., p. 202. In senso conforme, vedi anche E. ALTAVILLA, *La subiettivizzazione*, cit., p. 6; ID., *Il delinquente*, cit. p. 3 ss.; E. FLORIAN, *Dogmatica*, cit., p. 12.

Per una peculiare accezione del valore sintomatico del reato in ROCCO, vedi, nel primo capitolo, la nota n. 53.

Un'aporia della costruzione positivisticca concerne, però, l'istituto del delitto “mancato” ove si ricomprende, a seconda degli autori e senza che questi assumano in merito una chiara posizione dottrinale, ora il tentativo inidoneo ora il reato putativo per errore sul fatto ed infine il reato impossibile. Ad ogni modo, ed in deroga a quell'equilibrio tra criteri oggettivi e soggettivi enunciato dall'art. 20 del Progetto FERRI, l'esaltazione del soggettivismo porterà, in queste peculiari ipotesi, alla possibilità di equiparazione tra tentativo e consumazione ai fini sanzionatori



Infine, risulta doveroso precisare la relazione tra pericolosità sociale e sanzione a tempo indeterminato. Se con quest'ultima categoria si vuole intendere una sorta di ablazione *ad libitum* e *ad infinitum* irrogata da parte del giudice, allora una simile affermazione dimostra di conoscere ben poco la struttura dell'arsenale sanzionatorio positivistico. Salvo la sanzione a tempo assolutamente indeterminata<sup>(115)</sup>, prevista in funzione neutralizzativa nelle ipotesi più gravi, tutte le altre sanzioni erano stabilite a tempo "relativamente" indeterminato. Vale a dire che, *all'interno di un minimo ed un massimo edittale* legislativamente predeterminato, il giudice avrebbe potuto decidere, secondo una presunzione giudiziale di pericolosità, o un valore temporale in funzione di durata minima (*recte*: prima del quale l'esecuzione non poteva cessare) o un valore temporale in funzione di durata massima (*recte*: dopo il quale l'esecuzione doveva cessare). In

---

(art. 16 Progetto FERRI). Vedi *amplius* E. FERRI, *Principi*, cit., p. 542 ss.. Lo stesso psicologismo regna nelle aggravanti ed attenuanti "putative" perché, come sottolinea l'ALTAVILLA, «chi ha voluto uccidere il proprio padre rimarrà psicologicamente un parricida, anche se per errore ha ucciso un estraneo». Vedi art. 14 del Progetto FERRI ed E. ALTAVILLA, *La subiettivizzazione*, cit., p. 11 ss. e 17. Si era occupato, *incidenter tantum*, del reato putativo per errore sul fatto anche il LOMBROSO che al riguardo sentenziava: «eppure, colpendoli fortemente, possiamo salvare qualche vittima, mentre col solito sistema di interpretazione erroneamente mite, per salvare le formole, si prepara la morte di un innocente». Vedi C. LOMBROSO, *L'uomo*, cit., p. 276 ss..

Attualmente, questo "rigurgito" di soggettivismo colpisce anche il nostro ordinamento giuridico, ove l'equiparazione ai fini sanzionatori tra tentativo e consumazione è sancita nel diritto penale doganale (art. 293 d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43). Ove non è chi non veda come una simile equiparazione non sia assolutamente giustificata dall'importanza dell'interesse tutelato dalla fattispecie incriminatrice di contrabbando (*recte*: la riscossione dei diritti di confine).

<sup>(115)</sup> Appare utile, in tema di sanzioni "*ad infinitum*", un confronto tra il classico codice ZANARDELLI ed il progetto FERRI. In quest'ultimo, soltanto per le fattispecie criminose più gravi erano previste, a tempo assolutamente indeterminato ed in relazione alle varie tipologie di delinquenti, la segregazione rigorosa, la detenzione rigorosa, la speciale colonia di lavoro, la casa di custodia per minorenni, la casa di custodia per adulti ed il manicomio criminale. Considerando che le ultime quattro sanzioni erano irrogate a delinquenti in stato di infermità mentale, le prime due corrispondono *mutatis mutandis* all'ergastolo del codice ZANARDELLI. Con un'ovvia considerazione: salvo amnistia, indulto o attenuanti generiche, l'ergastolo era una pena perpetua (art. 12 c.p. 1889) mentre ogni sanzione difensiva a tempo assolutamente indeterminato, al contrario, poteva sempre cessare nella sua esecuzione grazie alla liberazione condizionale (artt. 83, comma 3, e 89 progetto FERRI). Senza contare, poi, l'"indeterminatezza" della pena di morte, di cui il FERRI era un fervente abolizionista, abolita dal codice ZANARDELLI ma comunque "sostenuta" da molti filosofi idealisti, come il CROCE, e da molti criminalisti sia classici (come il BECCARIA, il ROMAGNOSI ed il ROSSI) che moderni (come il CARNELUTTI, il MAGGIORE ed il BETTIOL).

altri termini: una esecuzione dalla durata indeterminata ma determinabile perché fissata all'interno di due estremi temporali predefiniti<sup>(116)</sup>.

Questo intendeva il FERRI nel sentenziare che «quando il giudice, ora – attraverso i calcoli delle frazioni aritmetiche in più od in meno – condanna un delinquente, per esempio, a 9 anni, 7 mesi e 20 giorni di reclusione, l'assurdità del sistema è evidente, come se alla porta dell'ospedale il medico prefissasse i mesi od i giorni di permanenza dell'ammalato, che dovesse restarvi fino allo scadere del termine stesso anche se ancora non guarito»<sup>(117)</sup>.

Il *punctum dolens* dell'impianto sanzionatorio del positivismo, a ben vedere, sembra un altro. Se la responsabilità legale semplifica di molto le indagini condotte in tema di imputabilità, la pericolosità sociale le complica vistosamente in tema di irrogazione della sanzione difensiva. Il ricorso al concetto di pericolosità sociale si paga dunque a caro prezzo: la fortissima componente scientifica che connota il nuovo diritto penale rischia invero di travolgere un giudice impreparato che, nel fisiologico difetto di cognizioni antropologiche e sociologiche, è destinato ad impaludarsi nel più pesante empirismo.

A questo presagio soccorreva un ottimismo forse troppo prematuro del FERRI che, nell'ottica di una imminente riforma dell'ordinamento penitenziario, assicurava «1° il reclutamento e la carriera dei giudici penali specializzati, che

---

<sup>(116)</sup> Nel sistema del FERRI, come ricordato, ricopriva una posizione chiave l'istituto della liberazione condizionale che, cessatane la pericolosità, consentiva la rimessione in libertà del condannato dopo il termine minimo fissato nella sentenza ovvero anche prima del termine massimo fissato in questa. Per ottenere il beneficio, il detenuto doveva aver ottenuto il parere favorevole del Consiglio di sorveglianza, composto del direttore, del medico antropologo-criminalista, del maestro, del cappellano, di un capomastro e di un condannato della classe degli "ottimi".

<sup>(117)</sup> Vedi E. FERRI, *Principi*, cit., p. 333 ss.. L'ironia dell'affermazione è rivolta, naturalmente, alla contraddizione del diritto penale classico che tenta una forzata ed impossibile equivalenza tra due termini eterogenei quali il delitto e la pena. Vedi, ad esempio, le posizioni del ROSSI e del ROMAGNOSI alle note nn. 104 e 107.

Ancora, il CARRARA misura quantitativamente il delitto per mezzo del danno sociale, immediato e mediato, da questo prodotto. Con il logico risultato che un reato grave, commesso da una persona poco pericolosa, sarebbe sempre punito con una pena grave ed un reato lieve, commesso da una persona molto pericolosa, sarebbe sempre punito con una pena lieve. Vedi F. CARRARA, *Programma*, cit., § 187 ss..

Questa tesi, coerente e lineare nella sua argomentazione assolutamente "impersonale", glissa però la questione principale: qual è la misura del danno sociale prodotto dal furto? perché, ad esempio, deve essere punito con la reclusione e non semplicemente con la multa? E qual è la giusta "dose" di tempo o la giusta somma di denaro?

potranno, da soli, per le proprie cognizioni tecniche (perfezionate nelle scuole universitarie d'applicazione criminale), definire la personalità criminale dell'imputato nel maggior numero dei casi meno rilevanti e complicati; 2° l'ordinamento peritale degli antropologi-criminalisti, addetti a ciascun tribunale e da consultarsi nei casi più gravi e difficili»<sup>(118)</sup>.

Anche sotto il regime di una simile riforma, però, si profilava il rischio di una semplice sostituzione di grandezze incommensurabili: da quelle relative al reato ed alla pena a quelle relative al reato ed alla pericolosità del suo autore. È come se, alla intuizione metafisica del giudice, si fosse sostituita una, non meno deleteria, intuizione “scientifica” del giudice e dei suoi ausiliari.

Cionondimeno, nello statuto della Scuola Positiva si delineeranno sempre questi tre canoni irrinunciabili: la difesa sociale, la responsabilità sociale (*recte*: legale) e la pericolosità sociale. La prima costituisce la dottrina di giustificazione della sanzione penale; la seconda, il meccanismo di imputazione della sanzione penale; la terza, il criterio di irrogazione della sanzione penale.

Lo scenario che appare, verso la fine del XIX secolo, è dunque il seguente. Gli “eserciti” sono schierati sul campo di battaglia dottrinale: la gloriosa e veterana Scuola Classica affronta la rivoluzionaria Scuola Positiva. I due generali delle opposte centurie, l'ormai ottuagenario FRANCESCO CARRARA ed il poco più

---

<sup>(118)</sup> Vedi E. FERRI, *Principi*, cit. p. 355. Sulla preparazione scientifica degli operatori del diritto si è sempre battuto il NUVOLONE: «cette constatation doit tout au plus nous stimuler à créer des magistrats, des avocats, des fervents de la science pénale qui soient vraiment dignes des tâches nouvelles et plus délicates qui les attendent». Vedi P. NUVOLONE, *Le principe de la légalité et les principes de la défense sociale*, in *Trent'anni di diritto e procedurale penale*, Padova, Cedam, 1969, p. 265; ID., *Il controllo del potere discrezionale attribuito al giudice per la determinazione delle pene e delle misure di prevenzione*, in *Jus*, p. 257.

Per altre riforme di natura pratica, in ottica sostitutiva di quelle che GAROFALO definiva ironicamente “leggi protettrici dei delitti”, vedi *amplius* E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. II, p. 303 ss.. In particolare, si deve ricordare: l'applicazione “selezionata” della presunzione di non colpevolezza, ad esempio non estesa alle ipotesi di confessione; la possibilità di revisione *in peius* o di *reformatio in peius* in sede di appello; il risarcimento del danno *ex delicto* comminato d'ufficio; la previsione di un'azione penale popolare in via concorrente a quella esercitata dall'organo dell'accusa; la riparazione in caso di errori giudiziari; l'obbligo di osservare la conclusione peritale; l'abolizione dei giurati. Vedi anche, per il “regionalismo” penalistico differenziato nonché per l'abolizione del diritto di querela, R. GAROFALO, *Criminologia*, cit., p. 201 e 387 ss..

Nonostante l'auspicata introduzione della conclusione peritale vincolante, rimane degna di considerazione la sconsolata osservazione del DE MAURO per cui «in base agli stessi elementi è possibile a due scienziati ugualmente illustri, che stanno alle due opposte sponde, sostenere le due opposte tesi, con argomentazioni sorrette dagli insegnamenti della stessa disciplina». Vedi G.B. DE MAURO, *Sul concetto*, cit., p. 12 ss..

che ventenne ENRICO FERRI, conoscono l'importanza della posta in palio: il futuro del diritto penale.

A giudicare dall'attuale codice penale, nessuna delle due milizie può dichiararsi vincitrice, entrambe essendo addivenute ad un armistizio intellettualmente poco onorevole. A proposito dell'eclettismo filosofico, già il CROCE lo dipingeva come «la pace degli infingardi, che non si urtano tra loro perché non operano, non è da sublimare confondendola con l'alta pace, propria di coloro che hanno combattuto e, dopo il combattimento, anzi nel combattimento stesso, si sono affratellati»<sup>(119)</sup>.

---

<sup>(119)</sup> B. CROCE, *Logica*, cit., p. 336. Tipico esempio di eclettismo filosofico, applicato alla giustizia penale, lo evidenzia il TARDE il cui sistema, praticamente inattuabile, si nota per una originale costruzione di forte matrice sociologica. Il magistrato di Sarlat, dopo aver sentenziato che «il n'est donc pas permis de soutenir que le libre arbitre est la pierre angulaire de la morale», non rinuncia alla categoria della responsabilità morale che, istituto comune tanto al diritto civile quanto a quello penale, viene modellata su presupposti affatto diversi: l'identità personale e la somiglianza sociale. Per la precisione: identità del delinquente con sé, prima del delitto e fino al tempo in cui sarà giudicato. E somiglianza sociale tra delinquente, interprete (*rectius*: il giudice) e società.

L'identità personale viene meno però nell'esempio scolastico di alienazione mentale: «il faut d'abord que, en agissant, l'agent ait été en possession de toutes ses facultés habituelles et caractéristiques, qu'il ne soit nullement sorti de son être normal», intendendo per “essere normale” «l'état ordinaire de la moyenne de ses co-associés».

La somiglianza sociale, che per TARDE coincide con l'omogeneità socio-culturale dei tre soggetti coinvolti nella vicenda giudiziaria, viene meno invece nell'esempio altrettanto scolastico del selvaggio giudicato in una società civilizzata: «une condition indispensable, donc, pour que le sentiment de la responsabilité morale et pénale s'éveille, c'est que l'auteur et la victime d'un fait soient et se sentent plus ou moins compatriotes sociaux, qu'ils présentent un nombre suffisant de ressemblances, d'origine sociale, c'est-à-dire imitative». In conclusione: «responsabilité, je le répète, implique un lien social, un ensemble de similitudes de nature non organique seulement, entre les êtres grands ou petits, les Etats ou les individus jugés responsables; et responsabilité implique, en outre, un lien psychologique entre l'état antérieur durant lequel l'être jugé responsable a agi ou contracté et l'état postérieur durant lequel on le somme d'avoir à répondre de son acte ou à exécuter son contrat». Da ciò, inoltre, l'ammissibilità per il TARDE di una responsabilità morale “attenuata”.

Ora, senza scomodare il *panta rei* eracleo che, di per sé, sarebbe già idoneo a travolgere la fondatezza del presupposto dell'“identità personale”, si devono mettere in luce le numerose aporie che, nella costruzione del filosofo di Dordogne, rendono la “somiglianza sociale” una condizione precaria ed evanescente. Se nel sistema del TARDE si auspica l'armonizzazione del diritto penale nei vari Stati, o in altri termini l'avvento di un diritto penale “universale”, la “somiglianza sociale”, postulando una predefinita validità spaziale della disposizione penale è una condizione destinata, prima o poi, a scomparire. Di questo se ne accorge anche il TARDE che, fin da subito, la descrive come una “condizione secondaria ed accessoria” (ciò che suona una contraddizione in termini) della responsabilità morale. Tanto è vero che, non senza un profilo di incoerenza che sembra minare alla base il suo sistema, egli riconosce la responsabilità morale del delinquente nato: ma il reo, pur identico a sé prima e dopo il delitto, non somiglia punto ai suoi consociati!

In maniera più chiara e lineare, sembra dunque che l'unica condizione della responsabilità morale nella costruzione tardiana sia quella identità personale che, nel binomio “memoria e

L'*actio finium regundorum* che regolava in modo netto e limpido i confini tra la giustizia penale classica e quella positivistica era stata cancellata. Per i classici la retta passava, nel campo filosofico, per il *libero arbitrio* e, nel campo giuridico, per l'*imputabilità*. Il prodotto concepito, ossia la *pena*, spiccava per la sua funzione principalmente *repressiva* e veniva irrogata con criteri *retribuzionistici*: si puniva *quia peccatum* e, salvo l'ergastolo o la pena capitale, a tempo fisso.

Per i positivisti, in ottica speculare, la retta passava, nel campo scientifico, per il *determinismo psicologico* e, nel campo giuridico, per la *responsabilità legale*. Il prodotto concepito, ossia la *sanzione* (non necessariamente la pena), spiccava per la sua funzione principalmente *difensiva* e veniva irrogata secondo criteri *utilitaristici*: si puniva *ne peccetur* e, salvo la sanzione pecuniaria, a tempo indeterminato.

Come può agevolmente osservarsi, due rette parallele destinate a non incontrarsi mai. Due sistemi normativi diversi ed incompatibili, quanto il sole e la luna, che soltanto l'abilità eclettica più spregiudicata ha potuto (con)fondere nel codice ROCCO<sup>(120)</sup>.

abitudine", viene etichettata nel linguaggio dell'autore come il *moi*: «d'autre part, une société est une collection non d'organismes précisément, ni même d'âmes, mais de *moi*» e che «le moi est au cerveau ce que l'Etat est à la nation». Vedi *amplius* G. TARDE, *La philosophie*, cit., p. 12 ss., 85 ss., 100 ss., 116 ss..

<sup>(120)</sup> È quanto meno affrettata la conclusione del BATTAGLINI per cui nel codice ROCCO non vi sarebbe traccia alcuna di eclettismo essendo aumentato, con l'introduzione del sistema delle misure di sicurezza, il "codice penale" e non anche "il diritto penale". Non è chi non veda, infatti, come gli istituti della c.d. pericolosità sociale qualificata dispieghino numerosi e rilevanti effetti penali e come, grazie al positivismo, sia stata consacrata, come bacino normativo dell'irrogazione di ogni sanzione penale, la "capacità a delinquere". Vedi G. BATTAGLINI, *La natura giuridica delle misure di sicurezza*, in *Rivista di diritto penitenziario*, 1930, p. 1290 ss..

Non può essere concesso lo statuto della "Scuola" all'eclettismo, la cui produzione scientifica non è stata né originale né innovativa, come testimonia il "naturalismo sociale" o "positivismo critico" del CARNEVALE ovvero il "naturalismo critico" dell'ALIMENA. Vedi E. CARNEVALE, *Il naturalismo*, cit., c. 571 ss., ove confessa non essere stato suo intendimento quello di fondare una "terza" scuola ma semplicemente quello di differenziarsi dal "proto" positivismo lombrosiano; B. ALIMENA, *La scuola*, cit., p. 10 ss. e 27 ss..

Tradizionalmente annoverato tra i c.d. neo-classici del tecnicismo giuridico, il ROCCO sembra esaltare, in alcune sue opere, la concezione deterministica del volere: vedi AR. ROCCO, *Sul così detto carattere*, cit., p. 59 ss..

L'espressione più alta dell'eclettismo può dirsi raggiunta senza dubbio dal GEMELLI. Il sacerdote milanese lodava il codice ROCCO per la simultanea valorizzazione della responsabilità morale e di numerosi istituti "ritagliati" sulla personalità del reo, *in primis* la "novità" delle misure di sicurezza: vedi *amplius* A. GEMELLI, *Il progetto*, cit., *passim*. In questo articolo, il

Si giunge dunque ad un matrimonio di convenienza tra la due Scuole<sup>(121)</sup>.

Nel testo del codice viene snaturato il concetto di pericolosità sociale che da mero

sacerdote, dopo aver confuso le misure di sicurezza con i provvedimenti di polizia, attacca sovente le opere positivistiche con argomentazioni che mostrano, tutt'al più, un'imperdonabile sommarietà con cui tali opere sono state studiate. Sia sufficiente richiamare un passo (p. 26 ss.) a proposito delle misure di sicurezza: «è noto che la Scuola positiva al contrario, trasforma il Codice penale in un codice di prevenzione. La Scuola positiva, cioè, sostituendo alla imputabilità la pericolosità, al diritto di punire il diritto di difesa, si fonda sulla prevedibilità delle azioni umane, in quanto espressione di condizioni abnormi. Il diritto penale diventa diritto preventivo e il fondamento dei provvedimenti da prendersi dallo Stato per la difesa sociale è la responsabilità legale, per la quale tutti i delinquenti, qualunque siano le loro condizioni fisico-psichiche, debbono essere posti in condizione di non nuocere».

La confusione dottrinale non potrebbe essere più grande. In primo luogo, la Scuola Positiva, come più volte ripetuto, sostituisce all'imputabilità la responsabilità legale e non anche la pericolosità. In secondo luogo, una volta riconosciuto che la base del diritto penale positivo è la responsabilità legale, non si comprende come ancora possa discutersi di un diritto penale "preventivo". Ma vi è di più. Discorrendo della responsabilità morale "classica" e di quella legale "positiva", il GEMELLI conclude (p. 27 ss.): «i pensatori cattolici invece assumono una posizione che è originale (!) e che permette di risolvere il grave problema. Essi ammettono una dottrina della pena che, nello stabilire il potere punitivo dello Stato, prescinde dai concetti di colpa morale (!), di espiatione, ecc., e adotta invece quella teoria della necessità che ha in sé gli elementi per permettere, da un canto, lo sviluppo del diritto penale a seconda delle mutevoli esigenze della vita sociale in rapporto con le trasformazioni della delinquenza e, dall'altro, che la pena non ecceda determinati limiti». In questa argomentazione - che altro non sembra se non una parafrasi della dottrina positivista ma non certo di quella cattolica, ancorata fedelmente da S. TOMMASO in poi al libero arbitrio umano - l'unica cosa di "originale" è leggere di un sacerdote cattolico che afferma di prescindere, ai fini dell'irrogazione della punizione, dalla colpa morale!

<sup>(121)</sup> Questo compromesso non è nuovo perché ha un illustre precedente nel codice ZANARDELLI, ove oltretutto il problema dell'imputabilità era (con)fuso con quello dell'elemento soggettivo del reato. E rimaneva insoluta la questione del riconoscimento sul piano normativo del concetto di libero arbitrio. L'art. 45, infatti, recitava: «nessuno può essere punito per un delitto se non abbia voluto il fatto che lo costituisce, tranne che la legge lo ponga altrimenti a suo carico, come conseguenza della sua azione od omissione. Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione, ancorché non si dimostri che egli abbia voluto un fatto contrario alla legge».

Ora, poiché non è consentito confondere l'atto *volontario* con l'atto *libero*, non è chi non veda come l'ambigua formula adottata nel 1889 abbia accontentato sia i liberisti che i deterministi. I primi, «perché la libertà è un attributo indispensabile della volontà: cosicché questa non può esistere senza di quella, nel modo stesso che non può essere materia senza gravità» (vedi F. CARRARA, *Programma*, cit., § 62). I secondi, perché, pur negando il libero arbitrio, non negano certo l'esistenza della volontà, per quanto determinata dalle condizioni esterne ed interne all'agente. Di modo che l'imputabilità non veniva definita in positivo dal codice ZANARDELLI ma, attraverso le cause che la escludevano o scemavano, soltanto in negativo. Il riferimento alla "libertà" tornava, però, nell'art. 46 che, nell'escludere l'imputabilità a causa dell'infermità mentale, riproduceva una formula molto simile alla "coscienza dei suoi atti e libertà di elezione" già formulata dall'art. 34 del codice toscano del 1853. L'art. 46 del codice ZANARDELLI recitava infatti: «non è punibile colui che, nel momento in cui ha commesso il fatto, era in tale stato di infermità di mente da togliergli la coscienza o la libertà dei propri atti. Il giudice, nondimeno, ove stimi pericolosa la liberazione dell'imputato prosciolto ne ordina la consegna all'Autorità competente per i provvedimenti di legge». La presenza del riferimento alla "libertà" in una sola delle cause di esclusione dell'imputabilità, sebbene quella più "nota" e ricorrente, non consentirebbe di concludere con sicurezza che il codice ZANARDELLI, anche se non letteralmente, si sia comunque fondato, recependolo normativamente, sul concetto di libero arbitrio.

criterio di dosimetria quali-quantitativo della sanzione diviene *anche* il presupposto per l'irrogazione della stessa, sovrapponendosi inevitabilmente al concetto di responsabilità legale. In altri termini, si sofisticava il concetto di pericolosità sociale che diviene istituto poliedrico valevole contemporaneamente per l'*an*, il *quomodo* ed il *quantum* della nuova sanzione, ossia la misura di sicurezza<sup>(122)</sup>. D'altronde, questa scelta si palesava obbligatoria: forse consci dell'infelice imitazione che avevano appena prodotto, i redattori del codice non potevano, se non con una violenza alla logica, mantenere nello stesso sistema normativo tanto il libero arbitrio quanto il determinismo psicologico<sup>(123)</sup>.

Un imperdonabile volo pindarico, dunque, che ha portato alla fine ad una grottesca caricatura dell'intero sistema positivista<sup>(124)</sup>. Ciò che non era concesso

L'argomento testuale è rivalutato dal FLORIAN e dal GRISPIGNI per sostenere come anche il codice attuale, stante l'omesso riferimento alla "libertà" nell'art. 85 c.p., non abbia preso in realtà alcuna precisa posizione normativa in merito al riconoscimento del libero arbitrio. Vedi E. FLORIAN, *Trattato*, cit., Vol. I, p. 310 ss.; F. GRISPIGNI, *Diritto*, cit., p. 80 ss..

<sup>(122)</sup> Dopo aver confuso i due istituti giuridici, il GRAMATICA, nel tentativo di inglobare la pericolosità dei positivisti nell'elemento psicologico della sua "antisocialità", accusa il FERRI di escludere dal concetto di pericolosità «ogni valutazione psicologica, affidando, con ciò, al diritto una funzione meramente obiettiva!» Vedi F. GRAMATICA, *Principi*, cit., p. 107 ss.. Ora, accusare il FERRI di sostenere una concezione "oggettiva" della pericolosità equivale a confessare di non aver mai letto, se non con immensa superficialità, un'opera di questo autore.

<sup>(123)</sup> Per alcune considerazioni sulle c.d. finzioni di imputabilità, che derogano alla regola per cui si può punire soltanto una volontà libera, vedi *amplius* il primo paragrafo di questo capitolo.

<sup>(124)</sup> Discorso in parte simile a quello effettuato per gli eclettici deve ora essere affrontato nell'analisi del pensiero dell'ANCEL. Dopo aver coniato l'espressione "nuova difesa sociale", in contrapposizione a quella "vecchia" elaborata dal FERRI, questo autore ne distingue una versione moderata, di cui si ritiene esponente, da una versione estrema, in cui colloca il GRAMATICA (che, in realtà, è un vero e proprio abolizionista: vedi nota n. 114).

L'ANCEL, allievo dell'eclettico PRINS, fonda il suo pensiero sul trinomio "*dé-juridicisation, dé-criminalisation, resocialitation*". E con la prima intende combattere l'abuso del giuridicismo, marcando i corretti confini tra "tecnica" e "dogmatica". Con la seconda intende avviare una più ampia opera di "prevenzione del crimine", sviluppando una politica criminale sita a metà tra criminologia e scienza giuridica. Ed infine con la terza intende garantire al delinquente un trattamento "individualizzato", vale a dire caratterizzato dallo studio della personalità del soggetto nell'ottica di una radicale riforma del sistema sanzionatorio ove pena e misura di sicurezza sono destinate a fondersi in un'unica categoria sanzionatoria.

Questo programma, che si prefigge di superare la mera repressione del diritto penale classico e la natura retributiva propria della pena, non è che una copia sbiadita del celebre programma del FERRI. L'unica differenza con l'illustre positivista è il riconoscimento sul piano normativo del libero arbitrio che, però, mal si concilia col tentativo di sostituire alla responsabilità morale un non meglio definito "sentiment de l'obligation morale" che, spogliato accuratamente di ogni velleità letterale, assomiglia molto alle soluzioni "eclettiche" già proposte ed esaminate. Da tutto quanto precede appare quantomeno affrettata la declamazione iniziale dello stesso ANCEL per cui «la défense sociale apparaît ainsi à la fois comme une nouvelle approche du problème criminel et comme une tendance nouvelle de la politique qui organise la réaction contre le

sul piano scientifico fu invece riconosciuto su quello legislativo: la coerenza dottrinale imponeva una scelta radicale, sia pur difficile, tra mondo classico e mondo positivista ma si è realizzata una coesistenza forzata irriguardosa verso entrambi: si è dato, come col solito acume notava il FERRI, un «colpo alla botte ortodossa ed uno al cerchio eterodosso»<sup>(125)</sup>.

E così la pericolosità sociale, da vanto di gloria dei positivisti, era divenuta un ingombrante orpello nel sistema del libero arbitrio e della pena.

---

phénomène délictueux». Vedi *amplius* M. ANCEL, *La défense*, cit., p. 28 ss., 81 ss., 193 ss., 229 ss., 258 ss.. In riferimento al profilo della de-giuridicizzazione, vedi per una critica di irrazionalismo alla metodologia seguita dall'ANCEL, definita come "romantica" e confusionista, avversa ad ogni procedimento logico di tipo sistematico, G. BETTIOL, *Verso un nuovo romanticismo giuridico*, in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 1980, p. 247 ss..

Grande estimatore del "sistema" dell'ANCEL, il NUVOLONE tenta infine di conciliare il principio di legalità con quello di difesa sociale che, per la sua carica innovativa, sembra costituirne un "aggiornamento". E conclude: «au delà de toute dissonance apparente, ces deux principes se fondent dans l'unité suprême de la justice». Vedi P. NUVOLONE, *Le principe*, cit., p. 259 ss..

<sup>(125)</sup> E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. I, p. 32. Le osservazioni critiche del FERRI si riferiscono, stante la morte del maestro avvenuta nel 1929, al progetto preliminare del codice ROCCO del 1927.



## **CAPITOLO TERZO: STRUTTURA E SISTEMATICA DEL CONCETTO DI “PERICOLOSITÀ SOCIALE”**

SOMMARIO: — 1. PREMessa METODOLOGICA ALLE VARIE TEORIE SULLA PERICOLOSITÀ SOCIALE. LA DEFINIZIONE DEL FEUERBACH COME PRECEDENTE DOTTRINALE DI QUESTE TESI. LA PERICOLOSITÀ SOCIALE COME QUALIFICA DI UNO “STATO”, DI UNO “STATO ANTIGIURIDICO” OVVERO DI UNO “STATO ANTIGIURIDICO PENALE”. — 2. LA PERICOLOSITÀ SOCIALE COME QUALIFICA DI UNO “STATO”. *NULLA PERICULOSITATE SINE CRIMINE*. IL GAROFALO E LA “TEMIBILITÀ DEL DELINQUENTE”. APORIE LOGICHE E CONCETTUALI DI QUESTA TEORIA. IL SISTEMA DELLA PERICOLOSITÀ DEL FERRI: PERICOLOSITÀ *ANTE* E *POST DELICTUM*. L’ALTAVILLA E L’“APPARTENENZA PSICOLOGICA” DEL REATO AL SUO AUTORE: DISPOSIZIONE, INCLINAZIONE E TENDENZA. APORIE LOGICHE E CONCETTUALI DI QUESTA TEORIA. ALCUNE DEVIAZIONI DAL MODELLO POSITIVISTICO: LA PERICOLOSITÀ SOCIALE COME SINTOMO PATOLOGICO PER IL FLORIAN E GLI INDICI DI ANTISOCIALITÀ DEL GRAMATICA. LA POSIZIONE DEI “CLASSICI” SULLA PERICOLOSITÀ SOCIALE: IL PETROCELLI. — 3. LA PERICOLOSITÀ SOCIALE COME QUALIFICA DI UNO “STATO ANTIGIURIDICO”: IL GRISPIGNI. PRINCIPALE APORIA DI QUESTA TEORIA: IL FATTO DI REATO O DI “QUASI-REATO” COME CONDIZIONE NECESSARIA, ASSIEME ALLA PERICOLOSITÀ SOCIALE, PER L’IRROGAZIONE DELLA SANZIONE. LA PERICOLOSITÀ SOCIALE COME “ANOMALIA PSICHICA”. IN NOTA: LA TEORIA DEL DE ASÙA. — 4. LA PERICOLOSITÀ SOCIALE COME QUALIFICA DI UNO “STATO ANTIGIURIDICO PENALE”. IL CONTI E LA MISURA DI SICUREZZA COME “COMPLEMENTO” O “SURROGATO” DELLA PENA. LO STATO DI “IMMANENZA CRIMINALE” DEL SABATINI. IL DE MARSICO E L’“ANTISOCIALITÀ DELLA CONDOTTA”. IN NOTA: LA TEORIA DEL ROCCO. — 5. LINEAMENTI DI UNA TEORIA GENERALE DELLA PERICOLOSITÀ SOCIALE. PERICOLOSITÀ SOCIALE COME PERICOLO PER LA SOCIETÀ. PERICOLOSITÀ SOCIALE COME QUALIFICA DI UNO “STATO”. EQUIVALENZA TRA “PERICOLOSITÀ SOCIALE” E “DELINQUENZA”. ESTENSIONE DELLA PROGnosi DI PERICOLOSITÀ ANCHE AI FATTI NON PREVEDUTI DALLA LEGGE COME REATO. IL FATTO DI REATO O DI “QUASI-REATO” COME CONDIZIONE NECESSARIA, NONCHÉ SINTOMO PER ECCELLENZA, DELLA SUDETTA PROGnosi. LA STRUTTURA E L’ACCERTAMENTO DEL GIUDIZIO DI

PERICOLOSITÀ SOGGETTIVA. LE FATTISPECIE COMPLESSE DI PERICOLOSITÀ. LA NATURA GIURIDICA DELLE MISURE DI SICUREZZA. — 6. PERICOLOSITÀ SOCIALE E CAPACITÀ A DELINQUERE. L’IDENTITÀ NORMATIVA DEI DUE ISTITUTI GIURIDICI SECONDO IL GRISPIGNI. APORIE DI QUESTA TEORIA E DESCRIZIONE DELLE NUMEROSE DIFFERENZE, DI TIPO QUANTITATIVO E QUALITATIVO, TRA PERICOLOSITÀ SOCIALE E CAPACITÀ A DELINQUERE. — 7. LE FATTISPECIE DI C.D. PERICOLOSITÀ SOCIALE QUALIFICATA COME TRADUZIONE NORMATIVA DEL “TIPO LEGALE CRIMINOLOGICO”. LORO APPARTENENZA AL DIRITTO PENALE. LA FINALITÀ PREVENTIVA DELLE FATTISPECIE DI C.D. PERICOLOSITÀ SOCIALE QUALIFICATA. LE DIVERSE CHIAVI DI LETTURA DELL’ISTITUTO DELLA RECIDIVA.

*La società può richiedere una condotta leale, ma le è indifferente un pensiero fedele*

Giuseppe Bettiol

**I. — PREMESSA METODOLOGICA ALLE VARIE TEORIE SULLA PERICOLOSITÀ SOCIALE. LA DEFINIZIONE DEL FEUERBACH COME PRECEDENTE DOTTRINALE DI QUESTE TESI. LA PERICOLOSITÀ SOCIALE COME QUALIFICA DI UNO “STATO”, DI UNO “STATO ANTIGIURIDICO” OVVERO DI UNO “STATO ANTIGIURIDICO PENALE”.**

Prima della definitiva consacrazione nell’art. 203 del codice ROCCO, si può affermare che ogni autore si sia cimentato nella costruzione di una teorica della pericolosità sociale. Ma, anche dopo la codificazione, questo istituto non sembra ancora aver trovato una chiara qualificazione giuridica né guadagnato una precisa collocazione dogmatica.

Molti profili interessanti, che si avrà l’opportunità di esaminare nel proseguo del capitolo, appaiono ancora ben lungi dall’essere nitidamente definiti.

L’archetipo della definizione di “pericolosità sociale” viene fornito “paradossalmente” da un criminalista classico, il FEUERBACH. Questa

argomentazione del filosofo di Jena avrà il pregio di influenzare non poco le posizioni dottrinali successivamente sviluppate *in subiecta materia*: «ich setze voraus, dass mit den Worte Gefährlichkeit seinen bestimmten und wahren Sinn verbindet und sich nichts weiter darunter denkt, als diejenige Eigenschaft der Person, welche ein Grund der Wahrscheinlichkeit ist, dass sie wirklich Rechte verletzen werde»<sup>(1)</sup>.

A ben vedere, si tratta più che altro di una definizione in “embrione”. Essa non entra nel merito della questione soffermandosi, ad esempio, su quali siano le note costitutive di tale *Eigenschaft* ovvero da quali sintomi essa possa essere rilevata. Ed inoltre sembra assumere un contenuto penalmente “asettico” quel riferimento alla lesione di generici *Rechte*. In questa definizione soltanto il grado della prognosi di pericolosità risulta ben delimitato: *Wahrscheinlichkeit*.

Nonostante la struttura “stilizzata”, da questo autorevole “ceppo dottrinale” si sono sviluppate tre diverse ramificazioni che, secondo un *climax* crescente, hanno ricostruito il concetto di pericolosità sociale come la qualifica ora di uno *stato*, ora di uno *stato anti-giuridico* ed infine di uno *stato anti-giuridico penale*.

Nella rassegna dottrinale offerta dai paragrafi che seguono, le tre posizioni di questa “evoluzione” concettuale saranno esposte attraverso l’analisi delle costruzioni dogmatiche formulate dai loro esponenti più autorevoli.

Il nobile tentativo di questi autori ha prodotto teoriche non sempre cristalline ma, soprattutto, non sempre nettamente incasellabili in una, piuttosto che in un’altra, delle posizioni sopra cennate. Molte volte alcuni contributi sembrano sposare più concezioni, costituendo una sorta di “ponte” concettuale che permette di transitare da una collocazione dogmatica all’altra. Ovvero rappresentano delle semplici varianti che, dotate di sfumature più o meno rilevanti, dipartono da una medesima struttura dottrinale già eretta da altri.

---

<sup>(1)</sup> P.J.A.R. VON FEUERBACH, *Revision*, cit., Vol. II, p. 365 ss.. Nel nono capitolo, dedicato alle “condizioni soggettive” della punibilità, l’illustre criminalista si interroga sulla relazione tra “immoralità” e “pericolosità” dell’individuo e sui rapporti intercorrenti tra quest’ultima e la colpa morale: «aber nun zu der Frage: ob denn die Größe der unmoralischen Denkungsart, auf welche wir von der Unabhängigkeit von Natursachen schließen, die Größe der Gefährlichkeit eines Menschen bestimme?».

## 2. — LA PERICOLOSITÀ SOCIALE COME QUALIFICA DI UNO “STATO”.

**NULLA PERICULOSITATE SINE CRIMINE. IL GAROFALO E LA “TEMIBILITÀ DEL DELINQUENTE”. APORIE LOGICHE E CONCETTUALI DI QUESTA TEORIA. IL SISTEMA DELLA PERICOLOSITÀ DEL FERRI: PERICOLOSITÀ ANTE E POST DELICTUM. L’ALTAVILLA E L’“APPARTENENZA PSICOLOGICA” DEL REATO AL SUO AUTORE: DISPOSIZIONE, INCLINAZIONE E TENDENZA. APORIE LOGICHE E CONCETTUALI DI QUESTA TEORIA. ALCUNE DEVIAZIONI DAL MODELLO POSITIVISTICO: LA PERICOLOSITÀ SOCIALE COME SINTOMO PATOLOGICO PER IL FLORIAN E GLI INDICI DI ANTISOCIALITÀ DEL GRAMATICA. LA POSIZIONE DEI “CLASSICI” SULLA PERICOLOSITÀ SOCIALE: IL PETROCELLI.**

Questo primo filone dottrinale ha il pregio di delimitare in maniera concettualmente limpida le proprie indagini normative. L’analisi degli effetti giuridici derivanti dalla commissione di un “fatto di reato” procede parallela ma autonoma da quella concernente gli effetti giuridici derivanti da un particolare “stato” del suo autore. Si rispetta, ricorrendo al linguaggio del KELSEN, la distinzione tra parte “dinamica” e “statica” del diritto<sup>(2)</sup>.

La pericolosità sociale è un concetto “dogmaticamente” subordinato a quello del fatto di reato: si potrebbe affermare, in ossequio alle formule garantistiche coniate dal FEUERBACH, che «*nulla periculositate sine crimine*». In questo ordine di idee si muove il positivismo delle origini, ancora non inquinato dall’ecllettismo del codice ROCCO: la pericolosità sociale non qualifica uno dei possibili *status* da ricondurre alla figura del delinquente ma contrassegna indelebilmente lo *status* di ogni delinquente. Come si avrà occasione di rimarcare, la tesi per cui ogni delinquente sarebbe sempre, di per sé, più o meno pericoloso ha affascinato ed è stata apprezzata anche da autori lontani dalle idee della Scuola Positiva. Ma si proceda con ordine.

Il concetto di pericolosità sociale rinviene la sua “radice” scientifica in una felice intuizione del GAROFALO<sup>(3)</sup>. Con lo sguardo sempre rivolto ai profili

---

<sup>(2)</sup> Vedi H. KELSEN, *Reine*, cit., p. 86 ss..

<sup>(3)</sup> Sebbene sia innegabile che, in epoche precedenti a quelle in cui è fiorito il positivismo, fossero disposti degli interventi in chiave profilattica destinati ai soggetti considerati - per le più svariate ragioni - come “pericolosi”, è tuttavia indubbio merito del GAROFALO aver trasferito una

eminentemente pratici del giure penale, il magistrato napoletano propone un nuovo criterio per stabilire la “giusta” dosimetria della pena e renderla immune da qualsiasi forma patologica di ineffettività. E muove la sua analisi soppesando il disvalore di «due elementi del delitto: l’offesa alla sicurezza o libertà, sociale o individuale, e la probabilità della riproduzione»<sup>(4)</sup>.

Si erigono così due imponenti colonne e, all’interno di un numero elevato di combinazioni possibili, si stilano le risultanze dei vari incasellamenti. Nella prima colonna sono ascritti i reati più gravi, a seconda dell’offesa cagionata, mentre nella seconda i delinquenti più “temibili”, a seconda della loro “perversità”. Dall’analisi della fattispecie concreta sarebbe dunque emerso l’indice di “temibilità” del reo in base al fatto di reato commesso<sup>(5)</sup>.

---

simile problematica nel terreno del diritto penale. Vedi *amplius* R. GAROFALO, *Di un criterio*, cit., p. 48 ss..

<sup>(4)</sup> Ecco, dunque, la “novità” ai fini sanzionatori: accanto alla “gravità” oggettiva, o allarme realmente prodotto nel linguaggio del GAROFALO, si introduce anche una “gravità” soggettiva, o allarme ragionevolmente producibile (*recte*: il pericolo di una futura reiterazione). Il “demerito” dei criminalisti classici, naturalmente, è stato quello di non aver colto l’importanza di questo secondo “elemento del delitto”. Vedi R. GAROFALO, *Di un criterio*, cit., p. 50.

<sup>(5)</sup> In cima a questa peculiare classifica, ove il più “grave” dei delitti è commesso dal più “temibile” dei delinquenti, si trovano affiancati il latrocinio, l’omicidio su mandato, il parricidio, la grassazione o il sequestro di persona con sevizie, ecc..

Nel sistema del GAROFALO, la risposta sanzionatoria si modella su di un complesso schema tetrapartito. In particolare, la concreta ipotesi criminosa va correttamente collocata in una di queste quattro grandi aree: delitti “gravi” commessi da delinquenti “temibili”; delitti “lievi” commessi da delinquenti “temibili”; delitti “gravi” commessi da delinquenti “non temibili”; delitti “lievi” commessi da delinquenti “non temibili”. Per ognuna di queste caselle, muta però la risposta sanzionatoria: una pena con finalità di prevenzione generale e speciale nella prima; una pena con finalità di prevenzione speciale nella seconda; una pena con finalità di prevenzione generale nella terza; ed una mera pena correzionale nell’ultima. Nella prima casella, il GAROFALO propone la pena capitale o la reclusione perpetua con isolamento diurno e notturno. Nella seconda casella, la custodia o prigionia a tempo indeterminato. Nella terza casella, la reclusione o l’esilio di lunga durata. Nell’ultima casella, una severa ammonizione, la colonia agricola o il carcere di breve durata con isolamento diurno e notturno.

Si deve notare come, in un sistema simile, sia destinata a “scompare” la regola generale per cui il delitto tentato debba sempre essere punito in maniera più lieve rispetto al corrispondente delitto consumato. E questo perché un delitto tentato da un delinquente temibile ben potrebbe essere punito con la stessa pena, ovvero anche con una pena più grave, del (corrispondente) delitto consumato da un delinquente non temibile. Vedi R. GAROFALO, *Di un criterio*, cit., p. 54 ss. e 63 ss.; ID., *Criminologia*, cit., p. 338 ss.. In senso adesivo, per quanto concerne il discorso sanzionatorio sul “conato”, anche E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. II, p. 275 ss..

Se le premesse teoriche sono queste, la conclusione del GAROFALO procede come un logico corollario: «*la pena dev'essere determinata in base alla temibilità dei delinquenti. Ecco il principio che trasformerà radicalmente la legislazione*»<sup>(6)</sup>.

Ma l'esordio è infelice perché la formula della “temibilità del delinquente” sembra affetta sin da subito da una improprietà logica ed una concettuale. Logica: perché confonde la causa (*id est*: la pericolosità sociale del delinquente) con il suo effetto (*id est*: la temibilità dello stesso delinquente)<sup>(7)</sup>. Concettuale: perché l'univocità letterale della formula, così sbilanciata sul “versante” soggettivo, relega nell'ombra il ruolo fondamentale che recita il disvalore espresso dal fatto di reato. Senza il quale, invero, ogni indagine circa la pericolosità sociale del soggetto non avrebbe alcuna rilevanza *penale*.

Nella teorica del GAROFALO, il concetto di pericolosità sociale affiora soltanto *in nuce* ed appare ancora acerbo. Trascurando il profilo preventivo del contrasto al fenomeno deviante, la sua analisi evidenzia una lacuna nello studio

<sup>(6)</sup> Indice sicuro di un simile “stato” diverrebbe il numero delle recidive del delinquente: questo perché ogni delitto dovrebbe avere – in base alla sua gravità – un numero massimo consentito di recidive, oltrepassato il quale «il delinquente sia dichiarato *incorreggibile*, cioè *insensibile alla minaccia penale*».

Precedentemente, ed anticipando *in nuce* la classificazione antropologica ferriana, il GAROFALO si esprimeva così a proposito dei delinquenti abituali: «*l'emenda dei malfattori abituali è impossibile*; - l'idea del giusto, se pure è percepita dalla loro mente, non è mai sentita dal loro cuore. Manca in essi un fattore necessario perché possano agire conformemente alla nozione del giusto; - questo fattore è il sentimento». Vedi *amplius* R. GAROFALO, *Di un criterio*, cit., p. 29, 52 e 60; ID., *Criminologia*, cit., p. 217.

Infine, si deve notare come nelle opere successive il GAROFALO aggiunga alla “temibilità del delinquente” un nuovo criterio rilevante sul piano sanzionatorio: la “(ri)adattabilità all'ambiente sociale” del delinquente. Tuttavia, non è chi non veda come in realtà l'adattabilità, lungi dall'essere autonomo criterio sanzionatorio, costituisca precisamente il risvolto in positivo della “temibilità del delinquente”. Invero, secondo il magistrato napoletano la tipologia di risposta sanzionatoria non può che essere determinata in relazione all'adattabilità all'ambiente sociale del delinquente, «cioè a dire dall'esame delle condizioni di esistenza nelle quali può presumersi ch'egli cessi di essere temibile». Vedi R. GAROFALO, *Criminologia*, cit., p. 330.

Per un'importante disamina del pensiero del GAROFALO e delle varie differenze che separano il suo pensiero da quello del FERRI, vedi in ultimo T. GALIMBERTI, *Raffaele*, cit., p. 8 ss..

<sup>(7)</sup> Oltretutto, tra “pericolo” e “timore” non esiste necessariamente un rapporto di causa ad effetto, come già acutamente dimostrato dal ROCCO. Vedi *amplius* il primo paragrafo del primo capitolo. Ma non mancano autori che postulano una identità tra i concetti di “pericolosità” e di “temibilità”: se per il DE ASÙA una simile identità si riscontra *nella pratica*, per il FLORIAN essa si spinge sino alla sinonimia normativa tra i due termini. Vedi L.J. DE ASÙA, *La pericolosità*, cit., p. 34; E. FLORIAN, *Trattato*, cit., Vol. I, p. 328 in nota.

In senso adesivo alla critica nel testo, e con particolare riferimento proprio alla pericolosità “soggettiva”, F. GRISPIGNI, *La pericolosità*, cit., p. 107 ss.; ID., *Diritto*, cit., Vol. I, p. 179.

dell'eziologia del delitto nonché il pronunciato difetto di una panoramica strutturale del nuovo istituto della “temibilità del delinquente”.

Secondo una linea di continuità e successione scientifica, il FERRI avrà il delicato compito di sviluppare e condurre a compiuta maturazione la dottrina del GAROFALO. Nella sua operazione di “ortopedia dogmatica”, il FERRI privilegerà una nuova formula, immune dalla aporia di natura logica sopra evidenziata, che presto diverrà il centro di gravità di tutti i contributi della Scuola Positiva: la “pericolosità sociale”. Ciò che, invece, non riesce neanche al FERRI è il tentativo di ripristinare, tra disvalore del fatto di reato e pericolosità del suo autore, quell’“equilibrio concettuale” che col ricorso ad imprecise formule, almeno sul piano letterale, si stava perdendo. E questa improprietà linguistica macchierà indelebilmente tutta la tradizione del positivismo<sup>(8)</sup>.

Ad ogni modo, può sostenersi senza remore che quello elaborato dal FERRI costituisca, per eccellenza, il “sistema” della pericolosità sociale<sup>(9)</sup>.

Ogni delinquente, nel momento in cui pone in essere la condotta criminosa, si dimostra socialmente pericoloso. Ma ogni delinquente, ed il “delitto” commesso ne è l’inconfutabile sintomo, si rivela per ciò solo anche come un “anormale”<sup>(10)</sup>. Vi è, quindi, una sorprendente fungibilità concettuale tra le nozioni di “delinquenza”, “pericolosità” ed “anormalità”. Riflessi diversi ma che dipartono tutti dal medesimo prisma: l’autore del fatto di reato. Questa è la chiave di lettura del pensiero ferriano<sup>(11)</sup>.

---

<sup>(8)</sup> Per gli equivoci nati ed alimentati da questa formula “infelice”, vedi il sesto paragrafo del capitolo II.

<sup>(9)</sup> Sull’analisi della struttura di questa imponente architettura dogmatica, vedi *amplius* il primo paragrafo del capitolo IV.

<sup>(10)</sup> Vedi, per l’accezione ferriana dei fondamentali concetti di “delitto” (*id est*: di criminalità atavica o anti-sociale in senso largo) e di “anormalità”, il terzo paragrafo del secondo capitolo.

<sup>(11)</sup> Vedi *amplius* E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. I, p. 139 ss. e 192 ss., Vol. II, p. 257 ss.; ID., *Principi*, cit., p. 259 ss. e 284 ss.; ID., *I nuovi orizzonti*, cit., p. 28 ss..

L’equivalenza tra “delinquenza” e “pericolosità” non è stata colta, ad esempio, dal PETROCELLI. Di talché, perde di consistenza dogmatica l’accusa mossa al FERRI dal criminalista napoletano di aver elencato, in luogo dei fattori genetici della “pericolosità”, quelli genetici del “delitto”. Vedi *amplius* B. PETROCELLI, *La pericolosità*, cit., p. 42 ss..

Ancora, per il RANIERI la pericolosità sociale, lungi dall’essere caratteristica intrinseca della delinquenza, ne certificherebbe invece una peculiare “qualità”. Vedi S. RANIERI, *La pericolosità*, cit., p. 7 ss..

Per la prima volta, si assiste ad una disamina approfondita ed esaustiva dei fattori genetici della delinquenza. Antropologia criminale e sociologia criminale ricoprono una posizione privilegiata nella teorica del FERRI. Attraverso le preziose cognizioni di queste, l'illustre positivista riesce a dare un contenuto scientifico alla formula “pericolosità sociale”. E, forse presago delle numerose critiche che ingenerose pioveranno sulla sua Scuola, il FERRI spera in questo efficace compendio: «ripetiamo dunque, ancora una volta, che per noi *il delitto non è un fenomeno esclusivamente biologico nè esclusivamente prodotto dall'ambiente fisico o sociale; ma ogni e qualsiasi delitto, dal massimo al minimo, è sempre la risultante, in ogni categoria antropologica e figura individuale di delinquenti, tanto della speciale anormalità permanente o transitoria, congenita o acquisita della costituzione organica e psichica, quanto delle circostanze esterne, fisiche e sociali, che coincidono in quel dato momento di tempo e di luogo a determinare l'azione di un dato uomo. E ripetiamo, infine, che però in ogni e qualsiasi delinquente per ogni e qualsiasi delitto da lui commesso varia la prevalenza determinante sia dei tre ordini di cause criminogene, sia di ciascuna singola causa per ogni ordine*»<sup>(12)</sup>.

Se, accademicamente, i tre fattori eziologici possono essere scissi e studiati singolarmente, non si può avere una spiegazione esauriente, così di un singolo reato come di tutta la complessiva criminalità, se non si tiene conto di ciascuno e

---

<sup>(12)</sup> Nei fattori antropologici, ossia quelli inerenti alla persona del delinquente, possono individuarsi tre sotto-classi: costituzione organica, costituzione psichica e caratteri personali. In particolare, alla costituzione organica appartengono tutte le anomalie del cranio, del cervello, delle ghiandole, ecc.. Alla costituzione psichica, tutte le anomalie dell'intelligenza, dei sentimenti, del senso morale, ecc.. Infine, ai caratteri personali del delinquente si ricollegano la razza, l'età, il sesso, la professione, la classe sociale, ecc.. Nei fattori fisici o cosmo tellurici, ossia quelli inerenti all'ambiente fisico, spiccano il clima, le stagioni, la temperatura dell'aria, ecc.. Infine, nei fattori sociali, ossia quelli inerenti all'ambiente sociale, si esaltano i costumi, la religione, l'educazione, l'ordinamento economico e politico, ecc..

Questa triplice distinzione formulata dal FERRI nasce e si plasma sui dettami della celebre legge di formazione naturale elaborata dal maestro ARDIGÒ. In sintesi, ogni fase successiva e distinta non distrugge né elimina le precedenti ed indistinte fasi della evoluzione cosmica, biologica e sociologica. Il FERRI così spiega questa legge: «talché nessun fatto *sociale* è possibile che non sia al tempo stesso un fatto *biologico* – con qualche cosa di più – e questo non è possibile senza essere al tempo stesso un fatto *fisiochimico* – con qualche cosa di più – e questo un fatto *cosmo tellurico* – con qualche cosa di più. Il *qualche cosa di più* costituisce l'oggetto e la ragion d'essere della scienza speciale a ciascun ordine di fatti; ma non deve far dimenticare il *molto di più*, che ne costituisce la base e lo rende possibile». Vedi E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. I, p. 164, 215 e 362 ss..

Per lo studio dei fattori criminogenetici elencati nella presente nota e l'individuazione di interessanti correlazioni statistiche (tra le tante: l'aumento dei reati sessuali nei mesi estivi), vedi *amplius* C. LOMBROSO, *L'uomo*, cit., Vol. III, p. 5 ss..



di tutti questi diversi fattori. Il FERRI concede loro soltanto una diversa “influenza” sui vari tipi di delinquenti. E così mentre i fattori fisici eserciterebbero un’azione pressoché uguale su tutti i delinquenti, ad eccezione di quelli pazzi, i fattori antropologici dispiegherebbero i loro effetti prevalentemente sui delinquenti nati, pazzi o passionali mentre infine quelli sociali sui delinquenti occasionali e per abitudine acquisita.

Ma una volta commesso il “delitto”, fini squisitamente sanzionatori richiedono che la nozione di “pericolosità” vada sviscerata. Ed il FERRI, puntualmente, ne indica i tre irrinunciabili criteri di dosimetria: gravità e modalità del delitto, motivi determinanti, personalità del delinquente (*recte*: appartenenza ad una delle cinque classi antropologiche di delinquenti)<sup>(13)</sup>.

Nella teorica del FERRI, la commissione di un “delitto” diviene quel criterio discretivo che, dividendo in due perfette metà il campo di indagine, consente la *summa divisio* tra pericolosità sociale o *ante delictum* e pericolosità criminale o *post delictum*<sup>(14)</sup>.

«Per la difesa preventiva si distinguono i cittadini in pericolosi e non pericolosi: per la difesa repressiva tutti i delinquenti sono pericolosi, sebbene in grado diverso. Per la difesa preventiva c’è una generica *pericolosità sociale*; per la difesa repressiva c’è una specifica *pericolosità criminale*. La pericolosità sociale porta con sé il *pericolo di reato*: la pericolosità criminale porta con sé il *pericolo di recidiva*. C’è quindi una valutazione *preventiva* e c’è una valutazione *repressiva* della pericolosità. In polizia di sicurezza i provvedimenti di difesa preventiva sono

---

<sup>(13)</sup> Riprodotti fedelmente nell’art. 21 del Progetto FERRI. Vedi E. FERRI, *Sociologia*, cit., Vol. II, p. 257 ss.; ID., *Principi*, cit., p. 305 ss.. Di questi tre fattori, il FERRI esalta la portata innovativa della categoria dei “motivi determinanti”, distinti in sociali o anti-sociali ovvero giuridici o anti-giuridici. Invero, «il motivo determinante è l’atto psichico (sentimento e idea) che precede e determina così la *volontà* come l’*intenzione* e che - ... - si identifica, quasi sempre, con lo *scopo*». Nondimeno l’analisi di questo criterio si rivela inefficace, come ammette lo stesso autore, nei confronti dei delinquenti pazzi e, di regola, di quelli colposi. Vedi E. FERRI, *Principi*, cit., p. 311 ss..

<sup>(14)</sup> Da questo concetto bicefalo di “pericolosità” trae origine il suo peculiare sistema penale integrato: vedi E. FERRI, *Principi*, cit., p. 289 ss.. ed *amplius* il primo paragrafo del capitolo che segue. Dalle due forme di “pericolosità” così individuate, derivano per il FERRI altrettante conseguenze “sociologiche” circa lo stato del reo. Alla pericolosità sociale corrisponde una maggiore o minore *temibilità* del delinquente, a quella criminale una maggiore o minore *riadattabilità* alla vita sociale del delinquente stesso. Un binomio concettuale integralmente ripreso dal pensiero del GAROFALO (vedi nota n. 6).

«misure di polizia» da non confondersi colle «misure di sicurezza» *post delictum* per la difesa repressiva»<sup>(15)</sup>.

Nel continuo tentativo di perfezionamento del concetto di “pericolosità sociale”, i positivisti più autorevoli non hanno mancato di apportare fondamentali contributi tesi a raffinarne il contenuto dogmatico.

Spetta all’ALTAVILLA, allievo del FERRI e finissimo psicologo, sviluppare un ingegnoso schema di misurazione della pericolosità sociale<sup>(16)</sup>. Se il FERRI ha rivelato la natura dei fattori genetici della devianza e la stretta relazione che li

---

<sup>(15)</sup> Vedi E. FERRI, *Principi*, cit., p. 295. Il rilievo della commissione o meno di un fatto di reato renderebbe queste due forme di “pericolosità” tra loro diverse anche nella essenza psicologica: in tal senso, E. ALTAVILLA, *La dinamica*, cit., Vol. II, p. 553 ss..

Dopo aver ricordato la dicotomia ferriana, il DE MAURO sentenza che «la pericolosità *ante delictum* o sociale è un non senso nel campo del diritto penale», dimenticandosi che il FERRI la colloca, correttamente, nel campo del diritto di polizia. E riguardo alla pericolosità *post delictum* o criminale sostiene che «il problema, che non è affatto nuovo, per quanto possa essere diversamente posto e ancora più diversamente risolto, è sempre il vecchio problema del trattamento per i recidivi, i così detti delinquenti abituali, i prosciolti per ubbriachezza, infermità mentale ecc., che non cessa di essere per questo egualmente grave e interessante», confondendo insieme tematiche eterogenee appartenenti alcune alla tematica della responsabilità legale ed altre a quella della pericolosità. L’evidente carenza di questa analisi induce infine l’autore a concludere che «il concetto di pericolosità non serve a identificare uno stato psichico rilevante per il diritto penale». Vedi G.B. DE MAURO, *Sul concetto*, p. 3 ss..

Di altro spessore e semanticamente impeccabile risulta invece la critica del PETROCELLI per cui, se la natura del pericolo deriva logicamente da quella del danno temuto, non può distinguersi una pericolosità “sociale” da una “criminale”, essendo necessariamente entrambe di natura “criminale”. «Che il sintomo da cui sorge il pericolo sia un altro reato o un fatto diverso non vale a mutare l’essenza della pericolosità, la quale ha rilevanza per ciò che avverrà, non per ciò che avviene o è avvenuto». Non si può accogliere però la conclusione che il PETROCELLI trae da questa interessante argomentazione: «non v’è quindi alcuna sostanziale diversità tra pericolo di reato e pericolo di recidiva». E ciò perché, come si avrà modo di sottolineare nel paragrafo che segue, la “pericolosità” tipica del diritto di polizia ha natura giuridica diversa dalla “pericolosità” tipica del diritto penale. Vedi *amplius* B. PETROCELLI, *La pericolosità*, cit., 208 e 222 in nota.

<sup>(16)</sup> Sembrerebbe *ictu oculi* che l’ALTAVILLA non accolga l’equivalenza ferriana tra “delinquenza” e “pericolosità”. E ciò perché l’autore precisa che quest’ultima «non può essere considerata un elemento integratore di tutti i reati, ma dovrebbe invece, diventarne l’elemento differenziatore». E da qui nascerebbe la distinzione qualitativa, sulla base della “pericolosità”, tra delitti e contravvenzioni: vedi *amplius* E. ALTAVILLA, *La subiettivizzazione*, cit., p. 7 ss..

Ad una simile argomentazione, potrebbe subito obiettarsi che ogni volta che il FERRI parla di “delinquenza” si riferisce soltanto alla “criminalità atavica” senza mai prendere in considerazione le fattispecie contravvenzionali. Vedi nota n. 56 del capitolo che precede. Ma ribatte lo stesso ALTAVILLA che tra delitti e contravvenzioni non può sovrapporsi la distinzione ferriana tra criminalità “atavica” ed “evolutiva” posto che la prima forma di criminalità ricomprenderebbe anche i delitti colposi. Questa osservazione, di particolare acume, evidenzia quell’aporia già analizzata a proposito della classificazione antropologica dei delinquenti (vedi nota n. 65 del capitolo che precede). Se tuttavia, posto che non riproducono le note della criminalità “atavica”, si espungono da tale classificazione i delinquenti colposi, la posizione dell’ALTAVILLA sembra tornare adesiva al pensiero del FERRI. Di talché, acquisito il fondamentale correttivo, si potrebbe concludere che ogni delinquente, *ad eccezione di quelli colposi*, è per ciò solo pericoloso.

avvince, egli non ha però approfondito l'incidenza di ciascuno di essi sulle varie tipologie di delinquenti né, in particolare, ha condotto la propria analisi spingendola fino a sceverare il meccanismo con cui tali fattori “operano” sul comportamento del soggetto.

Per l'ALTAVILLA «vi è una legge psicologica nella quale si riassume tutto il movimento di riforma delle moderne legislazioni: *quanto più un reato si appartiene alla struttura psico-etica del suo autore, tanta maggiore pericolosità rivela*»<sup>(17)</sup>.

Per determinare questa “appartenenza psicologica” del reato al proprio autore, l'indagine deve muovere inizialmente dal “fatto” commesso posto che questo costituisce il solo sintomo *specifico*, sebbene non sufficiente, per l'accertamento della pericolosità sociale. Il fatto di reato, invero, rivela ad un attento osservatore dati fondamentali circa la condizione psicologica del reo ed i motivi che lo hanno spinto all'azione criminosa. E da ciò l'ALTAVILLA conclude che: «quanto maggiore sarà l'influenza dei fattori personali nel momento del delitto, quanto maggiore sarà la corrispondenza col modo di essere del delinquente, maggiore sarà la probabilità di una ripetizione. Quanto più cioè il delitto è una diretta espressione del suo temperamento individuale»<sup>(18)</sup>.

---

<sup>(17)</sup> Vedi E. ALTAVILLA, *L'appartenenza*, cit., p. 3. Per lo studio del processo psicologico nella sua “normalità”, vedi E. ALTAVILLA, *Psicologia*, cit., p. 3 ss.; per l'analisi della personalità del delinquente nella peculiare ottica “dinamica” del delitto, ID., *La dinamica*, cit., Vol. I, p. 5 ss. e 33 ss..

L'ALTAVILLA ammette che l'ispirazione del suo sistema deriva dal concetto di *suitas* elaborato per la prima volta dall'ANTOLISEI. Il penalista marchigiano, addentrandosi nell'insidioso terreno della psicologia, distingueva gli atti umani in “volontari” ed “involontari” a seconda che fossero guidati o meno da fini coscienti. Gli atti volontari si dividevano, a loro volta, nelle due grandi categorie degli atti “impulsivi” e di quelli “elettivi”. Gli atti involontari, invece, in quelle degli atti “riflessi”, “istintivi” ed “abituati”. La rilevanza penale, mai revocata in dubbio circa gli atti volontari, viene attribuita dall'ANTOLISEI anche a quegli atti involontari che «rispecchiano la costituzione psichica del soggetto, quale risulta dalle disposizioni organiche proprie della specie, dalle disposizioni ereditarie e dalle disposizioni individuali formatesi attraverso l'educazione, l'istruzione, l'esperienza della vita, l'ambiente familiare e sociale, le credenze religiose, ecc.». In questi atti involontari, dal chiaro valore sintomatico della personalità del soggetto, «non può certamente ravvisarsi alcunché di volontario, ma la verifica di essi sta a dimostrare che i poteri inibitori non sono stati in grado di respingere, di reprimere gli impulsi provenienti dalle più profonde stratificazioni della personalità». Vedi *amplius* F. ANTOLISEI, *L'azione*, cit., p. 43 ss..

<sup>(18)</sup> Risulta dunque fondamentale nell'analisi dell'ALTAVILLA la “colorazione etica” dei motivi a delinquere: dalla connotazione di immoralità o antisocialità presente nei delitti dolosi ed in quelli con colpa cosciente si giunge alla sfumatura più chiara della connotazione di mera asocialità presente nei delitti con colpa incosciente. In particolare, nell'esame delle condizioni psicologiche in cui il delitto è stato commesso, l'ALTAVILLA precisa che la reazione ad ogni stimolo interiore ed esteriore può provocare nel reo un movimento riflesso (o cieco automatismo), un

Un complesso sistema di vasi comunicanti che, muovendo dal fattore “endogeno” a quello “esogeno”, riproduce fedelmente la scala di disvalore espressa dalla classificazione antropologica dei delinquenti: se il delinquente nato segna la tipica incidenza del fattore “endogeno”, attraverso le variegature sfumature del delinquente pazzo, d’abitudine ed occasionale, si arriva al delinquente passionale, emblema dell’incidenza del fattore “esogeno”.

Ed a mo’ di esempio, nei delitti dolosi l’ALTAVILLA traccia una scala psicologica di graduazione crescente in base alla particolare reattività di ogni temperamento agli stimoli esteriori ed interiori: disposizione, inclinazione, tendenza<sup>(19)</sup>. Ove, raggiunta la tendenza, si deve ritenere raggiunto il grado massimo di *suitas* dell’azione rispetto al suo autore.

Nella suggestiva teorica dell’ALTAVILLA sembra, però, che l’indebita prevalenza, accordata alle cause endogene nella formula della pericolosità sociale, provochi una deleteria distorsione concettuale. Sostenere invero che il *quantum* di pericolosità sociale risulti tanto maggiore quanto minore fu nel delitto il concorso dei fattori esogeni, costituisce un’argomentazione difettosa sia per eccesso che per difetto. Per eccesso: perché alcuni fattori endogeni, congeniti o acquisiti che siano, possono scomparire. Per difetto: perché alcuni fattori esogeni, come ad esempio la miseria, possono essere al contrario tendenzialmente costanti<sup>(20)</sup>. In questo meccanismo di misurazione, come in una sorta di strascico del proto-positivismo

---

movimento in stato di perturbamento emotivo o inconsueto (salvo che questo sia espressione di un temperamento collerico perché, in tal caso, non vi sarebbe alcuna eccezionalità) ovvero, infine, un movimento in stato di serenità di coscienza o consueto. Vedi *amplius* E. ALTAVILLA, *L'appartenenza*, cit., p. 6 ss.; ID., *La dinamica*, cit., Vol. II, p. 571 ss. e, per una disamina dettagliata dei vari disturbi del processo psichico con particolare riferimento alle patologie mentali, ID., *Psicologia*, cit., p. 128 ss. e 177 ss..

<sup>(19)</sup> Questi profili psicologici sembrano essere stati puntualmente recepiti e tradotti in istituti giuridici. Alla “disposizione” corrisponde la capacità a delinquere (art. 133 c.p.), alla “inclinazione” la pericolosità sociale (art. 203 c.p.) ed alla “tendenza” la omonima tendenza a delinquere (art. 108 c.p.). Vedi E. ALTAVILLA, *L'appartenenza*, cit., p. 8 ss. e, con leggere modificazioni terminologiche, ID., *La dinamica*, cit., Vol. I, p. 18 ss., e Vol. II, p. 511 ss..

<sup>(20)</sup> Non può dunque essere condivisa la conclusione dell’ALTAVILLA secondo cui «se il delinquente sia spinto a violare la legge penale da una tendenza congenita o acquisita, o anche da una deficienza morale, permane, dopo la commissione del delitto, la causa di ulteriori delitti; mentre se la violazione della legge sia dovuta a causa esterna, con essa si esaurisce la condizione psicologica che creò una transitoria capacità criminosa». Vedi E. ALTAVILLA, *La subiettivizzazione*, cit., p. 12.

lombrosiano, l'organizzazione psico-etica del delinquente sembra sminuire l'importanza del portato delle osservazioni sociologiche.

I contributi del GAROFALO, del FERRI e dell'ALTAVILLA costituiscono l'espressione più alta della "genuina" dottrina positivista. In questa sede, appare utile però menzionare alcune "deviazioni" dogmatiche le quali, in maniera più o meno brusca, si distaccano dall'originario pensiero del positivismo e, sviluppando nuovi profili del concetto di pericolosità sociale, lasciano un fertile terreno ai nuovi orientamenti dottrinali.

Il FLORIAN rappresenta un primo ed evidente punto di distacco dal positivismo ferriano. Egli definisce la pericolosità sociale come «lo stato, l'attitudine, l'inclinazione d'una persona a commettere, con grande probabilità, quasi certezza, dei delitti». Ma, racchiudendola entro i confini patologici, distingue necessariamente tra delinquenti pericolosi o meno. Questa convinzione, però, incrina fatalmente l'equivalenza ferriana per cui "pericolosità" e "delinquenza" costituiscono sinonimi normativi. Un'insanabile frattura i cui postumi si riverbereranno sulle posizioni dottrinali assunte da numerosi autori successivi, positivisti e non. In altri termini, la pericolosità sociale svolgerebbe la duplice funzione di criterio misuratore ma, prima ancora, di presupposto per l'applicabilità della sanzione<sup>(21)</sup>.

---

<sup>(21)</sup> La posizione dottrinale del FLORIAN intorno al concetto di pericolosità sociale non brilla per chiarezza. Oltre ad aver indebitamente travisato il concetto ferriano di "anormalità", diluito banalmente in una forma di anormalità patologica, l'autore segue le orme del GRISPIGNI attribuendo alla pericolosità sociale il ruolo di condizione necessaria, a fianco della responsabilità legale, per l'irrogazione della sanzione. «Invero, l'affermato principio, che l'imputabilità sorga in confronto di qualsiasi individuo in quanto autore o partecipe di reato, non è sufficiente: non ogni autore o partecipe di reato è da ritenersi con ciò solo responsabile senz'altro, di fronte alla legge penale; non per ciò solo questa diventa applicabile. Un'ulteriore condizione personale di lui, un attributo soggettivo peculiare dovrà intervenire per determinarne la imputabilità in concreto: questo attributo è lo *stato di pericolosità*. La pena e gli istituti affini non hanno ragione di applicarsi ove non sieno necessari od almeno utili: ove non è pericolosità, ivi non può farsi luogo agli stessi. Si potrebbe dire che la pericolosità è il titolo per il perfezionarsi della responsabilità criminale (in largo senso)». Vedi E. FLORIAN, *Note*, cit., p. 401 ss. (ove l'autore definisce la pericolosità criminale come "la tendenza a divenire di nuovo autore di reato"); ID., *Trattato*, cit., Vol. I, p. 315 ss.. Vedi, per le aporie logiche e concettuali della teorica del GRISPIGNI, il paragrafo che segue.

L'affermazione del FLORIAN, infine, non sembra tener conto che nel sistema del FERRI le ipotesi di minima pericolosità accertata nel delinquente divenivano oggetto di "perdono giudiziale" ovvero di "condanna condizionale". Vedi *amplius* nota n. 32.

Il GRAMATICA, che positivista non era, esaspera e snatura il concetto di pericolosità sociale. L'imperizia con cui utilizza lo “strumento” dei positivisti lo trascina inesorabilmente verso un abolizionismo penale dal forte sapore etico. Al trittico “responsabilità morale – reato - pena”, il GRAMATICA ne sostituisce uno di nuovo conio: “antisocialità soggettiva - indici di antisocialità - provvedimento di difesa sociale”.

Ove l'indice di antisocialità, sprovvisto di una sanzione predeterminata *nel tempo e nel contenuto*, avrebbe potuto incriminare anche uno *status* ovvero un atteggiamento interiore dell'individuo. La personalità dell'agente ricopriva un ruolo cardine *a fortiori* all'interno del processo di difesa sociale poiché era in tale sede che il giudice, analizzando la natura ed il grado dell'antisocialità del soggetto, modellava *ad hoc* il contenuto ed il limite temporale del provvedimento da irrogare<sup>(22)</sup>.

*Brevis*: un sistema neanche lontanamente paragonabile a quello elaborato dal FERRI. Anzi, sul terreno penale viene smarrita in modo imperdonabile la netta distinzione tra pericolosità sociale o *ante delictum* e criminale o *post delictum*. Ma, ed è una considerazione incontrovertibile, se non si avverte più l'esigenza di ancorare alla commissione del fatto di reato il criterio discretivo tra diritto di polizia e diritto penale, allora si aprono le porte all'autentico diritto penale d'autore<sup>(23)</sup>.

---

<sup>(22)</sup> Infelice imitazione di quello del FERRI, il sistema del GRAMATICA si fonda sul principio secondo cui lo Stato non ha il “diritto di punire” ma il “dovere di socializzare”. Come un positivista, nega rilevanza giuridica alla questione del libero arbitrio e ripone particolare attenzione nello studio delle cause criminogene. Ma la forte componente etica che avvolge il suo sistema rende palese la finalità di ogni istituto verso il “miglioramento dell'uomo”, egoista per natura e socievole per destinazione o necessità. Lo stesso processo di difesa sociale, che si vorrebbe assistito esclusivamente da principi scientifici e giuridici, risente di questa componente: alla concezione di una giustizia assoluta per cui “il male merita il male”, il GRAMATICA vorrebbe contrapporre quella di una giustizia relativa per cui “il male merita il bene”. Vedi *amplius* F. GRAMATICA, *Principi*, cit., *passim*.

Non si può fare a meno di notare che un simile sistema, tratteggiati nel testo e nella presente nota i suoi lineamenti fondamentali, appaia manifestamente incostituzionale sin nelle sue fondamenta (si deve considerare che il GRAMATICA scrive a più di un ventennio dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana).

<sup>(23)</sup> Per considerazioni più ampie sul diritto penale d'autore, vedi *amplius* le conclusioni del presente lavoro.

Per rendere esaustiva la panoramica offerta dell'orientamento dottrinale finora esaminato, si deve osservare come le convincenti argomentazioni positivistiche abbiano permeato anche numerosi contributi di criminalisti classici. Ed ecco che, almeno sulla concezione della pericolosità sociale come qualifica dello *status* delinquenziale, tra liberisti e deterministi si trova un inatteso punto di contatto.

Due osservazioni devono, però, temperare l'affermazione che precede. I criminalisti classici non intendono la pericolosità sociale come la qualifica dello stato "naturale" di ogni delinquente. La variante alla teorica ferriana è agevolmente comprensibile se soltanto si pone mente al rilievo che, scrivendo tali autori dopo l'entrata in vigore del codice ROCCO, non potevano ignorare l'inequivocabile contenuto del dato normativo. Al riguardo, la disposizione dell'art. 203 c.p. è cristallina e dimostra come possa esistere normativamente un delinquente "non pericoloso".

Ed inoltre molti di loro sembrano confondere la base del giudizio di pericolosità soggettiva (*recte*: lo stato del soggetto) con l'esito di un siffatto giudizio (*recte*: lo stato del soggetto qualificato come *pericoloso*). Questo perché, definendo la pericolosità sociale come *uno stato* delinquenziale, confondono la *qualifica* dello stato con lo *stato* stesso.

In un simile equivoco logico-letterale è caduto anche il criminalista classico che maggiormente ha approfondito il concetto di pericolosità sociale, il PETROCELLI. A ben vedere, la definizione della pericolosità sociale come uno stato, e non anche come una "qualità" dello stesso<sup>(24)</sup>, serve al giurista napoletano a rendere coerente il nuovo istituto con la sua peculiare concezione dell'"antigiuridicità"<sup>(25)</sup>.

---

<sup>(24)</sup> Anzi, l'autore critica l'accentuato "soggettivismo" di coloro che definiscono la pericolosità sociale come una "qualità" di un complesso di condizioni, oggettive e soggettive, appartenenti all'individuo. Vedi B. PETROCELLI, *La pericolosità*, cit., p. 51 ss..

<sup>(25)</sup> Convinto imperativista, il PETROCELLI concepisce la norma giuridica come una "volontà" statale diretta ad una "volontà" umana: «l'essenza vera del diritto è nel comando (comando vero e proprio, o divieto) da cui sorge il dovere. La sua violazione altro non può essere che una disobbedienza».

Ma l'antigiuridicità del PETROCELLI non è quella belinghiana. Al contrario, è un'antigiuridicità che rifiuta di essere esclusivamente "oggettiva". Essa si arricchisce nella sua

Come ogni stato, la pericolosità sociale si presta ad essere analizzata sia sotto un profilo cronologico che uno psicologico dai quali deriverebbe, ed il rilievo coglie nel segno, il duplice carattere della cronicità<sup>(26)</sup> e della involontarietà<sup>(27)</sup>.

---

struttura dell'elemento soggettivo della colpevolezza e dei suoi *interna corporis*, prima tra tutti l'imputabilità. Così il giurista napoletano illustra la sua posizione: «quando invece si dice che vi è anti-giuridicità si dice una cosa diversa; si dice anzi qualche cosa di più: cioè che sussiste non soltanto una non conformità, in senso oggettivo e materiale, agli interessi tutelati (fondo comune di tutte le cause di non conformità), ma una vera e propria contrarietà alla norma nella sua essenza di comando, proveniente dalla volontà cui il comando era diretto».

La premessa dogmatica di una simile costruzione risiede nella *summa divisio*, all'interno del mondo del giuridicamente rilevante, tra il “conforme” ed il “non conforme” agli interessi tutelati dal diritto. La “volontà” umana, in guisa di discriminante, determina nella sfera del “conforme” due sezioni: la “giuridicità” e la “mera coincidenza con gli interessi giuridicamente tutelati”. Nella sfera del “non conforme”, la medesima “volontà” determina l’“anti-giuridicità” ed il “mero contrasto con gli interessi giuridicamente tutelati”. Di talché, la presenza dell'elemento volitivo darà origine ai concetti speculari “giuridicità – anti-giuridicità”, vale a dire a quelle ipotesi di contrarietà al “diritto”. Il difetto del medesimo elemento darà al contrario origine ai concetti speculari “mera coincidenza – mero contrasto con gli interessi giuridicamente tutelati”, vale a dire a quelle ipotesi di contrarietà all’“interesse”.

Anche i mezzi di tutela giuridica risentono, naturalmente, della presenza o meno dell'elemento volitivo: l'anti-giuridicità richiama la sanzione, il “contrasto” la misura. «Come il comando non può dirigersi se non a chi è capace di prestarvi obbedienza, così la disobbedienza, cioè la contrarietà al comando e quindi al diritto, non può prevenire che da quella parte». Le azioni degli incapaci e gli avvenimenti naturali sfavorevoli sono dunque da collocarsi nella sfera del “mero contrasto” e non in quella sfera dell'anti-giuridicità: sono considerate, in ultima analisi, alla stregua di una *infelicitas fati*.

La coerenza di questo sistema impone dunque la seguente conclusione: «la impossibilità di riferire l'anti-giuridicità a tutto ciò che è indipendente dalla volontà umana e quindi, tra l'altro, allo stato di pericolosità, non deriva dalla natura particolare di tali situazioni, ma dall'essenza stessa del diritto».

Ma il giurista napoletano si spinge oltre. Analizzando la dicotomia ferriana tra pericolosità “sociale” e pericolosità “criminale”, conclude che, stante la finalità di prevenzione speciale connaturata ad entrambe, una simile distinzione perderebbe di valore risultando sempre identico, nei confronti della “pericolosità”, sia l'interesse dello Stato che la funzione degli organi a ciò preposti ed i mezzi di tutela adottati. *Brevis*: si giunge all'identità normativa tra misure di “polizia” e “misure di sicurezza”. La realizzazione di un fatto di reato, vero e proprio spartiacque tra le due tipologie di pericolosità elaborate dal FERRI, viene sminuita a favore di un esasperato teleologismo della “volontà” statuale. Il rapporto cronologico viene meno e dunque non risulta più decisivo che il presupposto normativo da cui consegue la misura di sicurezza sia costituito da una condotta penalmente rilevante ovvero da un fatto di “quasi-reato”. Conclusione coerente con la concezione di “misura” e di “sanzione” da cui muove il PETROCELLI ma che, per chi avalla la tesi “tradizionale” in materia, sembra confondere ciò che è la sanzione con la finalità dalla stessa perseguita (vedi nota n. 56 del primo capitolo). Ed è sempre una stringente coerenza che lo conduce ad affermare come, costituendo il “male” nelle misure di sicurezza il mezzo e non anche lo scopo da queste prefissato, le suddette non possiedano alcun carattere afflittivo. Vedi *amplius* B. PETROCELLI, *La pericolosità*, cit., p. 60 ss. e 114 ss., 232 ss. e 283 ss..

<sup>(26)</sup> Questa durata temporale, più o meno consistente, rappresenta una nota distintiva con la pericolosità dell'azione che, siccome episodica, ha natura “acuta”: vedi B. PETROCELLI, *La pericolosità*, cit., p. 47 ss.. Non sembra però corretta l'affermazione dell'autore per cui «mentre bene va stabilita una differenziazione fra *pericolo acuto* e *pericolo cronico*, non è esatto il dire che vi è una *pericolosità acuta* e una *pericolosità cronica*, perché è la pericolosità in sé che non può essere che cronica». Ora, se si ammette – come d'altronde ammette lo stesso PETROCELLI – che la



La forzatura teleologica di una simile teorica è evidente ma, nondimeno, essa rimane preziosa per alcuni interessanti spunti dottrinali che offre. Ad esempio, il PETROCELLI è uno dei pochi a cogliere esattamente la distinzione tra i fattori “genetici” della pericolosità sociale e gli indizi o sintomi attraverso cui questa è solita rilevarsi<sup>(28)</sup>. Tratteggia, in altri termini, la medesima distinzione concettuale esistente tra il “fatto” e la sua “prova” ovvero, per rimanere fedeli al campo proprio del giudizio di pericolosità, tra base e metro di questo giudizio<sup>(29)</sup>.

Conclusa la disamina di queste eterogenee posizioni dottrinali, le quali sebbene muovano da differenti premesse dogmatiche finiscono col convergere tutte nella medesima concezione della pericolosità sociale, l'indagine appare ora

“pericolosità” altro non indichi se non l'esito del giudizio di “pericolo” vertente su di un'azione ovvero di una persona, allora deve anche accettarsi l'esistenza di una “pericolosità acuta” propria di un'azione (giudicata come) pericolosa. Soltanto la pericolosità di una persona non può che essere “cronica”.

<sup>(27)</sup> Dalla natura involontaria dello stato di pericolosità sociale discende per il PETROCELLI, coerentemente col suo sistema (vedi nota n. 25), il difetto di antiggiuridicità della pericolosità medesima (nonché di ogni “stato”). «Chi dice volontà dice azione, e quindi la volontà non può essere coefficiente psichico di uno stato, che è appunto una *non-azione*». Naturalmente, nel concetto di “azione” appena illustrato rientra *lato sensu* anche l'omissione. Per il PETROCELLI possono essere oggetto di volontà soltanto le azioni che, semmai, costituiranno la base del giudizio di pericolosità soggettiva ma non di certo il giudizio stesso né, tantomeno, il suo esito in termini di “pericolosità”.

Infine, dal rilievo “non volontaristico” dello stato di pericolosità sociale deriva come ulteriore corollario la sua etica indifferenza, posto che «non può avere in sé elementi di moralità o immoralità, e non può quindi essere oggetto di apprezzamento etico, ciò che non è volontario». Vedi *amplius* B. PETROCELLI, *La pericolosità*, cit., p. 52 ss..

<sup>(28)</sup> L'autore, nel criticare la tripartizione ferriana (vedi anche la nota n. 12), è sicuro di scomporre tutti i fattori cosmo-tellurici della delinquenza e ricondurli nella propria bipartizione di condizioni “soggettive o personali” ovvero “oggettive o ambientali”. Ove in realtà non coglie la raffinatezza di questa terza categoria elaborata dal maestro del positivismo: il clima, ad esempio, non può essere considerato né un fattore (congenito o acquisito) dell'individuo né tantomeno un prodotto dell'ambiente sociale. Appare, dunque, una forzata semplificazione la ricomprensione sotto un unico complesso delle condizioni prodotte dalla società e di quelle prodotte dall'ambiente fisico.

Preme qui sottolineare, e l'argomento si approfondirà meglio nel prosieguo del testo, che a differenza dei positivisti il PETROCELLI non attribuisce al reato un valore sintomatico di primaria importanza, relegandolo piuttosto alla stregua degli altri sintomi accertati. Vedi B. PETROCELLI, *La pericolosità*, cit., p. 40 ss. e 183 ss..

<sup>(29)</sup> Per cui vedi *amplius* il primo paragrafo del primo capitolo.

Ma l'ermetica distinzione operata dal PETROCELLI sembra presto incrinarsi: ad esempio, le condizioni di vita individuale, familiare e sociale svolgerebbero al contempo la funzione di fattore genetico della pericolosità sociale e di sintomo rivelatore di essa. Vedi B. PETROCELLI, *La pericolosità*, cit., p. 42 ss..

In realtà – ma il rilievo è pressoché fisiologico se soltanto si pone mente alla già rilevata interdipendenza tra “base” e “metro” del giudizio di pericolo – nella medesima “confusione” sono caduti anche i compilatori del codice ROCCO che, in sede di stesura dell'art. 133, hanno elencato assieme tanto i “fattori genetici” quanto i “sintomi”.

matura per affrontare quella che, secondo l'evoluzione concettuale tratteggiata nel paragrafo introduttivo di questo capitolo, ne costituisce la seconda fase.

**3. — LA PERICOLOSITÀ SOCIALE COME QUALIFICA DI UNO “STATO ANTIGIURIDICO”: IL GRISPIGNI. PRINCIPALE APORIA DI QUESTA TEORIA: IL FATTO DI REATO COME CONDIZIONE NECESSARIA, ASSIEME ALLA PERICOLOSITÀ SOCIALE, PER L’IRROGAZIONE DELLA SANZIONE. LA PERICOLOSITÀ SOCIALE COME “ANOMALIA PSICHICA”. IN NOTA: LA TEORIA DEL DE ASÙA.**

Per l’originalità della sua teorica e la peculiarità delle sue argomentazioni, il GRISPIGNI è l’indiscusso pioniere di questa posizione dottrinale. Secondo l’allievo del FERRI, se “pericolosità” e “delinquenza” mantengono intatta la loro relazione di sinonimia normativa, il primo concetto assume però una nuova veste poliedrica. Ciò perché, oltre a determinare la natura ed il grado della sanzione, la “pericolosità” costituirà di questa prima di tutto il presupposto logico-normativo<sup>(30)</sup>.

Ma la costruzione di un sistema incentrato esclusivamente sulla pericolosità sociale, non è sufficiente a giustificare la fondatezza dell’argomentazione per cui questa debba qualificare uno stato *antigiuridico*.

Non è chi non veda come, per suffragare una simile asserzione, risulti necessario sostenere che lo *status* sia *di per sé* contrario ad un precetto giuridico. Ma nell’ordinamento penale non esiste alcuna sanzione che punisca la mera pericolosità sociale dell’individuo: non esiste, in altri termini, un precetto penale che imponga di “non essere pericoloso”. Ecco perché il concetto di pericolosità sociale “coabita” normativamente con l’altro presupposto necessario a far scattare la risposta sanzionatoria: il fatto di reato o di “quasi-reato”. Tanto è vero che, senza la previa commissione di un fatto di reato, l’accertamento della pericolosità sociale del soggetto non giustifica punto l’irrogazione di alcuna sanzione.

---

<sup>(30)</sup> Questa “nuova” funzione, però, apre una voragine nell’originario positivismo ferriano. La differenza abissale tra il FERRI ed il GRISPIGNI risiede proprio in questo: per il primo, la pericolosità è connaturata allo stato di ogni delinquente, anche nei casi di perdono giudiziale e di condanna condizionale; per il secondo, invece, nelle ipotesi di concessione di questi provvedimenti clemenziali, la pericolosità difetterebbe del tutto. Da ciò derivano due importanti considerazioni: dal punto di vista concettuale, si deve ammettere l’esistenza di delinquenti “non pericolosi”; dal punto di vista dogmatico, la pericolosità diviene, assieme al fatto di reato, presupposto condizionante della sanzione.

Dalle considerazioni che precedono deriva che la pericolosità sociale non può essere concepita come la qualifica di uno stato “antigiuridico” bensì, più correttamente, di uno stato “giuridicamente rilevante”<sup>(31)</sup>.

A ben vedere, soltanto in alcuni istituti del diritto di polizia la pericolosità sociale consiste nella qualifica di uno stato di per sé antigiuridico<sup>(32)</sup>.

Ma il GRISPIGNI è, sul punto, irremovibile: elaborata in uno dei primi scritti dell'autore<sup>(33)</sup>, profondamente rivisitata sin dalle sue fondamenta, la

---

<sup>(31)</sup> Inteso nell'accezione *lata* del PETROCELLI, vale a dire nel senso di ogni “fatto” che dispiega effetti rilevanti per il diritto. In tal senso, anche la tesi precedente qualifica la pericolosità sociale come un fatto giuridico. Ma gli effetti giuridicamente rilevanti sono, come si è ricordato all'inizio del paragrafo, assai diversi per le due tesi. Da qui la difficile collocazione della tesi dello stesso PETROCELLI: con la posizione dottrinale esaminata in precedenza, egli condivide la natura della pericolosità sociale come qualifica di uno stato ma se ne differenzia per il fondamentale rilievo che non tutti i delinquenti sarebbero, di per sé soli, pericolosi; con la posizione dottrinale ora in esame, egli condivide la funzione della pericolosità sociale come presupposto condizionante della sanzione (*recte*: della misura di sicurezza) ma se ne differenzia per la censura dell'attributo dell'antigiuridicità in relazione ad uno “stato”. Si è però privilegiato, nella collocazione della sua tesi, il profilo della natura della pericolosità sociale piuttosto che quello della sua funzione.

<sup>(32)</sup> Sui quali vedi *amplius* il capitolo che segue e, per alcune considerazioni di politica criminale, le conclusioni del presente lavoro.

<sup>(33)</sup> Analizzando le varie disposizioni concernenti i prosciolti per infermità mentale, minore età o sordomutismo (artt. 46, comma 2; 53, comma 2; 54, comma 1; 57 e 58, comma 1, c.p. 1889), il primo GRISPIGNI concludeva: «gli atti e i poteri di cui ci occupiamo si può ben dire che hanno per iscopo la rimozione di uno stato antigiuridico». Vedi F. GRISPIGNI, *La natura giuridica dei provvedimenti relativi alle persone penalmente irresponsabili*, Milano, Vallardi, 1911, p. 30 ss..

Questa affermazione si proponeva di trasferire nel terreno penale il pensiero del CHIOVENDA circa la natura sanzionatoria della dichiarazione di interdizione dell'infermo mentale. Il pericolo al corretto svolgimento delle relazioni economiche dei cittadini, derivante dalla situazione patologica del soggetto, costituiva uno “stato antigiuridico” che tale dichiarazione mirava a rimuovere. E, *mutatis mutandis*, lo “stato antigiuridico” descritto dal GRISPIGNI consisteva nell'esercizio dei “diritti pubblici soggettivi” più importanti, ossia i diritti di libertà, senza averne la relativa capacità giuridica ovvero, nel linguaggio dell'autore, in violazione delle “norme valutative della personalità” del cittadino.

In sintesi, tanto nei provvedimenti previsti dal codice ZANARDELLI (internamento in manicomio ovvero in un istituto di cura e correzione) quanto nelle dichiarazioni di interdizione, il soggetto colpito veniva privato di quei diritti di libertà che, fino al momento del provvedimento o della dichiarazione, avrebbe esercitato *contra ius*. Ma la similitudine tra le due categorie correva anche sul versante processuale posto che i provvedimenti previsti dal codice ZANARDELLI sarebbero stati oggetto di una “giurisdizione civile contenziosa” ed adottati con sentenza definitiva di mero accertamento.

Il primo tentativo del GRISPIGNI, degno di rilievo per la sua originalità, sconta tuttavia un errore concettuale e due dogmatici. In primo luogo, non si comprende come uno *stato* possa consistere nell'*esercizio* di diritti. Al massimo, l'esercizio di diritti – come l'esercizio di una qualsiasi attività – può essere giudicato come (ma non consistere in) uno stato. In secondo luogo, il dato normativo su cui si fonda l'intera argomentazione, vale a dire le disposizioni del codice penale del 1889, postula sempre la commissione di un fatto di reato, acquistando così nuovamente valore le considerazioni esposte all'inizio del presente paragrafo in relazione alla antigiuridicità dello stato qualificato come pericoloso. In terzo luogo, non è chi non veda come nei provvedimenti del codice ZANARDELLI a rilevare non era, *di per sé*, l'incapacità del soggetto ad esercitare i diritti di libertà

concezione della pericolosità sociale come qualifica di uno stato antiggiuridico permea con ferrea coerenza l'intero pensiero dell'illustre positivista, anche dopo l'emanazione del codice ROCCO<sup>(34)</sup>.

Terminata la doverosa considerazione preliminare, si può ora procedere ad una disamina più dettagliata della concezione della pericolosità sociale offerta dal GRISPIGNI. Nel suo sistema, questa costituisce un'anomalia psichica che si traduce nella «capacità di una persona di divenire con probabilità autrice di un reato»<sup>(35)</sup>. L'anomalia psichica è qui intesa non come patologia mentale bensì, in un'accezione molto vicina all'"anormalità" elaborata dal FERRI, come "inadattabilità" dell'uomo ad un dato ambiente psico-sociale<sup>(36)</sup>. Ma, ancora una volta, definire la pericolosità sociale come una "capacità" e non anche come un "attributo" della stessa, conduce alla consueta confusione tra lo "stato" e la sua "qualifica".

---

bensì una tale incapacità *come sintomo* della commissione di nuovi fatti di reato, alla stregua di una prognosi giudiziale di pericolosità (si consideri, ad esempio, il disposto dell'art. 46, comma 2, c.p. 1889: «il giudice, nondimeno, ove stimi pericolosa la liberazione dell'imputato prosciolto, ne ordina la consegna all'Autorità competente per i provvedimenti di legge») ovvero di una presunzione legale assoluta di pericolosità (artt. 53, comma 2; 54, comma 1; 57 e 58, comma 1, c.p. 1889).

<sup>(34)</sup> Nonostante la precarietà della prima costruzione, presto abbandonata dallo stesso GRISPIGNI, l'idea base della pericolosità sociale come qualifica di uno "stato antiggiuridico" rimarrà un punto fermo nel pensiero dell'illustre autore che, fino all'emanazione del codice ROCCO, ne farà la base del diritto penale in formazione: vedi F. GRISPIGNI, *La pericolosità*, cit., p. 97 ss. e 125 ss..

Dopo il 1930, l'autore palesa sicurezza nel concludere per l'accoglimento *da parte del diritto positivo* della sua peculiare teorica circa la centralità nel sistema normativo della pericolosità sociale. Postula dunque, sulla base del preciso disposto dell'art. 133 c.p., una identità normativa tra le due "neonate" categorie della capacità a delinquere e della pericolosità sociale (vedi *amplius* il sesto paragrafo) e – argomentando dagli istituti della sospensione condizionale della pena e del perdono giudiziale – descrive una più generale equazione per decifrare il nuovo diritto penale: "reato + imputabilità + pericolosità = pena": vedi F. GRISPIGNI, *Diritto*, cit., Vol. I, p. 171 ss..

Sebbene questa soluzione risulti maggiormente garantistica, perché si introduce una nuova condizione per l'irrogazione della pena, essa riposa però su di un'interpretazione anacronistica del dato normativo. In effetti, a differenza del progetto FERRI da cui sono nate, la disciplina di queste due cause estintive del reato è profondamente cambiata, caratterizzata ora da forti limitazioni temporali e personali (cfr. la versione originaria, sotto il vigore della quale il GRISPIGNI scriveva, degli artt. 163, 164 e 169 c.p.).

<sup>(35)</sup> F. GRISPIGNI, *La pericolosità*, cit., p. 100. Più avanti (p. 104) l'autore la definisce, affiancandole un attributo quantitativo, «la molto rilevante capacità di una persona a commettere un reato».

<sup>(36)</sup> F. GRISPIGNI, *La pericolosità*, cit., p. 121 ss.. Si può ipotizzare che, almeno sul piano letterale della formula, una tale accentuazione soggettivistica dell'autore discenda dal concetto di "nevrosi criminale" elaborato dal maestro FERRI. Vedi nota n. 54 del capitolo che precede.

Il concetto criminologico di “inadattabilità” si attaglia però perfettamente alla concezione normativa del GRISPIGNI circa la più generale responsabilità “giuridica” dei non imputabili. Le premesse dogmatiche di una simile costruzione sono due: la concezione autoritativa del diritto e la necessaria collocazione di ogni azione umana nella categoria del lecito o dell’illecito giuridico<sup>(37)</sup>.

A ben vedere, questo peculiare profilo di responsabilità sembra consistere in un ibrido *mixtum* tra il portato del concetto di responsabilità legale di matrice ferriana e l’influenza dottrinale esercitata dalla concezione del THON circa l’ammissibilità dell’assunzione di obbligazioni civili da parte degli incapaci<sup>(38)</sup>.

---

<sup>(37)</sup> In particolare, dalla prima premessa deriva che funzione soltanto accessoria del diritto è quella di dirigere la volontà dei consociati mentre funzione necessaria è quella di poter applicare coattivamente la sanzione. Ed a suffragio della bontà di questa argomentazione, il GRISPIGNI riporta la disciplina circa la non scusabilità dell’ignoranza della legge penale. Dalla seconda premessa, invece, derivano l’impedibilità dell’atto “illecito” dell’incapace nonché la non necessarietà della coincidenza tra la valutazione morale e quella giuridica di un’azione. Vedi F. GRISPIGNI, *La responsabilità giuridica dei cosiddetti non imputabili*, in *La Scuola Positiva*, 1920, p. 12 ss..

<sup>(38)</sup> A differenza del concetto di responsabilità legale, però, la costruzione dottrinale del THON non sembra altrettanto solida. Sebbene tale autore si annoveri tradizionalmente tra gli imperativisti, conclude lapidariamente che nelle obbligazioni civili assunte dagli incapaci «la coazione all’adempimento non ha per iscopo una sommissione della volontà, bensì una tutela di un interesse». Vedi A. THON, *Rechtsnorm und subjectives Recht: Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, trad. it. di A. Levi, *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*, Padova, Cedam, 1951, p. 25 ss. e 94 ss..

Ma una simile asserzione sembra confondere il piano della struttura logica della norma con quello della sua funzione sociale. E, fedele alla sua impostazione, il THON ricollega al “torto” colpevole la conseguenza giuridica della pena ed al “torto” incolpevole quella della “composizione” nella triplice forma della coazione all’adempimento, del risarcimento del danno ed infine della “garanzia”.

Il concetto di “composizione” merita un ulteriore approfondimento. Ferma restando la possibilità di sommare in caso di “torto” colpevole le due tipologie di conseguenze giuridiche, la “compensazione” del THON si riduce, a ben vedere, alla coazione all’adempimento. Questo perché la categoria della “garanzia” viene configurata alla stregua di un risarcimento del danno “ideale”, vale a dire di un danno non ancora cagionato eppure prevedibile. Ove si può agevolmente replicare che una simile categoria non sembra avere una propria autonomia dogmatica, come d’altronde ipotizza alla fine lo stesso autore. Senza contare, poi, che alcune ipotesi ricomprese nel concetto di “garanzia”, lungi dal costituire un risarcimento del danno “ideale”, costituiscano fattispecie di risarcimento di un danno attuale ma di natura non patrimoniale (ad esempio, lo stato di ansia, la diminuzione della percezione di sicurezza, ecc.). Per quanto riguarda infine la categoria del “risarcimento del danno”, il suo profilo accessorio e secondario non deriva dalla sua natura sussidiaria, subordinata ai casi di impossibilità materiale o giuridica della coazione all’adempimento. Si evince, più attentamente, dal rilievo che, quand’esso riveste la forma privatistica, «consiste giuridicamente nell’imposizione di quest’obbligazione, non nell’adempimento della stessa». Così che, in ultima analisi, torna sempre in auge la coazione dell’adempimento: questa volta, della “secondaria” obbligazione risarcitoria.

Ma l'analisi del GRISPIGNI si spinge fino alla disamina di alcuni profili che, nonostante il rilevante interesse per il concetto di pericolosità sociale, erano stati trascurati dai precedenti contributi. Come un matematico del diritto penale, ama sezionare questo concetto in numerose classi al fine di soffermarsi sulle analogie e differenze che le caratterizzano. Ed è così che la "pericolosità sociale" si presta allo studio in relazione a diversi piani di indagine: gradi<sup>(39)</sup>, forme<sup>(40)</sup>, elementi

---

Non sembra dunque inesatto concludere che, nel sistema sanzionatorio delineato dal THON, la coazione all'adempimento, *in via diretta ovvero indiretta*, appaia essere, in contrapposizione alla pena, l'unica conseguenza giuridica di un "torto" incolpevole.

La complessa e delicata tematica delle obbligazioni assunte dagli incapaci è stata affrontata anche dal PETROCELLI. Alla luce della sua peculiare concezione di "antigiuridicità" (vedi nota n. 25), l'illustre autore distingue tra il concetto di "obbligo" e quello di "onere". Il primo sta ad indicare una soggezione della volontà, il secondo una soggezione di un interesse. Attraverso l'istituto della rappresentanza negoziale, il PETROCELLI precisa che l'obbligo è proprio del rappresentante, l'onere del rappresentato (*recte*: dell'incapace). Tradotto in termini penali, ove un simile istituto non può trovare cittadinanza attesa la presenza di diritti "personalissimi", il divieto o il comando contenuto nella fattispecie incriminatrice è indirizzato, nel caso del soggetto capace, alla sua volontà mentre, nel caso del soggetto incapace, al giudice. Per la precisione: la "sanzione" ha come destinatario il reo perché, in tal caso, si è in presenza di un obbligo; la "misura" ha come destinatario il giudice perché, in tal caso, si è in presenza di un onere. Pertanto, «la norma giuridica sulla pericolosità, non potendo concepirsi come comando indirizzato all'individuo pericoloso, nè potendo per conseguenza da esso attendersi nè obbedienza nè disobbedienza, pone l'individuo stesso come *oggetto* del comando e non come *sottoposto* al comando stesso, il quale è invece indirizzato agli organi dello Stato per la diretta attuazione della tutela degli interessi sociali».

Ecco il dissidio tra il GRISPIGNI ed il PETROCELLI. Se quest'ultimo considera in perfetto equilibrio il momento "normativo" e quello "applicativo" della norma penale, il primo accorda una indebita prevalenza al momento "applicativo". E «l'arbitrio sta nel sostenere che di distinzione fra capaci e incapaci si debba parlare solo in relazione al momento applicativo e non anche a quello normativo, nel dire, in sostanza, che il comando, poniamo, di non commettere violenza carnale sia, nel momento normativo, indirizzato anche al lattante, salvo a veder poi se gli si possa effettivamente applicare».

Questa affermazione, oltretutto, non comporta necessariamente il difetto di "impedibilità" dell'azione lesiva dell'incapace né una svalutazione della stessa alla stregua di un *juristisches Nichts*. Invero, nel sistema del PETROCELLI una simile azione, sebbene non abbia natura antigiuridica, realizza nondimeno quel "mero contrasto con gli interessi giuridicamente tutelati" che ne legittima l'"impedibilità". Vedi *amplius* B. PETROCELLI, *La pericolosità*, cit., p. 68, 88 ss. e 96.

<sup>(39)</sup> In particolare, il "grado" di pericolosità sociale sarebbe rivelato da quattro caratteristiche dei suoi elementi costitutivi: quantità, qualità, intensità e persistenza nel tempo. Vedi F. GRISPIGNI, *La pericolosità*, cit., p. 105 ss..

<sup>(40)</sup> Per cui si distingue una pericolosità "permanente" (o cronica) da una "transitoria" (o acuta) ed una pericolosità "generica" da una "specificata" (tipica del delinquente specializzato, come nella figura del delinquente per tendenza di cui all'art. 108 c.p.). Vedi F. GRISPIGNI, *La pericolosità*, cit., p. 107.

costitutivi<sup>(41)</sup>, fattori causali<sup>(42)</sup>, indici rivelatori<sup>(43)</sup> ed infine circostanze che ne occasionano le manifestazioni<sup>(44)</sup>.

È il primo inoltre a cogliere l'importanza della dimensione “processuale” della pericolosità sociale. Se nel sistema del GRISPIGNI questo concetto assume a ruolo di presupposto normativo di ogni sanzione, allora lo schema processuale da applicarsi non può che essere quello della presunzione legale relativa: chi ha commesso un fatto di reato è, *di regola*, socialmente pericoloso. Spetterà alla difesa dimostrare, nel caso concreto, l'assenza di almeno una delle triplici qualità che il GRISPIGNI attribuisce alla pericolosità sociale: effettività, concretezza,

---

<sup>(41)</sup> Questi elementi costitutivi «consistono in quei modi di essere e di attivarsi della psiche, per cui è da attendersi una risoluzione criminosa». Le difettosità psichiche consisterebbero, nei reati dolosi, in un'insufficienza delle affettività inibitorie ovvero in un eccesso delle affettività impulsive. Nei reati colposi, invece, in un errore inescusabile. A parità di “grado” di pericolosità sociale, il GRISPIGNI stila una gerarchia qualitativa di tali difetti psichici attribuendo il primato all'imperfezione della sfera affettiva (ad esempio, deficienza del sentimento morale o sociale ed eccesso di egoismo) piuttosto che a quella della sfera conoscitiva e volitiva. Vedi F. GRISPIGNI, *Diritto*, cit., Vol. I, p. 194 ss..

<sup>(42)</sup> I fattori causali, al contrario, «consistono in tutto ciò che ha avuto un'influenza condizionante o causale nel processo di formazione dei detti elementi costitutivi». Vedi F. GRISPIGNI, *Diritto*, cit., Vol. I, p. 191.

<sup>(43)</sup> Gli “indici rivelatori” della pericolosità sociale «consistono in tutto ciò da cui si può desumere l'esistenza della pericolosità in un soggetto» e, talvolta, possono tradursi in “indici” gli stessi fattori causali. Tradizionalmente, gli “indici rivelatori” della pericolosità sociale sono tre: il fatto di reato commesso, la condotta *ante e post delictum*, la perizia psichiatrica. Il fatto di reato commesso riveste un ruolo di primaria importanza sia per l'omogeneità tra la natura di questo dato e quella dell'evento temuto, sia perché costituisce un dato certo e non aleatorio a disposizione del giudice, sia perché è un elemento sempre presente nella prognosi di pericolosità (a differenza, ad esempio, delle notizie sulla vita anteatta del reo). In quanto sintomo “primario”, il valore sintomatico del fatto di reato commesso è triplice. Esso tende a rivelare una certa individualità psichica (temperamento e carattere), la pericolosità sociale dell'individuo ed il suo difetto psichico (vale a dire l'inadattamento sociale). Naturalmente, il corollario che deriva da tali premesse è che se ogni fatto di reato commesso è causa di un difetto psichico, non è però vero il contrario. Vedi F. GRISPIGNI, *La pericolosità*, cit., p. 110 ss. e 135 ss.; ID., *Diritto*, cit., Vol. I, p. 206 ss..

<sup>(44)</sup> Questi “stimoli realizzatori” concernono tutte quelle circostanze che, limitatamente ad una determinata situazione concreta, hanno agevolato la risoluzione criminosa. Ma, a ben vedere, non sembra che tale categoria abbia una propria autonomia dogmatica, rimanendo fusa con quella dei fattori causali sopra illustrata.

Ad ogni modo, si deve rimarcare come la quadripartizione riportata nel testo (elementi costitutivi - fattori causali - indici rivelatori - stimoli realizzatori) è frutto di una posizione scientifica più matura del GRISPIGNI atteso che non era presente ne “La pericolosità criminale e il valore sintomatico del reato” del 1921. In questo articolo, per la precisione, gli “indici rivelatori” della pericolosità sociale costituivano un tutt'uno con gli elementi costitutivi della stessa e non erano stati ancora elaborati i concetti di fattore causale né quello di “stimoli realizzatori” della pericolosità sociale. Vedi F. GRISPIGNI, *Diritto*, cit., Vol. I, p. 190 ss..



attualità<sup>(45)</sup>. Il “premio” per la difesa si traduce nella concessione della sospensione condizionale della pena ovvero, in caso di minore, del perdono giudiziale. Due istituti clemenziali che, nell’ottica processuale, consistono concettualmente nel risvolto negativo della pericolosità sociale.

La rigidità della posizione dottrinale del GRISPIGNI, che non scende a compromessi normativi neanche dopo l’entrata in vigore dell’impianto codicistico del 1930, costituisce senz’altro il motivo prevalente del suo isolamento dogmatico<sup>(46)</sup>. Un ostracismo mostrato invero anche da coloro che, come meglio si vedrà nel paragrafo che segue, hanno portato alle estreme conseguenze questa teorica.

---

<sup>(45)</sup> Sono queste “qualità” della pericolosità sociale che consentono al GRISPIGNI di replicare alla possibile obiezione secondo cui l’irrogazione della sanzione sarebbe subordinata nel suo sistema ad un elemento di obiettiva incertezza, qual è la probabilità del verificarsi di un futuro evento criminale. Vedi F. GRISPIGNI, *La pericolosità*, cit., p. 113.

<sup>(46)</sup> Con qualche sfumatura concettuale, dovuta forse ad alcune incomprensioni della dottrina che intende accreditare, la posizione assunta dal DE ASÙA circa la struttura della pericolosità sociale può essere considerata la fedele traduzione spagnola della teorica del GRISPIGNI. Ma il DE ASÙA, oltre a confondere i fattori causali con gli “indici rivelatori” della pericolosità sociale, critica il positivista italiano per aver accostato la concezione della pericolosità sociale ad una forma di anomalia psichica, riproducendo purtroppo l’equivoco “letterale” tra i concetti di “anomalia psichica”, così come intesa dal GRISPIGNI, e “patologia psichica”. Vedi L. J. DE ASÙA, *La pericolosità*, cit., p. 28 ss. e 37 ss..

**4. — LA PERICOLOSITÀ SOCIALE COME QUALIFICA DI UNO “STATO ANTIGIURIDICO PENALE”. IL CONTI E LA MISURA DI SICUREZZA COME “COMPLEMENTO” O “SURROGATO” DELLA PENA. LO STATO DI “IMMANENZA CRIMINALE” DEL SABATINI. IL DE MARSICO E L’“ANTISOCIALITÀ DELLA CONDOTTA”. IN NOTA: LA TEORIA DEL ROCCO.**

Se della posizione dottrinale esaminata precedentemente sono state poste in luce tutte le aporie logiche e normative, quella che occupa il presente paragrafo, costituendone una *species* ben delimitata, conduce *a fortiori* all’esacerbazione delle incongruenze dogmatiche già rilevate. Riproporre, a proposito dei contributi che si andranno ad esaminare, le medesime argomentazioni del paragrafo che precedono, costituirebbe una inutile duplicazione. Pertanto, l’analisi si limiterà all’illustrazione di alcune originali costruzioni dottrinali che hanno concepito la pericolosità sociale come la qualifica di uno stato antigiuridico penale.

Eclettico come nessun altro, il CONTI distingue il “diritto criminale” in due branche: “criminologia” e “diritto penale”. La prima racchiude le scienze dell’*essere*, il secondo quelle del *dover essere*. Ed è all’interno della materia del “diritto penale” che il ragionamento sillogistico raggiunge la sua massima intensità. Il CONTI vi distingue quattro discipline: un “diritto penale propriamente detto”, che studia esclusivamente il reato; un “diritto penale penitenziario”, che studia l’uomo *nel* reato; un “diritto penale di polizia”, che studia l’uomo *in relazione* al reato; ed un “diritto criminale di polizia”, che studia l’uomo *in relazione* al “fatto di reato”<sup>(47)</sup>.

Un’architettura decisamente barocca fondata, più che sul dato normativo, sulla relazione che l’autore intesse con il reato o “fatto di reato” commesso. Su di essa viene innestato il concetto di pericolosità sociale che, nella sua triplice classificazione, tende a depositarsi in modo disallineato su questa tetrapartizione.

In ossequio alla relazione sopra enunciata, si potrà avere: una pericolosità semplice o *fuori del* reato (*recte*: la pericolosità propria del diritto di polizia); una

---

<sup>(47)</sup> Nella categoria del “fatto di reato” sono ricomprese per il CONTI le ipotesi di reato impossibile, reato putativo per errore sul fatto e le azioni criminose degli incapaci. Vedi U. CONTI, *Diritto penale e suoi limiti naturali. (concetto della “pericolosità criminale”)*, Cagliari, Dessì, 1912, p. 4 ss..

pericolosità *nel* reato (*recte*: l'attuale capacità a delinquere); ed infine una pericolosità *dal* reato (*recte*: l'attuale pericolosità sociale). Soffermandosi su quest'ultima, il CONTI conclude circa la sua natura anti-giuridica posto che «pure essendo una qualità del soggetto, si obbiettiva in un vero e proprio “stato di pericolo”».

E, in particolare, ai fini sanzionatori la pericolosità *dal* reato apre una duplice possibilità. In ossequio al peculiare lessico normativo del CONTI, nella commissione di un “reato”, la misura di sicurezza si adagia accanto alla pena come suo *complemento*. Nella commissione di un “fatto di reato”, invece, la medesima sanzione sostituisce la pena, divenendone il *surrogato*<sup>(48)</sup>.

Sempre sulle ali del sillogismo più sfrenato, la tesi del SABATINI muove da una evanescente e fumosa “causalità psichica criminosa”. Gli effetti di questo peculiare nesso eziologico sarebbero due: una “contingenza criminale”, propria del singolo fatto di reato commesso; ed una “immanenza criminale”, propria del *modus essendi* di un soggetto.

Da qui la configurazione di un reato “di pericolosità criminale” di dubbia solidità strutturale. Seguendo i dettami della bipartizione dell'illecito penale, l'elemento oggettivo di questo peculiare “reato” sarebbe costituito da qualsiasi «fatto immorale o dannoso, anche se non previsto dalla legge come reato». Ove si nota subito la contraddizione in termini nell'asserire la possibilità che un fatto penalmente neutro costituisca la dimensione oggettiva di un “reato”. L'elemento soggettivo consisterebbe invece proprio in tale “immanenza criminale”, effetto di una vera e propria anomalia psichica ovvero, secondo il SABATINI, di una

---

<sup>(48)</sup> U. CONTI, *Diritto*, cit., p. 22 ss.. Con leggera variazione terminologica, tale però da non modificare la sostanza dell'argomentazione, conclude (p. 31): «così la “pericolosità criminale” entra nel campo del diritto penale: “complemento al reato”, come la misura di sicurezza che vi corrisponde è “complemento alla pena”. Misura di sicurezza per i delinquenti veri e propri, che scontarono la pena: o *complemento di pena in concreto*, propriamente detto; misura di sicurezza per gli autori di semplice “fatto di reato”, a sostituzione di pena: o *complemento di pena in astratto*, prevenzione in ufficio di repressione».

«disposizione soggettiva, congenita o acquisita, per violare i precetti penalmente sanzionati»<sup>(49)</sup>.

In sintesi, si eleva ad illecito penale la disposizione patologica a commettere fatti di reato, all’infuori però della loro effettiva realizzazione. Ciò che, tuttavia, non sfugge è che la consistenza dogmatica quasi nulla dell’elemento oggettivo di un siffatto illecito ne sbilancia l’intera struttura verso l’“immanenza criminale” che, *per facta concludentia*, assurge al ruolo di ago della bilancia per la risposta sanzionatoria. In altri termini, nelle ipotesi di “fatti” semplicemente immorali o comunque penalmente neutri, tale immanenza qualificherà un vero e proprio stato antiggiuridico penale.

Nella costruzione del SABATINI, semmai, resta da chiedersi se e cosa rimanga dei “tradizionali” elementi costitutivi del reato.

Discorso a parte merita la teorica del DE MARSICO. La natura penalmente antiggiuridica dello stato delinquenziale deriva per l’illustre autore da un inequivoco elemento formale-letterale. Ed a tal proposito precisa: «bisogna, a nostra avviso, ben distinguere la pericolosità integrata da fatti, circostanze, od elementi apprezzabili *anche fuori*, ed a maggior ragione, *solo fuori* dell’ambito spettante alla legge ed al giudice penale; e quella integrata da fatti, circostanze, od elementi apprezzabili *solo a stregua* della legge penale e dal giudice penale. Quella è

---

<sup>(49)</sup> Infelice imitazione delle tesi positivistiche, questo stato di “immanenza criminale” non soltanto limita la genesi della pericolosità sociale soltanto in una dimensione endogena ma, più che altro, intende questo concetto in un’accezione esclusivamente patologica.

In sede di tecnica legislativa, l’*escamotage* utilizzato per la costruzione del reato di “pericolosità criminale” sarebbe consistito nel ricorso al principio di legalità formale o in senso lato: «quando la legge avrà stabilito che chi serbi una determinata condotta di pubblico pericolo, specificamente definito, debba essere sottoposto a corrispondenti sanzioni, con questo avrà formulato precise (?) ipotesi di reato; il reato di taluni soggetti non consiste più in questo o in quell’atto criminoso, ma nel complesso della loro condotta antisociale, per tendenza al delitto, e come tale criminalmente pericolosa». Vedi *amplius* GU. SABATINI, *La pericolosità come stato subiettivo criminoso*, in *La Scuola Positiva*, 1921, p. 253 ss..

Il SABATINI, successivamente all’entrata in vigore del codice ROCCO, abbandona la posizione assunta nel testo e muta il proprio pensiero per renderlo conforme al dato positivo: GU. SABATINI, *La pericolosità criminale*, Catania, Zuccarello & Izzi, 1934, p. 8 ss..

Fortemente critico verso l’originaria tesi del SABATINI, collocata tra le “nuove oscurità” italiane, vedi L.J. DE ASÛA, *La pericolosità*, cit., p. 30 ss..

uno stato antiggiuridico di indole amministrativa; questa, uno stato antiggiuridico di indole penale»<sup>(50)</sup>.

Ma dove la sua posizione assume profili di assoluta originalità è nella collocazione dogmatica della pericolosità sociale all'interno della teoria tripartita del reato e, in particolare, nella categoria dell'antigiuridicità. Questo perché «se nella colpevolezza si proietta il riflesso psicologico del reato, nell'antigiuridicità si proietta il suo riflesso sociale»<sup>(51)</sup>.

La concezione della pericolosità sociale come elemento del “riflesso sociale” dell'illecito penale appare quasi una sorta di antitesi dogmatica al “rechtes Mittel” del ZU DOHNA. Se questi, però, tentava di introdurre una causa di giustificazione di matrice “giusnaturalistica”<sup>(52)</sup>, il DE MARSICO al contrario elabora uno “stato positivo di antisocialità” che renderebbe penalmente sanzionabili anche fatti non preveduti dalla legge come reato.

Precisamente: accanto ad una “antisocialità del fatto” egli colloca una “antisocialità della condotta” (*recte*: la condotta oggetto delle prognosi giudiziali di capacità a delinquere ovvero di pericolosità sociale). E le singole fattispecie incriminatrici, oltre a vietare il “fatto” in esse descritto, punirebbero autonomamente, attraverso un non meglio identificato “elemento normativo specifico”, anche la “condotta” antisociale.

In sede di irrogazione della sanzione, quindi, il giudice sommerà al *quantum* liquidato per l'antisocialità del “fatto”, il *surplus* dovuto alla mera “possibilità di

---

<sup>(50)</sup> E, coerentemente a queste premesse, il DE MARSICO parla anche con riferimento ai non imputabili di uno stato antiggiuridico penale. L'esaltazione normativa, all'interno della sua analisi, della natura dell'organo giudiziale lo conduce poi ad affermare che «per sostenere che le m. s. previste dal diritto penale abbiano indole amministrativa, bisognerebbe poter dimostrare che anche l'autorità amministrativa sarebbe in grado di compiere l'esame della pericolosità concesso dalla legge al giudice penale. E ciò è indimostrabile». Vedi *amplius* A. DE MARSICO, *Delle misure amministrative di sicurezza*, in *Il codice penale illustrato articolo per articolo*, Vol. I, diretto da U. Conti, Milano, Giuffrè, 1934, p. 860 ss.; ID., *Diritto penale. Parte generale*, Napoli, Jovene, 1935, p. 486 ss..

<sup>(51)</sup> Vedi A. DE MARSICO, *L'unità del diritto penale*, in *Foro Italiano*, 1935, p. 15 ss..

Per l'esatta considerazione dell'elemento del “riflesso sociale” come elemento pre-giuridico estraneo perciò a considerazioni di natura dogmatica, vedi B. PETROCELLI, *La pericolosità*, cit., p. 141 ss..

<sup>(52)</sup> Vedi, per alcune osservazioni critiche sulla delicata tematica delle scriminanti tacite in relazione alla dottrina dell'antigiuridicità “materiale”, P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, Priulla, 1947, p. 63 ss..

recidiva” del soggetto (*recte*: alla sua accertata capacità a delinquere) ovvero alla “probabilità di recidiva” dello stesso (*recte*: alla sua accertata pericolosità sociale). Per complicare ulteriormente il proprio sistema, il giurista salernitano conclude che il divieto di tenere una “condotta” antisociale, nelle ipotesi di mera “possibilità di recidiva”, sarebbe rivolto alla tutela dell’“ordine giuridico penale” laddove, in quelle di “probabilità di recidiva”, alla tutela dell’“ordine giuridico in generale”<sup>(53)</sup>.

A parte il significato grammaticale e dogmatico alquanto oscuro di molte formule utilizzate dall’illustre autore, di questa teoria risalta immediatamente la vistosa analogia *in malam partem* che conduce agevolmente alla potenziale incriminazione, siccome “antisociale”, di qualsiasi condotta. Ma, più che altro, si deve ribadire che, nell’ordinamento penale, non esiste alcun precetto che vieti di tenere una “condotta” antisociale. Nelle singole figure criminose, e per rimanere fedeli alla terminologia utilizzata dal DE MARSICO, l’antisocialità della “condotta” rileva *se e soltanto* in quanto espressione dell’antisocialità del “fatto”. Infine, che la pericolosità sociale sia istituito afferente alla tutela dell’“ordine giuridico generale” cozza vistosamente col dettato dell’art. 203 c.p. che colloca la pericolosità sociale entro i confini di un giudizio penale.

Con la teorica del DE MARSICO può considerarsi oramai compiuta la lunga evoluzione concettuale che, muovendo dalle originarie impostazioni del

---

<sup>(53)</sup> Ancora: nelle ipotesi di capacità a delinquere, l’antisocialità resterebbe “fusa” nel reato, aumentandone la pena, laddove nelle ipotesi di pericolosità sociale, l’antisocialità, dopo aver influenzato il *quantum* sanzionatorio, si “staccerebbe” dal reato acquisendo una sua propria fisionomia in termini di *Tatbestand*!

Ferme le considerazioni effettuate nel paragrafo che segue circa la configurazione di una fattispecie di pericolosità sociale, non è chi non veda come l’argomentazione del DE MARSICO sconti un evidente profilo contraddittorio. Ciò perché l’autore prima colloca la pericolosità sociale all’interno del reato (*rectius*: nell’*antigiuridicità* del *fatto tipico*) per poi subito dopo collocarla all’esterno di esso a mo’ di autonomo *Tatbestand*. Vedi A. DE MARSICO, *L’unità del diritto penale*, in *Foro Italiano*, 1935, p. 15 ss..

Infine, non si comprende la critica che il DE MARSICO avanza nei confronti della tesi del SABATINI e che precedentemente si è avuto modo di esaminare: «concepire la pericolosità come stato antigiuridico penale è cosa ben diversa che concepirla come *forma di reato*». Sinceramente, non si riesce a cogliere questa “cosa ben diversa”. Vedi A. DE MARSICO, *Delle misure*, Vol. I, cit., p. 861 ss. in nota.

positivismo ferriano, ha caratterizzato con l'apporto di numerosi contributi lo studio del concetto di pericolosità sociale<sup>(54)</sup>.

Valorizzando gli sforzi degli autorevoli giuristi che si sono cimentati in questa opera, l'analisi che segue tenterà di enucleare, intorno a questo fondamentale concetto, alcuni punti fermi che, considerati nel complesso, potranno essere considerati alla stregua di lineamenti di una "teoria generale" della pericolosità sociale.

---

<sup>(54)</sup> Anche il maggior artefice dell'attuale codice penale si è cimentato nel tentativo di ricostruire strutturalmente il concetto di pericolosità sociale. E, riferendosi alle misure di sicurezza, il ROCCO sostiene la loro natura di «conseguenze giuridiche di stati della persona umana (stati personali) o di stati delle cose (stati reali), come tali, se pur tal volta coscienti, sempre tuttavia involontari, i quali stati costituiscono stati giuridici socialmente e criminalmente pericolosi e quindi giuridicamente e criminalmente illeciti». E conclude precisando che sono «*stati criminalmente pericolosi*, perché produttivi di pericolo criminale, cioè del pericolo di recidiva nel reato. *Stati*, infine, *criminalmente illeciti* perché obiettivamente, se non subiettivamente, contrari al diritto criminale, anzi, al diritto criminale penale». Vedi AR. ROCCO, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, in *Scritti giuridici vari*, Roma, Foro Italiano, 1933, p. 741.

Ma il PETROCELLI, di fronte ad una tale affermazione, ne sostiene l'estraneità concettuale dal pensiero dell'autore sostenendo, in una sorta di correttivo, che «con tale espressione il ROCCO altro non ha inteso significare se non quella oggettiva non conformità agli interessi tutelati dal diritto che deriva da qualunque fatto dannoso o pericoloso». Vedi B. PETROCELLI, *La pericolosità*, p. 109 ss..

**5. — LINEAMENTI DI UNA “TEORIA GENERALE” DELLA PERICOLOSITÀ SOCIALE. PERICOLOSITÀ SOCIALE COME PERICOLO PER LA SOCIETÀ. PERICOLOSITÀ SOCIALE COME QUALIFICA DI UNO “STATO”. EQUIVALENZA TRA “PERICOLOSITÀ SOCIALE” E “DELINQUENZA”. ESTENSIONE DELLA PROGNOSE DI PERICOLOSITÀ SOCIALE ANCHE AI FATTI NON PREVEDUTI DALLA LEGGE COME REATO. IL FATTO DI REATO O DI “QUASI-REATO” COME CONDIZIONE NECESSARIA, NONCHÉ SINTOMO PER ECCELLENZA, DELLA SUDETTA PROGNOSE. LA STRUTTURA E L’ACCERTAMENTO DEL GIUDIZIO DI PERICOLOSITÀ SOGGETTIVA. LE FATTISPECIE COMPLESSE DI PERICOLOSITÀ. LA NATURA GIURIDICA DELLE MISURE DI SICUREZZA.**

Analizzare un concetto ampio e generale come quello che qui ci occupa, comporta che una simile indagine diviene tanto più esposta ad errori quanto più pretende di essere completa e particolareggiata. Muovendo dalle disposizioni codicistiche, ormai punto di riferimento imprescindibile per ogni indagine *in subiecta materia*, e con l’ausilio delle argomentazioni più convincenti delle posizioni dottrinali esaminate nei paragrafi che precedono, l’analisi tenterà di delineare quelle che sembrano costituire le note essenziali del concetto di pericolosità sociale così come disciplinato nell’attuale sistema normativo. Ma si proceda con ordine.

α) In questa disamina, meritano la precedenza alcune considerazioni di natura logico-letterale. Se dalla natura del danno temuto è dato ricavare quella del pericolo, allora non si può condividere la scelta “semantica” operata dal legislatore e normativamente cristallizzata nell’art. 203 c.p.. Nella formula “pericolosità *sociale*”, in effetti, l’accento legislativo cade non sul danno temuto (*id est*: il reato) bensì sul destinatario del pericolo (*id est*: la società)<sup>(55)</sup>.

---

<sup>(55)</sup> Considerazione che si risolve in una mera questione terminologica se soltanto si considera come, salvo che nel sistema ferriano, le formule “pericolosità sociale” e “pericolosità criminale” siano ritenute dogmaticamente fungibili. Per chi, come il GRISPIGNI, muove dalla teoria tripartita del reato, la scelta di cristallizzare nell’art. 203 c.p. la formula “pericolosità sociale” sarebbe maggiormente corretta perché ne consentirebbe l’estensione anche alle azioni lesive degli incapaci che, secondo tale teoria, non potrebbero mai divenire in senso tecnico “autori” di fatti di reato. Vedi F. GRISPIGNI, *Diritto*, cit., Vol. I, p. 201 ss.. Ma una simile conclusione viene raggiunta anche da chi muove dalla speculare teoria bipartita del reato. Il ROCCO nega che l’azione dannosa, ma non criminale, dell’incapace produca quella diminuzione della sicurezza sociale (o, nel



Ancora, come più volte sottolineato nel corso del presente capitolo, il concetto di pericolosità sociale non sta ad indicare uno “stato” bensì la “qualifica” di uno stato. Da questo punto di vista, la precisione semantica del codice è da antologia. Debitrice dell’*Eigenschaft* di feuerbachiana memoria, l’*incipit* del secondo comma dell’art. 203 c.p. recita: «la qualità di persona socialmente pericolosa si desume...». Ecco, dunque, come il codice ricostruisce la pericolosità sociale: la qualità di uno *status* accertata all’esito di una prognosi.

β) La collocazione dogmatica della pericolosità sociale, lungi dal situarsi all’interno della teoria generale del reato<sup>(56)</sup>, sarebbe più correttamente da rinvenire all’interno della teoria generale del reato<sup>(57)</sup>.

---

linguaggio dell’autore, il pericolo mediato o indiretto) che deriva esclusivamente dal reato. Vedi AR. ROCCO, *L’oggetto*, cit., p. 435 ss..

Per le relazioni logiche tra i concetti di “pericolo” e di “pericolosità”, vedi *amplius* il primo paragrafo del primo capitolo.

<sup>(56)</sup> A rigor di logica, sembra più che legittima una simile domanda: se nella teoria tripartita del reato l’imputabilità si colloca all’interno della colpevolezza, e se al contempo si considerano le misure di sicurezza come sanzioni “criminali”, allora anche la pericolosità sociale deve collocarsi all’interno della colpevolezza? Naturalmente, la risposta risente della qualificazione (o meno) della pericolosità sociale come forma di “capacità giuridica”, analisi effettuata nella nota che segue.

Già il FEUERBACH si interrogava, anche se in relazione alla colpa morale, circa una simile questione: «ob dann die Größe der unmoralischen Denkungsart, auf welche wir von der Unabhängigkeit von Naturursachen schließen; die Größe der Gefährlichkeit eines Menschen bestimme? Ob wir also sagen können, der Mensch ist um so mehr oder weniger gefährlich, je mehr oder weniger er in sittlicher Schuld ist und das Gesetz der Sinnlichkeit untergeordnet hat?». P.J.A.R. VON FEUERBACH, *Revision*, cit., Vol. II, p. 365 ss..

<sup>(57)</sup> Si deve comunque rilevare come la pericolosità sociale non possa essere ricostruita alla stregua di una sorta di capacità giuridica di diritto penale. In altri termini, il “pericoloso” – e questo è un ulteriore rilievo per argomentare come la pericolosità sociale non consista affatto in uno stato – non è di per sé titolare delle due inscindibili situazioni giuridiche soggettive passive del dovere e della soggezione ad una sanzione penale. La pericolosità sociale non caratterizza un reato come “proprio” perché postula la previa commissione di un fatto di reato o di “quasi-reato”. È dunque uno schema che non appartiene, in un’ottica kelseniana, alla dimensione statica del diritto. Vedi, per l’ammissibilità nel diritto penale delle categorie della “capacità giuridica” e della “capacità di agire”, AR. ROCCO, *L’oggetto*, cit., p. 22 ss., in nota; R. DELL’ANDRO, voce *Capacità*, cit., p. 104 ss.. In particolare, secondo il ROCCO lo Stato sarebbe persona giuridica di diritto penale siccome titolare “originario” del diritto alla obbedienza politica e del diritto di punire. Di contro, per l’equivalenza nel diritto penale tra i concetti di “capacità giuridica” ed “imputabilità”, vedi F. CARNELUTTI, *Teoria*, cit., p. 101 ss.; E. FLORIAN, *Trattato*, cit., Vol. I, p. 286 ss.; G. BETTIOL, *Diritto*, cit., p. 365 ss.: «non vale «essiccare» l’uomo per considerarlo quale punto di riferimento di rapporti giuridici quando lo si è privato della sua «umanità», della ricchezza cioè del suo contenuto etico-psicologico che lo fa una persona capace e un essere moralmente responsabile. Mai come a tale proposito s’è dimostrata vana ogni fatica diretta a depauperare di ogni contenuto di vita la categoria della capacità penale. Quando parliamo, quindi, di capacità penale noi alludiamo esclusivamente alla capacità di intendere e di volere, vale a dire all’imputabilità».

γ) Se per il FERRI ogni delinquente era di per sé pericoloso, il dettato dell’art. 203 c.p. è, a tal proposito, di segno opposto. Dovrà infatti valutarsi, caso per caso, la pericolosità sociale di ogni delinquente. E da qui ad affermare che il codice ROCCO abbia ripudiato l’equivalenza ferriana “delinquenza = pericolosità”, il passo è breve.

Ma non è chi non veda come una simile conclusione, esternata forse in maniera troppo affrettata, dimentichi che nel sistema codicistico la dosimetria di ogni risposta sanzionatoria viene attinta dal bacino normativo dell’art. 133 c.p. che, nella sua seconda parte, richiama la “capacità a delinquere”<sup>(58)</sup>.

Tra gli autori che attribuiscono natura penale alle misure di sicurezza, ve ne sono alcuni che hanno approfondito le relazioni normative tra i concetti di “pericolosità sociale” e “capacità giuridica”. Il BRICOLA, ad esempio, ritiene che a fianco di una capacità giuridica relativa alla pena (e che coincide con l’imputabilità) ve ne sia un’altra relativa alla misura di sicurezza (e che coincide con la pericolosità). Alla prima corrisponderebbe, quale riflesso dinamico, anche una capacità penale di agire che, al contrario, difetterebbe alla seconda. In questa costruzione, la capacità penale di agire non costituisce istituto differente rispetto alla capacità giuridica relativa alla pena bensì due aspetti – uno statico ed uno dinamico – del medesimo istituto. Vedi F. BRICOLA, *Il fatto*, cit., p. 85 ss..

Il PAGLIARO descrive una capacità giuridica che, in guisa di *genus*, ricomprenderebbe come sue *species* tanto l’imputabilità quanto la pericolosità sociale. La capacità penale di agire, invece, corrisponderebbe alla capacità psico-fisica di porre in essere il fatto di reato (o, in caso di pericolosità sociale, anche il “quasi-reato”). Vedi A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 172 ss.; ID., *Il fatto di reato*, in *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 421 ss..

Il GALLO considera la capacità giuridica penale come la titolarità del “dovere” e della “soggezione alla sanzione penale” e la capacità penale di agire come la sintesi della capacità psico-fisica del soggetto alla realizzazione del fatto di reato. Tanto l’imputabilità quanto la pericolosità sociale si collocherebbero al di fuori della capacità giuridica, limitandosi a rivestire il ruolo di “qualifiche personali” rilevanti ai fini della determinazione della sanzione “criminale” da applicare: pena o misura di sicurezza. Vedi M. GALLO, voce *Capacità penale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. II, Torino Utet, 1958, p. 881 ss..

Sebbene divulga scorrettamente il legame inscindibile tra titolare del “dovere” e titolare della “soggezione alla sanzione penale”, il DELL’ANDRO, pur non pronunciandosi sulla natura giuridica delle misure di sicurezza, riferisce la capacità giuridica soltanto ai rapporti penali “primari” (c.d. d’obbedienza penale) e l’imputabilità o capacità penale di agire soltanto a quelli “secondari” (c.d. punitivi). La distinzione tra momento normativo ed applicativo della norma penale lo conduce alla conclusione pratica che tutti i non imputabili, non essendo in concreto assoggettabili a pena, non sono perciò neanche capaci giuridici. Per quanto concerne la pericolosità sociale, invece, la costruzione del DELL’ANDRO prevede esclusivamente una capacità penale di agire. Vedi *amplius* R. DELL’ANDRO, voce *Capacità*, cit., p. 107 ss..

Come utile chiosa finale, si può osservare che l’unico denominatore comune di tutti gli autori sopra cennati, e senza entrare nel merito delle singole posizioni dottrinali, risiede nel riconoscere alla categoria delle “immunità penali” la natura di fattore impeditivo dell’attribuzione in capo al soggetto della capacità giuridica.

<sup>(58)</sup> Sulla quale vedi *amplius* il paragrafo che segue.

δ) Non si riscontra un perfetto allineamento dogmatico tra la pericolosità “sociale” del codice ROCCO e quella “criminale” o *post delictum* del FERRI. La prima, invero, risulta più ampia perché può riferirsi anche a fatti non preveduti dalla legge come reato (art. 202, comma 2, c.p.). A voler tentare una forzata sovrapposizione concettuale, potrebbe comunque sostenersi che quest’ultima disposizione “assomigli” quantomeno – sebbene sempre ancorata ad un “fatto” e mai ad un semplice “stato” - a quella che il FERRI additava come pericolosità “sociale” o *ante delictum*. Ma si è comunque molto distanti dalla armonica costruzione del maestro del positivismo<sup>(59)</sup>.

ε) A fianco della commissione di un fatto di reato ovvero di “quasi-reato”, la pericolosità sociale costituisce il presupposto dell’irrogazione della misura di sicurezza.

Pertanto, non ha pregio l’argomentazione del PETROCELLI secondo cui le misure di sicurezza sarebbero conseguenza giuridica della *sola* pericolosità sociale accertata nell’individuo. In un tale contesto, il fatto di reato o di “quasi-reato” scemerebbe a mero sintomo rilevatore. Ma la *littera legis* è cristallina: la mancata commissione di un fatto di reato o di “quasi-reato” costituisce insuperabile fattore ostativo per qualsiasi indagine circa la pericolosità sociale del soggetto.

È bene dunque sottolineare che il fatto di reato o di “quasi-reato” costituisce il centro di gravità di ogni prognosi giudiziale che muova dall’art. 203 c.p.: presupposto normativo ed insieme sintomo per eccellenza della pericolosità sociale del soggetto<sup>(60)</sup>.

---

<sup>(59)</sup> Nondimeno, il NUVOLONE continua a distinguere le misure di prevenzione dalle misure di sicurezza proprio attraverso la dicotomia pericolosità *ante* e *post delictum*. Vedi P. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, Vol. XXVI, Giuffrè, 1976, p. 632 ss.; Id., *La prevenzione nella teoria generale del diritto penale*, in *Trent’anni di diritto e procedura penale*, Vol. I, Padova, Cedam, 1969, p. 269 ss.. Ma, come si vedrà *amplius* nel capitolo che segue, alcune misure di “prevenzione” possono essere irrogate esclusivamente dall’autorità giudiziaria mentre altre concernono esclusivamente il profilo del *post delictum*.

<sup>(60)</sup> La posizione critica nel testo viene accreditata e difesa dal PETROCELLI. Ma se nella prognosi di pericolosità sociale, il fatto di reato o di “quasi-reato” fosse veramente una mera “occasione”, l’argomentazione del PETROCELLI condurrebbe a tre conclusioni dogmatiche aberranti. In primo luogo, se davvero le misure di sicurezza fossero diretta conseguenza della *sola* pericolosità sociale, la confisca dovrebbe essere espunta da un simile sistema siccome non necessita di alcuna prognosi in tal senso. Inoltre, le misure di sicurezza si dovrebbero applicare anche a prescindere dalla commissione di un fatto di reato o di “quasi-reato”, in palese violazione del preciso dettato dell’art. 202 c.p.. Senza contare, poi, che in alcuni casi l’ordinamento giuridico

ζ) In ogni prognosi di pericolosità sociale<sup>(61)</sup>, possono essere individuati e separatamente esaminati i quattro momenti tipici del giudizio di pericolo. In

---

assegna alla commissione di un fatto di reato o di “quasi-reato” la funzione di confine tra gli ambiti applicativi della misura di polizia e della misura di sicurezza: l'esempio classico richiama il discrimine operativo tra manicomio comune e manicomio criminale. In secondo luogo, a seguire il ragionamento del giurista napoletano, l'*abolitio criminis* del fatto di reato “occasione” della prognosi di pericolosità sociale, non dovrebbe dispiegare alcun riflesso giuridico sulla misura di sicurezza eventualmente già irrogato al reo. Mentre, ai sensi dell'art. 646 c.p.p. 1930, la misura di sicurezza andava revocata. Una simile obiezione non avrebbe potuto di contro essere rivolta alla costruzione del FERRI perché, nella parte speciale del suo Progetto (mai redatta dall'autore), avrebbero trovato disciplina esclusivamente i delitti “naturali”, vale a dire quei delitti che non sarebbero mai stati espunti da alcun codice. Infine, nelle ipotesi di pericolosità sociale presunta (ancora in vigore quando il PETROCELLI scrive), si dovrebbe concludere che il legislatore, nel richiedere la non necessarietà dell'accertamento degli indizi dettati dall'art. 133 c.p., si sia “dimenticato” di escludere dal profilo accertativo anche il sintomo “criminale” (*recte*: la realizzazione di un fatto di reato o di “quasi-reato”) che, nelle suddette ipotesi, va dunque sempre accertato. In altri termini, la presunzione legale ricomprenderebbe tutti i sintomi della pericolosità sociale tranne il fatto di reato o di “quasi-reato”. Ma, allora, tanto vale sostenere che in tali casi la pericolosità sociale non viene presunta. Al contrario, se si considera il fatto di reato o di “quasi-reato” come presupposto normativo ed insieme sintomo per eccellenza della pericolosità sociale, nelle ipotesi *de quibus* verrebbe meno di questo soltanto la valenza sintomatica. Vedi B. PETROCELLI, *La pericolosità*, cit., p. 214 ss..

Che la teorica del PETROCELLI, in ordine al fondamentale profilo ora esaminato, non appaia cristallina lo si evince agevolmente da questo emblematico periodo riassuntivo (p. 229): «nel nostro diritto positivo riceve piena conferma l'orientamento che assegna al reato come sintomo un valore, di regola, soltanto relativo, cioè di sintomo fra gli altri sintomi, e al reato come presupposto per la dichiarazione di pericolosità criminale e per l'applicazione delle misure di sicurezza un valore soltanto di limite legale di opportunità e di convenienza». Ora, a prescindere dalle richiamate valutazioni di opportunità e di convenienza, una tale asserzione, non senza un evidente accento di contraddittorietà, annulla quanto si è sostenuto prima.

Nondimeno, le argomentazioni del PETROCELLI seguono quelle di autorevolissima corrente dottrinale e sono state anche accreditate dalla dottrina successiva, alla quale dunque devono riferirsi le medesime osservazioni critiche sopra cennate. Vedi *ex multis*: AR. ROCCO, *Le misure*, cit., p. 741; G. BATTAGLINI, *La natura*, cit., p. 1287; R. DELL'ANDRO, voce *Capacità*, cit., p. 117 ss.; G. BETTIOL, *Le misure di sicurezza*, in *Scritti giuridici*, Vol. II, Padova, Cedam, 1980, p. 560 ss.; V. MANZINI, *Trattato*, cit., Vol. III, p. 232 ss.; G. MAGGIORE, *Aspetti dogmatici nel problema della esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Rivista di diritto penitenziario*, 1934, p. 959; F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 96 ss. e 122 ss.; P. NUVOLONE, voce *Misure*, cit., p. 634; ID., *L'accertamento della pericolosità nel processo ordinario di cognizione*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Vol. II, Padova, Cedam, 1969, p. 1480 ss..

Una questione delicata, alla quale non è stato attribuito il debito interesse, concerne l'applicabilità della misura di sicurezza in caso di tentativo di delitto. La soluzione positiva sembra discendere da due rilievi. Il primo: che il legislatore, quando ricorre al termine “reato” e nel difetto di contro-indicazioni normative, si riferisce anche alle diverse forme in cui questo si manifesta, essendo pleonastico e contrario ad ogni principio di economia normativa affiancare letteralmente, vicino ad ogni disposizione normativa, anche la sua “relativa” forma circostanziata, tentata o concorsuale. Il secondo: che sarebbe evidente il paradosso sanzionatorio se il giudice potesse irrogare una misura di sicurezza per un fatto penalmente lecito (*id est*: il fatto di “quasi-reato”) ma non anche nell'ipotesi più grave di commissione di un fatto penalmente illecito “interrotto” però allo stadio del tentativo.

<sup>(61)</sup> Naturalmente, le considerazioni che seguono valevano anche per il rigoroso istituto della pericolosità sociale “presunta”. Circoscritta alle sole misure di sicurezza personali, in realtà l'ambito applicativo di questa categoria non era così esteso e conviveva talvolta con margini di

particolare, mentre la “base” è costituita dallo stato psico-fisico della persona; il “momento” è quello in cui viene effettuata la suddetta prognosi (art. 205 c.p.)<sup>(62)</sup>;

---

discrezionalità giudiziale (artt. 221, comma 2, e 225, comma 2, c.p.). Oltretutto, gli ultimi due commi dell'art. 204 c.p. sancivano che: «nei casi espressamente determinati, la qualità di persona socialmente pericolosa è presunta dalla legge. Nondimeno anche in tali casi l'applicazione delle misure di sicurezza è subordinata all'accertamento di tale qualità, se la condanna o il proscioglimento è pronunciato: 1) dopo dieci anni dal giorno in cui è stato commesso il fatto, qualora si tratti di infermi di mente, nei casi preveduti dal primo capoverso dell'articolo 219 e dell'articolo 222; 2) dopo cinque anni dal giorno in cui è stato commesso il fatto, in ogni altro caso. È altresì subordinata all'accertamento della qualità di persona socialmente pericolosa l'esecuzione, non ancora iniziata, delle misure di sicurezza aggiunte a pena non detentiva, ovvero concernenti imputati prosciolti, se, dalla data della sentenza di condanna o di proscioglimento, sono decorsi dieci anni nel caso preveduto dal primo capoverso dell'articolo 222, ovvero cinque anni in ogni altro caso». A queste disposizioni andavano affiancate altre due importanti “deroghe”: la possibilità per il guardasigilli di revocare la misura di sicurezza irrogata prima del decorso della sua durata minima (art. 207, comma 3, c.p.); l'accertamento obbligatorio della pericolosità sociale nel caso di sopravvenuta infermità mentale determinante la sospensione dell'esecuzione della misura di sicurezza (art. 212, commi 2-4, c.p.), di riconoscimento della sentenza penale straniera (art. 201, comma 2, c.p.) e di alcune ipotesi di estradizione “passiva” (art. 670, comma 4, c.p.p. 1930).

Nel 1974, dimostrando più “coraggio” del legislatore ed anticipandone il percorso normativo, la Corte Costituzionale comincia una lenta ma inesorabile opera di “sgretolamento” dell'istituto della pericolosità sociale presunta. Nel censurare la disposizione di cui all'art. 207, comma 3, c.p., il Giudice delle Leggi restituisce il potere di “revoca” al suo legittimo titolare secondo la Carta Fondamentale: il giudice di sorveglianza (art. 635, comma 1, c.p.p. 1930). Con questo fondamentale arresto, il riesame della pericolosità sociale diviene possibile anche prima del termine della durata minima prestabilita per la misura di sicurezza irrogata (ed è attualmente disposto dal magistrato di sorveglianza: art. 69, comma 4, o.p.). Vedi Corte Costituzionale, sentenza 23 aprile 1974, n. 110. Successivamente, la Corte evidenzia in una duplice pronuncia la precaria tenuta di costituzionalità degli artt. 219, comma 1, e 222, comma 1, c.p. nella parte in cui impongono l'internamento in un “manicomio criminale”, rispettivamente, dei condannati a pena diminuita per semi-infermità mentale ovvero dei prosciolti per totale infermità mentale. Ad onor del vero, in questi interventi la Corte, mentre condivide la presunzione “scientifica” tra accertamento dell'infermità mentale ed accertamento della pericolosità sociale, mostra seri dubbi sulla presunzione “temporale” tra accertamento dell'infermità mentale “al momento del fatto” ed accertamento della medesima infermità “al momento del giudizio”, con conseguente persistenza della pericolosità sociale. Ciò che rileva, in tali ipotesi, è la lesione del principio di uguaglianza atteso che «collegandosi la misura di sicurezza all'infermità psichica al momento del fatto, la misura andrà ugualmente applicata a soggetti che, al momento del giudizio, siano ancora infermi di mente, e ad altri il cui stato di salute (ovviamente oggetto dell'esame peritale concernente l'imputabilità) abbia invece subito una positiva evoluzione». Vedi Corte Costituzionale, sentenze 27 luglio 1982, n. 139, e 28 luglio 1983, n. 249.

Queste pronunce della giurisprudenza costituzionale sono state prodromiche alla novella apportata dalla legge GOZZINI che, in maniera *tranchant*, ha abolito ogni forma di pericolosità sociale presunta per l'irrogazione delle misure di sicurezza personali (art. 31 legge 10 ottobre 1986, n. 663). Infine, sono degni di rilievo altri due recenti interventi del Giudice delle Leggi che hanno espunto dagli artt. 206, comma 1, e 222, comma 1, c.p. il rigido meccanismo che non consentiva al giudice di poter scegliere, in luogo dell'internamento in un “manicomio criminale”, una misura di sicurezza di carattere maggiormente terapeutico e meno “segregante”. Vedi Corte Costituzionale, sentenze 18 luglio 2003, n. 253

<sup>(62)</sup> Nei casi “canonici” in cui la misura di sicurezza viene disposta dal giudice di cognizione, la (seconda) prognosi di pericolosità sociale effettuata dal magistrato di sorveglianza

il “metro” è costituito da tutti gli indizi o sintomi rilevatori della pericolosità sociale (art. 133 c.p.)<sup>(63)</sup>; ed infine il “grado” è la probabilità (art. 203 c.p.)<sup>(64)</sup>.

η) Applicando i canoni dell’interpretazione sistematica, è possibile configurare una “fattispecie” di pericolosità sociale. Questo *genus* ricomprenderebbe al suo interno due fattispecie speciali: la prima, riferendosi al “fatto di reato” e teleologicamente rivolta a *nuovi* fatti di reato<sup>(65)</sup>, si ricava dal combinato disposto degli artt. 199, 202, comma 1, e 203 c.p.; la seconda, riferendosi al fatto di “quasi-reato” e teleologicamente rivolta ad un *primo* fatto di reato, si ricava dal combinato disposto degli artt. 199, 202, comma 2, e 203 c.p..

(art. 679, comma 1, c.p.p.) mira a riscontrare la “permanenza” in capo al soggetto della pericolosità sociale già previamente accertata dal primo giudice.

<sup>(63)</sup> Ad ogni modo, non è chi non veda come l’enorme potenzialità dell’art. 133 c.p. subisca quello che il GRISPIGNI ha definito il “boicottaggio” del codice di rito. In effetti, il divieto di perizia criminologica (art. 314 c.p.p. 1930 e 220, comma 2, c.p.p. 1988) oscura tale disposizione che torna a “brillare” pienamente soltanto *in executivis* e nel settore minorile. Per eludere il divieto, il GRISPIGNI “consigliava” al giudice di disporre comunque una perizia criminologica da cui, in caso di esito negativo, avrebbe comunque potuto trarre del prezioso materiale, seppur tecnicamente inutilizzabile, per valutare la sussistenza della pericolosità sociale in capo al soggetto. Vedi F. GRISPIGNI, *Diritto*, cit., Vol. I, p. 195 in nota.

Anche se con riferimento specifico alla sola capacità a delinquere, non si comprende come il CASALINUOVO possa avallare il divieto di perizia criminologica sostenendo, senza alcun riguardo per la radice scientifica da cui l’art. 133 c.p. è nato, che «per lo studio della capacità a delinquere, non necessitano particolari cognizioni tecniche, inerenti ad una sola branca, ed eccedenti quel normale grado di cultura generale che ogni giudice deve possedere: principalmente, la forza ed il grado di penetrazione nell’animo del colpevole dipendono dalla perspicuità dello intuito e dalla facoltà più o meno accentuata di saper trarre dal complesso degli elementi dei quali abbiamo discusso precisi ragguagli sulla personalità. Tali doti ben possono risiedere nel giudice così come in qualsiasi altro individuo». Vedi A. CASALINUOVO, *La capacità a delinquere nella teoria del reato e della pericolosità*, Catanzaro, La Calabria giudiziaria, 1943, p. 161 ss..

<sup>(64)</sup> Nel tentativo di delineare il profilo strutturale ed accertativo della prognosi di pericolosità sociale, si potrebbe ricorrere alla seguente formula: «ogni volta che un soggetto X, giudicato in un momento Y, abbia rivelato un determinato complesso Z di sintomi (ad esempio: condanne definitive per delitti puniti nel massimo con ...; precedenti irrogazioni delle seguenti misure preventive ...; anamnesi familiare che riveli le cennate patologie ...), è probabile che commetterà nuovi fatti di reato (*id est*: è socialmente pericoloso)».

<sup>(65)</sup> Non può farsi a meno di notare l’evidente imprecisione logico-letterale dell’art. 203 c.p. laddove si riferisce alla commissione di *nuovi* fatti di reato. Invero, non è chi non veda come tale disposizione si riferisca all’intera disciplina prevista dall’art. 202 c.p. e, dunque, alle ipotesi di commissione di fatti di “quasi-reato”. Ove la prognosi di pericolosità sociale si può riferire soltanto alla commissione del *primo* fatto di reato. Né può giustificarsi una simile imprecisione sostenendo che, nel sistema delle misure di sicurezza, l’irrogazione a seguito della commissione di fatti di “quasi-reato” costituisce statisticamente l’eccezione.

Ancora, la novella del 2005 che ha profondamente modificato la disciplina dell’art. 99 c.p. non consente più di identificare concettualmente la prognosi di pericolosità sociale con la prognosi di “recidiva”. Mentre una simile equazione normativa trovava conforto nella versione previgente della medesima disposizione, nonché sotto il vigore del codice ZANARDELLI (artt. 80 ss.), l’attuale assetto legislativo limita la qualifica della recidiva alla commissione di “delitti non colposi”.

La tecnica di costruzione di queste fattispecie “speciali” ricorda molto da vicino quella utilizzata per l’individuazione del precetto nelle c.d. “norme penali in bianco”. In particolare, nelle fattispecie di pericolosità sociale la parte precettiva, ai sensi dell’art. 199 c.p., viene ricavata integralmente attraverso il rinvio “formale” al divieto o al comando già contenuto nelle singole figure criminose<sup>(66)</sup>. Gli artt. 202 e 203 c.p. si occupano invece di delimitare ed indirizzare teleologicamente la prognosi giudiziale di pericolosità sociale<sup>(67)</sup>.

---

<sup>(66)</sup> Il BRICOLA distingue quattro fattispecie di pericolosità sociale: quella di natura morale-ambientale (il delinquente abituale e professionale); la tendenza a delinquere; l’antisocialità minorile (224 c.p.); quella di tipo bio-patologico (222 c.p.). Ed è proprio muovendo dall’analisi degli artt. 222 e 224 c.p. che delinea la sua costruzione circa la struttura e la natura dell’elemento soggettivo del soggetto non imputabile. Vedi *amplius* F. BRICOLA, *Fatto*, cit., p. 1 ss. e 205 ss..

Nemico dichiarato del feticismo della *littera legis*, il BRICOLA esalta una concezione “sostanzialistica” della dogmatica, ove la regola sarebbe la coincidenza tra dato normativo e dato naturalistico mentre l’eccezione, esplicitata di volta in volta dal legislatore (ad esempio, l’art. 92 c.p.), sarebbe espressa dalla discrasia tra i due dati.

La conclusione, e qui si avverte forte l’imperativismo del BRICOLA, è che la disciplina di parte speciale sia stata dettata e modellata, stante il continuo riferimento letterale alla “punibilità”, soltanto su soggetti imputabili ovvero penalmente capaci. Se questa è la regola, allora non è consentito parlare, se non in termini di eccezione, del “reato”, dell’“errore” ovvero del “dolo” del non imputabile. Da qui la distinzione, mutuata dal maestro NUVOLONE, di un diritto penale della “responsabilità” da un diritto penale della “garanzia”.

L’intera argomentazione sembra fondata su di una premessa di natura tautologica: si dà per dimostrato che concetti come il “dolo”, lungi dall’essere di esclusivo conio del diritto penale, siano al contrario concetti di origine naturalistica. Vedi, a tal proposito, M. TRAPANI, *La divergenza tra il «voluto» e il «realizzato»*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 51 ss.. Ma il BRICOLA appare sicuro: «questi dati psichici, come, in genere, la gran parte delle strutture penalistiche, non possono essere visti sotto il profilo del puro ontologismo o normativismo, in quanto in essi il momento normativo si appoggia ad una indubbia realtà naturalistica e psicologica, la deviazione dalla quale in misura maggiore o minore dà vita a finzioni». Da qui, il rapporto di “similarità”, caratterizzato da notevoli sfumature, tra dolo dell’imputabile e “dolo” del non imputabile. Si transita da un *minimum* di “similarità” fino ad una vera e propria coincidenza sul piano squisitamente naturalistico (ad esempio, nel caso dell’infraquattordicenne sano di mente). In quest’ultimo caso sembra però che il formalismo tanto censurato dal BRICOLA affligga proprio la sua tesi: si arriva infatti a concludere che, nonostante la presenza della volontà di un sano di mente, non si possa parlare tecnicamente di “dolo”.

Ad ogni modo, il “dolo” del non imputabile consisterebbe, quantomeno nella sua forma psichica minima rilevante per l’applicazione delle misure di sicurezza di cui agli artt. 222 e 224 c.p., nella «volontà abnorme di realizzare l’evento naturalistico ovvero il comportamento nella sua essenza». L’abnormità può essere generata da un vizio del processo volitivo ovvero del processo rappresentativo. In quest’ultimo caso, il vizio deve derivare da un errore “condizionato” e non far venir meno del tutto ogni facoltà intellettuale. Nel caso di vizio del processo volitivo, si realizzerebbero al contrario le ipotesi sopra cennate di coincidenza sul piano naturalistico tra dolo dell’imputabile e “dolo” del non imputabile. Ma in tal caso il vizio deriverebbe da un errore “non condizionato” siccome [?] la limitazione dell’incapacità alla sfera volitiva e non anche a quella rappresentativa. La differenza tra le due tipologie di errore è rilevante: soltanto l’errore “condizionato”, essendo connaturato al “dolo” del non imputabile, integra le fattispecie richiamate dagli artt. 222 e 224 c.p.; di contro, l’errore “non condizionato”, come qualsiasi ipotesi

È dunque frutto del ricorso all’interpretazione sistematica sostenere che, grazie alle disposizioni normative sopra cennate, ciascuna fattispecie incriminatrice può in astratto duplicare, a fronte del medesimo precetto, la risposta sanzionatoria per la sua inosservanza.

⊙) La misura di sicurezza deve essere correttamente inquadrata nel novero delle *sanzioni* di natura *amministrativa*. Non, dunque, nella categoria delle “misure”. Né, assieme alla pena, in una categoria di genere denominata “sanzione criminale”<sup>(68)</sup>.

di errore sul fatto di reato, esclude il “dolo” del non imputabile e non consente l’irrogazione delle misure di sicurezza previste dagli articoli sopra cennati.

Il sistema del BRICOLA sembra prestare il fianco a due osservazioni critiche. In primo luogo, come già acutamente rilevato FROSALI, se per integrare l’imputabilità occorrono al contempo sia la capacità di intendere che quella di volere, ciò significa che anche l’errore che genera un vizio nella sfera volitiva deve essere considerato come “condizionato”. Vedi R.A. FROSALI, *L’errore nella teoria del diritto penale*, Roma, Tipografica Editrice, 1933, p. 242 ss.. In secondo luogo, e nel difetto di una chiara e precisa disciplina codicistica circa l’errore “condizionato”, appare maggiormente corretto ritenere che una simile tipologia di errore svolga al contempo la duplice funzione di escludere il dolo e l’imputabilità. Naturalmente, in sede processuale, la definizione più favorevole all’imputato impone di privilegiare l’esclusione del coefficiente psicologico e di adottare conseguentemente la formula di proscioglimento “perché il fatto non costituisce reato”, ostativa all’applicazione delle misure di sicurezza *ex artt.* 222 e 224 c.p..

<sup>(67)</sup> Se il principio di economia normativa è la *ratio* della fattispecie di pericolosità sociale, la struttura di questa ricalca invece il peculiare “illecito di sicurezza” elaborato dal FROSALI. Ma se ne differenzia perché in quest’ultimo la pericolosità sociale veniva ricostruita alla stregua di una “condizione oggettiva di sanzionabilità”. Vedi *amplius* R.A. FROSALI, *Sistema di diritto penale italiano*, vol. III, Torino, Utet, 1958, p. 425 ss..

Circa l’esatta interpretazione della locuzione “non punibile” presente nel primo comma dell’art. 203 c.p., appare corretto concludere che – trovando le ipotesi di irrilevanza penale del fatto (*recte*: le ipotesi di commissione di fatti di “quasi-reato”) compiuta disciplina nel disposto di cui all’art. 202, comma 2, c.p. – una simile formula si riferisca alle fattispecie di “immunità penali”. Vedi nota n. 57.

<sup>(68)</sup> La formula “sanzione criminale” indica in questo caso un concetto di genere mentre, nell’ottica *de iure condendo* di un sistema sanzionatorio monistico, indica un concetto di sintesi espresso dalla fusione tra pena e misura di sicurezza. In tal senso, e per la “riduzione” della pena alla misura di sicurezza, vedi E. FLORIAN, *Trattato*, cit., Vol. II, p. 775 ss.. Scopo opposto, ossia la “riduzione” della misura di sicurezza alla pena, si prefiggeva la corrente gentiliana dell’idealismo attuale: vedi G. MAGGIORE, *L’unità del mondo nel sistema del pensiero*, Torino, Bocca, 1913, p. 52 ss. (successivamente, però, il filosofo palermitano, fondandosi sulla distinzione tra finalità repressiva e preventiva, divenne strenuo fautore dell’autonomia concettuale tra “pena” e “misura di sicurezza”: vedi G. MAGGIORE, *Aspetti*, cit., p. 962 ss.). Favorevole all’unificazione sanzionatoria anche il NUVOLONE: «l’unification de la peine et de la mesure de sûreté que nous souhaitons tous de voir s’introduire dans nos législations pénales – car il est absurde de vouloir partager l’esprit humain en compartiments étanches – fondera nécessairement, à des degrés divers, sanction et récupération, suivant le type de coupable auquel la mesure unifiée s’appliquera». Vedi P. NUVOLONE, *Le principe*, cit., p. 263 e, per alcune pratiche proposte *de iure condendo*, ID., *Il problema della rieducazione del condannato*, in *Trent’anni di diritto e procedura penale*, Vol. I, Padova, Cedam, 1969, p. 394.



La nuova e complessa disciplina delle misure di sicurezza già veniva definita dal BATTAGLINI come «la questione dell'epoca nelle nostre materie»<sup>(69)</sup>. E che la natura giuridica di questo peculiare strumento sia divenuta presto una vera e propria *vexata quaestio* lo dimostrano i numerosi contributi offerti sull'argomento<sup>(70)</sup>.

A favore della natura penale delle misure di sicurezza, la migliore dottrina ha avanzato, talora singolarmente talora congiuntamente, tre diverse argomentazioni: l'irrogazione di tali misure da parte del giudice penale; la finalità insieme repressiva e preventiva cui tendono; il contenuto afflittivo delle medesime. Ad una più attenta analisi, nessuna di queste asserzioni assume decisiva rilevanza per concludere circa la natura penale delle misure di sicurezza. E si proceda con ordine.

Se i segni distintivi della giurisdizione penale sono rappresentati dalla riserva di legge e dal carattere della doverosità, alcuni autori sostengono che, salvo contro-indicazioni normative, le misure di sicurezza debbano

---

Nonostante non possa essere considerato un esponente dell'idealismo attuale, è interessante notare come l'ANTOLISEI pervenisse comunque ad una conclusione analoga. Fondandosi sul contenuto afflittivo delle misure di sicurezza e sull'identica modalità di esecuzione tra queste e le pene, l'autore propugnava – anche se limitatamente agli imputabili giudicati come socialmente pericolosi – una «sanzione unica avente scopo di rieducazione sociale, sanzione indeterminata nel massimo, e cioè destinata a cessare soltanto col venir meno della pericolosità del delinquente, ma con un minimo prestabilito che sia in ragione della gravità del delitto». Le pene sarebbero rimaste per gli imputabili e le “misure di prevenzione” per i non imputabili. Ma attualmente una simile pena “potenziata” si porrebbe in insanabile contrasto con uno dei più importanti corollari che derivano dalla riserva di legge sancita dal secondo comma dell'art. 25 Cost., vale a dire il principio di tassatività del contenuto e della durata delle pene. Vedi F. ANTOLISEI, *Pene e misure di sicurezza*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1933, p. 10 ss..

<sup>(69)</sup> G. BATTAGLINI, *La natura*, cit., p. 1285.

<sup>(70)</sup> Prima di procedere con l'analisi, appare opportuno sottolineare come la disciplina codicistica delle misure di sicurezza abbia ereditato soltanto marginalmente il rigore dello statuto positivisticò. Valga per tutti l'esempio della confisca: tale misura di sicurezza, postulando una sentenza di condanna, può applicarsi esclusivamente agli imputabili e, oltretutto, non necessita di alcuna prognosi di pericolosità sociale. È interessante notare come, al contrario, il criterio della “pericolosità del delinquente” si riferiva nel Progetto FERRI anche alla sanzione di natura reale della multa (cfr. artt. 20 e 39).

Naturalmente, la diversa ma parallela questione se le misure di sicurezza abbiano “forma” amministrativa o giurisdizionale non sfiora nemmeno questa indagine. In primo luogo perché essa si fonda sull'equivoco concettuale per cui tutto ciò che atterrebbe alla sfera dell'amministrazione non potrebbe avere una forma giurisdizionalizzata. Ed in secondo luogo perché, nonostante la “forma” giurisdizionale si evinca agevolmente dal dato normativo, un simile elemento non fornisce aiuto alcuno per determinare la natura giuridica delle misure di sicurezza. Chi, al contrario, ripone molta importanza su di una simile questione è B. PETROCELLI, *La pericolosità*, cit., p. 302 ss..

necessariamente avere natura penale siccome applicate in un simile procedimento<sup>(71)</sup>. Da questa argomentazione discendono logicamente due corollari: il procedimento sanzionatorio amministrativo non deve partecipare dei requisiti sopra cennati; salvo controindicazioni normative, il giudice penale non può irrogare sanzioni diverse da quelle penali.

Ma, sotto il primo profilo, sia sufficiente rilevare che attualmente anche il procedimento sanzionatorio amministrativo risulta caratterizzato dai medesimi requisiti della riserva di legge e della doverosità<sup>(72)</sup>. Ciò che in definitiva rende dogmaticamente anacronistica la prima argomentazione. Sotto il secondo profilo, poi, occorre sottolineare quanto sia evanescente il canone ermeneutico che dal “tipo” di procedimento applicativo della sanzione vorrebbe desumere la natura della stessa. E questo non soltanto perché l’esistenza di eccezioni normative depone proprio per la fragilità dello strumento interpretativo richiamato<sup>(73)</sup> ma, soprattutto, perché in determinate ipotesi normative *soltanto* il giudice penale può irrogare sanzioni amministrative: si pensi, a titolo esemplificativo, al caso di connessione obiettiva tra violazione amministrativa e fatto di reato (art. 24 legge 24 novembre 1981, n. 689), di irregolarità della condotta o del carattere del minore (art. 25 regio decreto legge 20 luglio 1934, n. 1404) ovvero in un procedimento a carico di un ente (art. 9 decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231).

Da quanto precede, appare corretto sostenere che il vincolo normativo che avvince le misure di sicurezza alla giurisdizione penale sia fondato meramente su

---

<sup>(71)</sup> Vedi, *ex multis*, F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., p. 808 ss.; I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 277 ss. e 293 ss.; P. NUVOLONE, *La prevenzione*, cit., p. 272 ss.; A. DE MARSICO, *Delle misure*, cit., p. 857 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2009, p. 808 ss.; M. GALLO, *Capacità*, cit., p. 885; G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, Utet, 1942, p. 353 ss..

<sup>(72)</sup> Nonostante tali principi siano oggetto di disposizioni di rango ordinario e non costituzionale: vedi artt. 1 e 18, l. 24 novembre 1981, n. 689.

<sup>(73)</sup> Sia sufficiente pensare all’irrogazione del risarcimento del danno *ex delicto*. Per il CARACCIOLI la dimostrazione della natura civile di un simile risarcimento riposerebbe su due rilievi: il difetto dei caratteri tipici della giurisdizione penale e la possibilità, a differenza della sanzione penale, di trovare applicazione anche al di fuori del procedimento penale. Vedi I. CARACCIOLI, *I problemi*, cit., p. 306 ss..

Coerentemente alla sua impostazione, sostiene la natura penale del risarcimento del danno *ex delicto*, A. PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 21.

ragioni di economia processuale e, stante il contenuto afflittivo delle misure, di matrice garantistica<sup>(74)</sup>.

Terminata l'analisi della prima argomentazione, si deve ora esaminare la fondatezza della seconda: se, in altri termini, pena e misura di sicurezza condividano una finalità al contempo repressiva e preventiva<sup>(75)</sup>.

Una simile "fungibilità" teleologica deriverebbe dal comune bacino normativo da cui il giudice attinge gli indici di "colpevolezza" e di "pericolosità sociale". Ma la perfetta identità tra sanzioni è scongiurata dal rilievo che, nella pena, prevarrebbe la componente della retribuzione laddove, nella misura di sicurezza, quella dell'utilitarismo. Significativa questa conclusione del DE MARSICO: il codice "*con la pena prepara, per i delinquenti pericolosi, la misura di sicurezza, e con la misura di sicurezza continua per essi, e sostituisce per i pericolosi non imputabili, la pena*"<sup>(76)</sup>.

Anche questa argomentazione, però, è destituita di fondamento. In particolare, ad essa possono essere mossi due rilievi decisivi. Il primo è che

---

<sup>(74)</sup> In questi limiti può condividersi l'affermazione del BATTAGLINI che, in riferimento al sistema delle misure di sicurezza, sentenziava che «nel codice penale (da non confondersi col *diritto penale*) si ritiene utile includere, soprattutto per ragioni di connessione e di economia funzionale (col vantaggio anche della garanzia giurisdizionale), *una serie di provvedimenti estranei al diritto penale o criminale che dir si voglia*». Vedi G. BATTAGLINI, *La natura*, cit., p. 1291. In termini di "estraneità" delle misure di sicurezza alla materia penale, in una concezione rigidamente retributivistica, si era pronunciato già R. MAURACH, *Deutsches*, cit., A.T., p. 6.

<sup>(75)</sup> Vedi A. DE MARSICO, *Premesse certe alla dogmatica delle misure penali*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1935, p. 109 ss.; E. FLORIAN, *Trattato*, cit., Vol. II, p. 776 ss.. Tali autori, però, sembrano confondere la finalità retributiva, da loro assegnata alle misure di sicurezza, col contenuto afflittivo delle stesse. In effetti, mentre ogni sanzione repressiva deve avere contenuto afflittivo, non è vero il contrario. Esistono – e lo si vedrà nel prosieguo del testo – anche sanzioni preventive caratterizzate da un contenuto afflittivo.

<sup>(76)</sup> Una diversa dosimetria tra "castigo" e "difesa sociale" non scalfirebbe quindi l'"unità del diritto penale". Vedi A. DE MARSICO, *Delle misure*, cit., p. 851. Il logico corollario di questo sistema trova la sua traduzione normativa nella misura di sicurezza come "complemento di pena" (cfr. artt. 109; 215, comma 4; 216; 219; 220, comma 1; 221; 225; 226; 229; 230; 233; 234; 235; 237; 240; 312; 417 c.p.). Con la conseguente "schizofrenica" bipartizione *in executivis* per cui, ad esempio, il semi-infermo mentale dovrà scontare prima la pena detentiva e dopo essere ricoverato in una casa di cura e di custodia. Con particolare riferimento alla finalità tendenzialmente rieducativa assegnata dalla Costituzione alla sanzione penale, il NUVOLONE conclude: «il sistema dell'addizione aritmetica della misura (applicata assai sovente molti anni dopo il fatto e dopo il giudizio) è un sistema irrazionale e contrario ad ogni sano criterio rieducativo, perché non tiene conto della personalità dell'individuo nel momento in cui la pena è stata espiata e deve iniziare l'esecuzione della misura di sicurezza. L'aggiunta di una misura indeterminata nel tempo, dopo che è stato assolto il debito penale, crea, inoltre, un sentimento di ribellione che non favorisce il riadattamento sociale». Vedi P. NUVOLONE, *Il problema*, cit., p. 394.

esistono misure di sicurezza, come ad esempio la confisca, che non necessitano di alcuna prognosi di pericolosità sociale. Il secondo è che non sempre la misura di sicurezza svolge contemporaneamente una funzione repressiva. Nell'ipotesi in cui essa consegua alla commissione di un fatto di “quasi-reato”, difetterebbe proprio uno dei due termini del tradizionale giudizio di retribuzione<sup>(77)</sup>. Nondimeno, anche laddove una misura di sicurezza *personale* dovesse conseguire ad un illecito penale, la durata indeterminata di questa sarebbe logicamente incompatibile col requisito della proporzionalità che è l'essenza del retribuzionismo.

Esaminando, infine, la terza ed ultima argomentazione, appare evidente la natura tautologica del ragionamento secondo cui il contenuto *afflittivo* delle misure di sicurezza dovrebbe essere interpretato come indice inequivocabile della loro natura *penale*<sup>(78)</sup>. Una simile affermazione postula infatti la previa dimostrazione che soltanto le sanzioni penali abbiano un simile contenuto mentre, come si vedrà, anche le misure di prevenzione, ed *in primis* la sorveglianza speciale, sono caratterizzate da forti note di afflittività<sup>(79)</sup>.

Se le argomentazioni appena esaminate prestano il fianco a decisive osservazioni critiche, non meno aberranti appaiono le conseguenze dogmatiche che logicamente discenderebbero dalla natura penale delle misure di sicurezza.

A livello filosofico, eludendo il postulato del libero arbitrio, si consentirebbe ad una sanzione penale, ovvero *lato sensu* “criminale”, di colpire un moralmente irresponsabile. A livello di teoria generale, invece, “illecito penale” e “reato” non costituirebbero più un'endiadi dogmatica perché il primo si atteggierebbe col secondo alla stregua di un rapporto di *genus ad speciem*. Atteso

---

<sup>(77)</sup> In tal caso invero non troverebbe applicazione, siccome dettato specificamente per la “gravità del reato”, il primo comma dell'art. 133 c.p.. Per un'applicazione *mutatis mutandis* della suddetta disposizione, vedi I. CARACCIOLI, *I problemi*, cit., p. 304 ss..

<sup>(78)</sup> Vedi G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto*, cit., p. 808 ss.; A. PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 19 ss.; M. ROMANO – G. GRASSO – T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 1994, p. 358 ss..

<sup>(79)</sup> Sembra, pertanto, una forzata conclusione quella del PAGLIARO secondo cui, nelle ipotesi di misure di prevenzione dal contenuto afflittivo, questo costituirebbe oggetto della “finalità secondaria” a fronte dell'autotutela della pubblica amministrazione che costituirebbe invece oggetto della “finalità primaria”. Vedi A. PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 22 ss.. Un ragionamento molto simile a quello del CARNEVALE per cui nelle pene l'afflizione sarebbe “originaria” ed “istituzionale” laddove nelle misure di sicurezza soltanto “derivata” e “fattuale”. Vedi E. CARNEVALE, *Le due realtà*, cit., p. 6 ss..

che è la natura penale della sanzione a determinare la relativa natura penale dell'illecito, il concetto di "illecito penale" finirebbe col ricomprendere tanto il fatto "preveduto dalla legge come reato", assoggettabile a pena ed a misura di sicurezza, quanto il fatto "non preveduto dalla legge come reato", assoggettabile soltanto a misura di sicurezza<sup>(80)</sup>. A livello processuale, infine, il prosciolto che sia accertato come socialmente pericoloso dovrebbe comunque essere considerato penalmente responsabile, ovvero *lato sensu* "criminalmente responsabile", e questo perché la sentenza di proscioglimento, con una contraddizione rilevante sul piano terminologico, "conterrebbe" una sanzione penale, ovvero *lato sensu* "criminale"<sup>(81)</sup>.

Come può agevolmente osservarsi, sostenere la natura penale delle misure di sicurezza equivarrebbe a scardinare alcuni fondamentali dogmi ritenuti ormai acquisiti al patrimonio normativo della materia penale. Ma ciò non è sufficiente per inferire logicamente che tali misure siano, di contro, *sanzioni* di natura *amministrativa*.

La natura sanzionatoria delle misure di sicurezza discende dai rilievi precedentemente formulati in relazione alla configurazione della "fattispecie" di

---

<sup>(80)</sup> Questa discrasia normativa evoca concetti carneluttiani per cui l'"illecito penale" ed il "reato", entrambi colpiti da sanzione penale, si diversificherebbero sulla base del rilievo che soltanto per l'ultimo la pena viene applicata all'interno del "procedimento penale". Vedi F. CARNELUTTI, *Teoria*, cit., p. 37 ss..

Se, come appare più corretto, non può non sostenersi l'identità concettuale tra "reato" ed "illecito penale", l'indissolubilità (almeno dal punto di vista astratto) tra "reato" e "pena" non consente di ricostruire la misura di sicurezza come sanzione penale. Atteso che è la natura penale della sanzione a determinare la relativa natura penale dell'illecito, questi due rilievi appaiono decisivi. *In primis*, la misura di sicurezza può essere applicata anche a fatti *non* preveduti dalla legge come reato. *In secundis*, se la misura di sicurezza viene applicata a fatti preveduti dalla legge come *reato*, ciò significa che tali "fatti" sono già stati *penalmente* qualificati dalla presenza di una sanzione di natura *penale*. Pertanto, la misura di sicurezza – presupponendo un "fatto" già qualificato come "di reato" – non partecipa della funzione qualificatoria propria di ogni sanzione.

<sup>(81)</sup> Infine, nei confronti del condannato accertato come socialmente pericoloso, la natura penale delle misure di sicurezza dovrebbe consentire, in sede esecutiva ed anche solo *in parte qua*, la vicarietà temporale tra la custodia cautelare "presofferta" e la misura di sicurezza detentiva irrogata. Fungibilità assolutamente esclusa dall'art. 657, comma 1, c.p.p. che – cristallizzando l'orientamento giurisprudenziale sancito dalle Sezioni Unite, sentenza 29 aprile 1978, n. 3 – consente la vicarietà temporale soltanto nell'ipotesi normativa speculare, vale a dire tra l'applicazione provvisoria di una misura di sicurezza detentiva e la pena detentiva irrogata.

La vicarietà temporale anche tra l'applicazione *sine titulo* della misura di sicurezza detentiva e la pena detentiva irrogata è propugnata da I. CARACCIOLI, *I problemi*, cit., p. 434 ss..

pericolosità sociale<sup>(82)</sup>. Ma, per giungere alla conclusione circa la loro natura amministrativa, occorre compiere un passaggio ulteriore.

E, a tal proposito, non sembrano essere conferenti le argomentazioni che muovono dai resoconti dei lavori preparatori ovvero dalle differenze, pur rilevanti, che si colgono analizzando la disciplina delle pene e delle misure di sicurezza.

Le prime, invero, attribuiscono decisiva rilevanza alla posizione dottrinale del legislatore “storico” ma non è chi non veda come il dato positivo, una volta collocato in un sistema normativo, acquisisca vita autonoma<sup>(83)</sup>. Le seconde non sembrano considerare che sanzioni strutturate in modo affatto diverso possono condividere la medesima natura giuridica e financo appartenere allo stesso *genus*. Pertanto, la differente disciplina, più che indice di una diversa natura giuridica, appare come l'intenzione di evitare la creazione di un inutile doppio sanzionatorio. Senza considerare, poi, l'inversione metodologica del ragionamento ora censurato: invero, il diverso statuto normativo di pena e misura di sicurezza

---

<sup>(82)</sup> Vedi *amplius* le considerazioni di cui al punto η) e, per il concetto di “sanzione” e di “misura”, la nota n. 56 del primo capitolo.

Pur negando la sussistenza di una qualsiasi parte precettiva della “fattispecie” di pericolosità sociale, il MAGGIORE riconosce alle misure di sicurezza la natura sanzionatoria. Vedi G. MAGGIORE, *Aspetti*, cit., p. 959. Ora, sostenere la sussistenza di una “sanzione” senza il suo “precetto”, vale a dire il suo presupposto logico, è una contraddizione normativa. Tanto è vero che l'autore, nel prosieguo del lavoro, si “corregge” affermando (p. 966) che «la misura di sicurezza non è atto senza motivo, bensì la risposta, la reazione a un fatto» e che «or la misura di sicurezza ha come presupposto la violazione dell'ordinamento penale, un reato o fatto-reato».

<sup>(83)</sup> Oltretutto, il pensiero del ROCCO non può essere, su questo punto, considerato come decisivo: in effetti, se da una parte egli riconosce natura amministrativa alle misure di sicurezza, dall'altra non giunge a configurarle come sanzioni ma come misure di polizia. Anzi, la differenza tra misure di sicurezza e sanzioni sarebbe evidente: le prime hanno carattere esclusivamente preventivo e, eziologicamente connesse alla qualifica di uno stato personale, difetterebbero di qualunque precetto. Vedi AR. ROCCO, *Le misure*, cit., p. 723 ss., e gli autori citati nella nota n. 60.

L'aporia di questa posizione dottrinale risiede, innanzitutto, nel distinguere il “diritto di tutela” (*recte*: il sistema dei mezzi di tutela giuridica) in due *species* a seconda del carattere retributivo o utilitaristico del mezzo: nella prima categoria, vi rientrerebbero soltanto le “sanzioni giuridiche”; nella seconda, soltanto le “misure amministrative di tutela”. Far coincidere la “sanzione giuridica” con il concetto di “castigo” significa non ammettere, secondo un cieco concettualismo, che una “sanzione giuridica” possa presentare anche finalità preventive. Illuminanti, a tal proposito, le pagine dell'ANTOLISEI che, analizzando istituti giuridici quali la recidiva e la sospensione condizionale della pena, giunge alla conclusione che la “pena” costituisca nell'attuale sistema normativo un *quid compositum* tra finalità repressiva e preventiva. Vedi F. ANTOLISEI, *Teoria e realtà della pena*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 199 ss..

Espressione di questo *quid compositum*, a ben vedere, è anche la *ratio* che ispira tutte le pene accessorie.

dovrebbe costituire il punto di arrivo, e non l'*incipit*, delle argomentazioni che qui si propongono<sup>(84)</sup>.

Ora, atteso che per individuare la natura giuridica di una sanzione l'unico criterio dogmaticamente corretto è quello "formale"<sup>(85)</sup>, sembra corretto concludere che la misura di sicurezza sia da qualificare come una sanzione "amministrativa". La rubrica, su tal punto, è inequivoca<sup>(86)</sup>. Ed appare doveroso precisare che - sotto il profilo della qualificazione della natura di una sanzione - abbracciare il criterio del *nomen iuris* non vuol dire necessariamente condividere l'opinione storica del legislatore. Sia sufficiente ricordare che per quest'ultimo le misure di sicurezza non erano neanche considerate come "sanzioni".

In altri termini, quello che rileva ai fini della questione proposta è se le misure di sicurezza abbiano o meno natura sanzionatoria. Una volta concluso in senso positivo tale interrogativo, il ricorso al criterio "formale" rende ultronea qualsiasi indagine circa la natura di tale sanzione: diviene decisivo non il *perché* il legislatore ha ricostruito le misure di sicurezza come "amministrative" bensì *se* le

---

<sup>(84)</sup> Nondimeno, ritengono decisiva la peculiare **diversità di disciplina esecutiva** delle misure di sicurezza, L. FERRAJOLI, *Diritto*, cit., p. 812 ss.; R.A. FROSALI, *Natura amministrativa delle misure di sicurezza giurisdizionali*, in AA. VV., *Studi in memoria di Guido Zanobini*, Vol. V, Milano, Giuffrè, 1965, p. 233 ss.. In particolare, il primo autore, **argomentando dal difetto dei requisiti garantistici propri della pena**, sostiene che le misure di sicurezza sono provvedimenti "sostanzialmente" amministrativi ma formalmente "giurisdizionali", **riproponendo una dicotomia concettualistica già analizzata nella nota n. 70**. Il secondo autore, muovendo dal rilievo che la natura della sanzione determina tanto quella dell'illecito quanto quella della *giurisdizione* in cui la prima viene applicata, conclude che il giudice penale, nell'irrogare una misura di sicurezza, esercita una funzione giurisdizionale *amministrativa*. Ove non è chi non veda come sia il complesso di disciplina, e non la natura della sanzione da irrogare, a determinare la natura della giurisdizione.

<sup>(85)</sup> Evidenziati, nelle considerazioni che precedono, i limiti del criterio della natura giuridica del procedimento applicativo della sanzione, si ritiene non avere pregio neanche il criterio del "contenuto" della sanzione medesima. Invero, la dazione di una somma di denaro può configurare, di volta in volta, un risarcimento del danno in forma generica, una sanzione amministrativa pecuniaria, un'ammenda o infine una multa. Costituendo oggetto, in ognuna di queste quattro ipotesi, di discipline normative diverse.

<sup>(86)</sup> Rispetto alla conclusione di cui al testo, non sembra porsi come ostacolo normativo insormontabile la formula di apertura dell'art. 203 c.p. "agli effetti della legge penale". Vedi, in tal senso, A. DE MARSICO, *Delle misure*, cit., p. 863. Una simile locuzione, riferendosi agli "effetti" della legge penale, sembra da intendere più correttamente come rivolta alla sede processuale ove tali effetti sono dispiegati (cfr. anche gli artt. 307, comma 4, e 540 c.p.). Vedi, in tal senso, B. PETROCELLI, *La pericolosità*, cit., p. 133 in nota.

ha positivamente qualificate come tali, con tutte le conseguenze dogmatiche che discendono da una simile scelta<sup>(87)</sup>.

Due fondamentali corollari derivano dalla natura amministrativa delle misure di sicurezza: i soggetti non imputabili sono al contempo penalmente incapaci<sup>(88)</sup>; le garanzie penalistiche di rango costituzionale – prima fra tutte, quella prevista dall’art. 27, comma 1, Cost. - non possono riferirsi alle misure di sicurezza<sup>(89)</sup>.

---

<sup>(87)</sup> La conclusione circa la natura amministrativa delle misure di sicurezza consente una breve riflessione sulla figura del “quasi-reato”. È chiaro che un fatto o è penalmente illecito o non lo è: *tertium non datur*. Di talché, la formula “quasi reato” costituisce una stortura grammaticale che violenta la dogmatica: il “quasi-reato” non significa “quasi-niente”. Tutte le ipotesi riconducibili sotto questo istituto, se commesse da soggetti accertati come socialmente pericolosi, sono dunque illeciti amministrativi. Né dovrebbe suscitare meraviglia il rilievo che il fatto del condannato accertato come socialmente pericoloso costituisca, al contempo, un fatto di reato ed uno di illecito amministrativo. Invero, il medesimo “fatto” può integrare al contempo gli estremi di un illecito civile, amministrativo e penale.

Sebbene tradizionalmente si suole esaurire la categoria del “quasi-reato” con le disposizioni di cui agli artt. 49, comma 2, e 115, commi 2 e 4, c.p., sono previste dal codice altre ipotesi riconducibili a questo istituto. Sia sufficiente pensare ai casi di trasgressione degli obblighi imposti al sottoposto a libertà vigilata (art. 231 c.p.). Il “fatto” della trasgressione non è preveduto dalla legge come reato (è inapplicabile, invero, la disciplina sull’evasione ex art. 385 c.p.) ma nondimeno viene sanzionato con una nuova e diversa misura di sicurezza.

<sup>(88)</sup> Nel diritto penale, il concetto di capacità giuridica è strutturato secondo un elemento positivo, vale a dire l'imputabilità, ed uno negativo, vale a dire l'immunità penale. Così che, per aversi capacità giuridica, occorrerà l'imputabilità e il difetto di immunità penali. Mentre, per aversi incapacità giuridica, occorrerà la non imputabilità o la presenza di immunità penali. Pertanto, un immune (soltanto) dal diritto penale ben potrebbe essere assoggettato a misura di sicurezza. Non è chi non veda come, attualmente, non sia prevista alcuna misura di sicurezza per l'imputabile che goda di una immunità penale.

Non sembra corretta l'affermazione del GALLO per cui l'incapacità giuridica del non imputabile renderebbe l'individuo “mero oggetto della sanzione” e non anche “soggetto di diritto”. Vedi M. GALLO, *La persona umana nel diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1956, p. 426 ss.. Si deve notare infatti che l'incapacità giuridica del non imputabile si arresta ai confini del diritto penale mentre, per quanto concerne il diritto amministrativo, egli rimane “soggetto di diritto” siccome titolare di situazioni giuridiche soggettive sfavorevoli correlative a tale materia.

<sup>(89)</sup> Una simile conclusione sembra essere suffragata anche a livello di “grammatica” costituzionale. Nell’art. 25 Cost. si passa dalla formula «nessuno può essere *punito...*» (comma 2) a «nessuno può essere *sottoposto...*» (comma 3).

Appare infondato il timore paventato dal CARACCIOLI per cui, accogliendo la tesi circa la natura amministrativa delle misure di sicurezza, sarebbe costituzionalmente legittima una norma che - abrogando l’art. 202 c.p. (nonché l’attuale art. 3, comma 1, l. n. 689 del 1981) - prevedesse l’irrogazione di una simile misura in ipotesi di responsabilità oggettiva o, peggio, per fatto altrui. Vedi I. CARACCIOLI, *I problemi*, cit., p. 336 ss.. Invero, prospettare una eventuale lacuna di tutela a livello costituzionale potrebbe semmai tradursi in una considerazione *de iure condendo* e mai *de iure condito*.

Infine, non sembra collidere con la conclusione di cui al testo il divieto di *reformatio in peius* che l’art. 597, comma 3, c.p.p. estende – a differenza dell’art. 515, comma 3, c.p.p. 1930 - anche alle misure di sicurezza. Invero, stante la natura afflittiva di queste ultime, tale disposizione



**6. — PERICOLOSITÀ SOCIALE E CAPACITÀ A DELINQUERE. L'IDENTITÀ  
NORMATIVA DEI DUE ISTITUTI GIURIDICI SECONDO IL GRISPIGNI. APORIE DI QUESTA  
TEORIA E DESCRIZIONE DELLE NUMEROSE DIFFERENZE, DI TIPO QUANTITATIVO E  
QUALITATIVO, TRA PERICOLOSITÀ SOCIALE E CAPACITÀ A DELINQUERE.**

L'art. 133 c.p. costituisce senza dubbio l'espressione normativa più felice del positivismo perché ne riproduce un raffinato quadro complessivo. "Fatto di reato" ed "autore" sono avvinti in una disciplina comune<sup>(90)</sup> o, come ha acutamente rilevato il NUVOLONE, questa "nevralgica" disposizione introduce nel sistema codicistico «un diritto penale dell'agente accanto al diritto penale dell'azione»<sup>(91)</sup>. La strategica collocazione topografica – a metà tra la disciplina dell'imputabilità e quella della pericolosità sociale – configura l'art. 133 c.p. come una sorta di mediana che, in ossequio ai capisaldi della Scuola Classica e della Scuola Positiva, sintetizza normativamente l'analisi di tutti i profili di disvalore che possono emergere dall'episodio criminoso<sup>(92)</sup>. In particolare, nel primo comma

---

intende riferirsi al complessivo trattamento sanzionatorio, ricomprensivo di sanzioni penali ed amministrative, che il giudice destina all'appellante.

<sup>(90)</sup> La monografia più dettagliata sull'art. 133 c.p. è senza dubbio quella del CASALINUOVO. La sua pregevole opera, concernente uno «fra i temi più trascurati della parte generale del codice penale», è sapientemente distribuita in tre parti, corrispondenti rispettivamente alla nozione, all'accertamento ed alla funzione della capacità a delinquere nel sistema codicistico. Vedi A. CASALINUOVO, *La capacità*, cit., *passim*.

Per una accurata disamina degli indici rilevati *ex art. 133 c.p.*, vedi anche F. GRISPIGNI, *Diritto*, cit., Vol. I, p. 218 ss..

<sup>(91)</sup> Secondo il NUVOLONE, oltretutto, la prognosi di capacità a delinquere costituirebbe un giudizio sulla "debolezza morale" più o meno accentuata del reo. Vedi P. NUVOLONE, *La capacità a delinquere nel sistema del diritto penale*, Piacenza, Del Maino, p. 27. Ancora, all'interno del complesso di elementi ricompresi nella capacità a delinquere, il NUVOLONE distingue cinque grandi gruppi: quello attinente alla genesi psichica dell'azione ("motivi a delinquere"), quello inerente alla qualificazione biopsichica del soggetto ("carattere del reo"), l'ambiente ("condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo"), il *curriculum* criminale ("precedenti penali e giudiziari") ed infine gli elementi indifferenziati ("condotta e vita del reo, antecedente al reato, e condotta contemporanea e susseguente al reato"). Vedi P. NUVOLONE, *L'accertamento*, cit., p. 1469 ss..

Sarebbe superfluo far notare come il n. 1 del secondo comma dell'art. 133 c.p. – vale a dire i "motivi a delinquere" ed il "carattere del reo" – altro non è che la trasposizione normativa dei "motivi determinanti" e della "personalità del delinquente" di cui all'art. 20 del Progetto FERRI.

<sup>(92)</sup> Per una ricostruzione pessimistica del ruolo e del peso di questa norma nel sistema sanzionatorio, atteso che «è difficile pensare, infatti, che su di una disposizione reticente quanto ai «fini» della pena e che raggruppa i criteri «fattuali» nell'ambito di categorie equivoche, quali la gravità del reato e soprattutto la capacità a delinquere, possa fondarsi una prassi razionale e coerente», vedi E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, Cedam, 1979, p. 39 ss..

l'indagine è tutta incentrata sul valore “causale” posseduto dal fatto di reato, ossia in altri termini sull'offesa penalmente rilevante. Nel secondo comma, l'indagine sposta il proprio oggetto sul valore “sintomatico” posseduto dal fatto di reato, ossia sulla personalità del reo che da esso può desumersi<sup>(93)</sup>.

---

Si potrebbe ipotizzare, rispetto alle prognosi di capacità a delinquere ed a quella di pericolosità sociale, la questione circa la fondatezza della c.d. discrezionalità “bifasica”. Vale a dire, anche una volta accertata discrezionalmente la sussistenza in capo all'individuo della capacità a delinquere ovvero della pericolosità sociale, il giudice avrebbe un ulteriore e distinto margine di discrezionalità circa l'aumento del *quantum* sanzionatorio da ritagliare o l'irrogazione della misura di sicurezza. Questa tesi, che si fonda sull'interpretazione della locuzione “può” (o simili) presente nel testo di una determinata fattispecie, è stata accreditata, ricorrendo alla terminologia discrezionalità “propria” e discrezionalità “impropria” (la c.d. discrezionalità “bifasica”), da P. NUVOLONE, *Il potere discrezionale del giudice in materia di sanzioni nel diritto penale italiano*, in *Stellung und Aufgabe des Richters im modernen Strafrecht: mélanges Oskar Adolf Germann*, Berna, Stämpfli, 1959, p. 228 ss..

Ma l'allievo BRICOLA ha correttamente sottolineato come la discrezionalità al contempo attribuisca in capo al giudice sia un potere che un dovere di accertamento. La conclusione, dunque, è che una c.d. discrezionalità “bifasica” non può esistere: «la discrezionalità penale, da un punto di vista dinamico, può essere compresa ricorrendo allo schema della fattispecie a formazione frazionata. Ecco le movenze attraverso cui essa si articola: ove si delinei il limite estrinseco della discrezionalità, sempre sussistente in forma più o meno dettagliata (si pensi, da un lato, alle «offese» reciproche ex art. 599 comma 1° e, dall'altro, al «reato» per quanto attiene al giudizio di scelta o di graduazione della pena ex art. 133 c.p.), scatta per il giudice il dovere di intraprendere il giudizio del caso concreto; il quale si snoda attraverso la scelta del significato di valore che condiziona il trattamento giuridico-penale; ritrovato il valore congruo rispetto allo scopo per cui è attribuito il potere discrezionale, scatta il dovere di applicare il trattamento ipotizzato». F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Vol. I, Milano, Giuffré, 1965, p. 128 ss. e 144 ss..

A ben vedere, ma in un'altra accezione, è possibile parlare di c.d. discrezionalità “bifasica” nelle ipotesi in cui il giudice, dopo aver discrezionalmente accertato in capo all'individuo la capacità a delinquere ovvero la pericolosità sociale, possa discrezionalmente scegliere una di due pene (art. 24 c.p.) ovvero una di due misure di sicurezza (ad esempio, art. 215, comma 4, c.p.) predeterminante in via alternativa tra di loro.

<sup>(93)</sup> Ciò può determinare un'apparente sovrapposizione tra elementi ricompresi tanto nel primo quanto nel secondo comma. Si pensi, a titolo esemplificativo, ad un dato fattuale che appartenga contemporaneamente alle “modalità dell'azione” (n. 1 del primo comma) ed alla “condotta contemporanea al reato” (n. 3 del secondo comma). Ove quest'ultima naturalmente si riferisce ad ogni comportamento che, anche se temporalmente contestuale all'azione criminosa, non possiede penale rilevanza.

Circa la questione della tassatività o meno degli indizi enunciati nell'art. 133 c.p., sottovaluta la questione il CASALINUOVO perché, pur dichiarandone la natura tassativa, sostiene che stante l'ampiezza del disposto normativo non vi potrebbero comunque essere altri elementi suscettibili di esservi ricompresi e da cui desumere la capacità a delinquere del soggetto. Vedi A. CASALINUOVO, *La capacità*, cit., p. 109 ss.. Il che non sembra potersi accogliere se soltanto si pone mente a tutti quei fattori antropologici che non sono richiamati dall'art. 133 c.p.. Per la natura non tassativa di questa norma, vedi E. FLORIAN, *Trattato*, cit., Vol. II, p. 874 ss.; M. ROMANO-G. GRASSO, *Commentario*, cit., Vol. II, p. 302. Nello stesso senso del CASALINUOVO, invece, F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 73 ss. e 93 ss., che analizza con molto acume i limiti di rango costituzionale che incidono sull'attività discrezionale del giudice legittimata dall'art. 133 c.p.. A titolo esemplificativo: il principio costituzionale di non colpevolezza - sancito dall'art. 27, comma 1, Cost. - determinerebbe la conseguente irrilevanza, ai fini della prognosi di capacità a delinquere, dei “precedenti giudiziari” quali le sentenze di proscioglimento per insufficienza di prove (si

---

ricorda che l'autore scrive prima dell'entrata in vigore del codice VASSALLI) ovvero quelle per intervenuta amnistia propria.

Per interessanti considerazioni sui rapporti tra "motivi" e "causa" del reato, vedi P. NUVOLONE, *I limiti*, cit., p. 25 ss.. Se la «causa di un reato è la finalità obbiettiva che l'azione criminosa persegue e che ne spiega l'essenza e l'individualità indipendentemente dalle finalità soggettive dell'agente», ne deriva l'irrilevanza come scriminanti tacite dei "motivi" dell'azione criminosa, salvo che il legislatore decida di attribuire loro il diverso valore di "causa" (come, ad esempio, nella scriminante a struttura soggettiva contemplata dall'art. 384 c.p.).

Il GRISPIGNI aveva sin da subito denunciato la possibile sussistenza del *bis in idem* nelle ipotesi in cui gli indizi richiamati dall'art. 133, comma 2, c.p. fossero anche cristallizzati normativamente in diverse ed autonome disposizioni. Si pensi, a titolo esemplificativo, ai "motivi a delinquere" ed alla circostanza aggravante dei "motivi abietti o futili" (art. 61, comma 1, n. 1), c.p.) ovvero alla circostanza attenuante dei "motivi di particolare valore morale o sociale" (art. 62, comma 1, n. 1), c.p.). Vedi F. GRISPIGNI, *Diritto*, cit., Vol. I, p. 221 ss.. Nel senso dell'ammissibilità di una duplice valutazione del medesimo elemento, invece, il CASALINUOVO che, a proposito dei "motivi a delinquere", ricorrendo ad un'argomentazione capziosa secondo cui «essi, nel loro valore di aggravamento o di attenuazione del reato, operano, direttamente, una volta sola, precisamente come base di fatto della circostanza attenuante o aggravante. Non può dirsi, di contro, che intervengano ad operare una seconda volta, perché, questa seconda volta, essi non esplicano alcuna funzione aggravatrice o attenuatrice del reato, bensì semplicemente assolvono il compito di contribuire alla conoscenza della personalità del colpevole, appaiono cioè come mezzi attraverso cui la personalità può scrutarsi, illuminarsi, rivelarsi. Questa, e solo questa, influisce, in uno alla gravità del reato, alla determinazione della misura della pena». Vedi A. CASALINUOVO, *La capacità*, cit., p. 221 ss.. Non si comprende, però, il motivo per cui questa duplice valutazione, attinente ora all'aggravamento o all'attenuazione del reato, ora all'analisi della personalità del soggetto, non sia ammessa dall'autore nella simile ipotesi dei rapporti tra gli elementi richiamati dall'art. 133 c.p. e le circostanze attenuanti inerenti l'imputabilità. Nel senso dell'ammissibilità di una duplice valutazione, anche se limitata al profilo delle circostanze attenuanti generiche, vedi M. GALLO, *Appunti*, cit., Vol. III, p. 12.

Analogo discorso può essere riferito, *mutatis mutandis*, ai rapporti tra recidiva e "precedenti penali". Non si condivide l'assunto del LATAGLIATA secondo cui, stante la natura retributiva della recidiva e quella preventiva della capacità a delinquere, la valutazione dei "precedenti penali" è diversa nella prima e nella seconda sede. E ciò perché, in relazione alla recidiva, tali precedenti rilevano ai fini dell'analisi della personalità del soggetto mentre, in relazione alla capacità a delinquere, essi rilevano ai fini dell'accertamento di una maggiore colpevolezza siccome la conoscibilità della precedente condanna. Vedi A.R. LATAGLIATA, *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli, Jovene, 1958, p. 194 ss..

Ora, ferme restando le considerazioni svolte nel paragrafo successivo circa la finalità propria dell'istituto della recidiva, si può qui concludere che le argomentazioni di stampo formalistico sopra esaminate legittimerebbero, a seguire rigorosamente il loro *iter* logico, anche ipotesi di "*ter in idem*". A titolo esemplificativo, si pensi ad un motivo di particolare malvagità che sia al contempo ricompreso tra i "motivi a delinquere" (art. 133, comma 2, n. 1), c.p.), considerato come "motivo abietto" (art. 61, comma 1, n. 1), c.p.) ed accertato come espressione della tendenza a delinquere (art. 108 c.p.). Quello che deve rimarcarsi è che la diversità di funzioni svolte dal medesimo elemento non fa venir meno, in caso di una sua duplice valutazione, la lesione del principio del *ne bis in idem*. Al massimo, il giudice potrà selezionare, in ordine a quell'elemento, una determinata finalità e valutarlo alla stregua di quella ma il *quantum* sanzionatorio finale, come precipitato di un procedimento logico-matematico complesso, dovrebbe considerare, una volta sola, tutti i dati per esso rilevanti. Nell'ottica di una concezione retributiva, è fortemente critico circa l'utilizzazione, ai fini della commisurazione della pena in concreto da irrogare, delle risultanze indiziarie estranee alla struttura del "fatto di reato", tanto quando queste siano a sfondo soggettivo (ad esempio, il "carattere del reo") quanto quando queste siano a sfondo oggettivo (ad esempio, la "condotta susseguente al reato"), E. DOLCINI, *La commisurazione*, cit., p. 306 ss..

Appare utile rimarcare come, nell’architettura della norma in esame, la precedenza attribuita alla “gravità del reato” rispetto alla “capacità a delinquere” risulti conforme non soltanto alle corrette regole dell’accertamento giudiziale bensì anche – ed il rilievo acquista maggiore importanza – a quel canone fondamentale dello statuto positivistico per cui alla sanzione penale non è consentito rinunciare, come suo presupposto normativo, alla realizzazione di un fatto di reato.

I concetti di “capacità a delinquere” e di “pericolosità sociale”, siccome qualifiche penalmente rilevanti di uno stato, vivono in una peculiare simbiosi normativa<sup>(94)</sup>. A chi, come il GRISPIGNI, postula una loro identità concettuale<sup>(95)</sup>,

---

<sup>(94)</sup> È uno strano destino quello che accomuna i concetti di “capacità a delinquere” e di “pericolosità sociale”: separate dalla nascita, distanti 70 articoli, eppure così vicine. Mentre all’art. 134 del progetto preliminare del codice ROCCO del 1927 si prevedeva, per la determinazione in concreto del *quantum* di pena da irrogare, la valutazione giudiziale della gravità del reato e della “malvagità” e “pericolosità” del colpevole, all’art. 137 del progetto definitivo del 1929 questi ultimi due riferimenti normativi vengono soppressi. La relazione ministeriale così motiva una tale scelta: «allo scopo di prevenire interpretazioni difformi dallo spirito di tale norma, è stato soppresso, nel testo definitivo, l’accento al criterio sussidiario della pericolosità, che invece era menzionato nel Progetto del 1927: per non lasciare dubbi che la pericolosità del reo in tanto, nell’applicazione della pena, può essere tenuta presente, in quanto essa coincida con la capacità a delinquere, ossia con l’attitudine dell’individuo alla violazione delle norme giuridiche». Vedi *amplius* MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA E DEI CULTI, *Lavori preparatori*, Vol. V, Parte I, Roma, Mantellate, 1929, n. 160. Nondimeno, si nota fin da subito come questo passo della relazione, anziché semplificarle, abbia complicato le cose. E questo perché, come si vedrà *amplius* nel prosieguo del testo, la successione terminologica viene invocata per giustificare e dare forza a tesi tra di loro speculari: ora nel senso di una distinzione tra “capacità a delinquere” e “pericolosità sociale”, resa “evidente” dalla nuova formula adottata per la prima; ora nel senso della loro identità concettuale, resa altrettanto “evidente” dalla soppressione di termini che sarebbero risultati pleonastici.

Nonostante le argomentazioni che muovono dalle opinioni del legislatore storico siano, come è stato dimostrato precedentemente nel testo, dogmaticamente poco pregnanti, attribuiscono decisivo rilievo alla variazione terminologica ed alla diversa collocazione topografica dei due istituti giuridici F. ANTOLISEI, *La capacità a delinquere*, in *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1934, p. 173 ss.. e A. DE MARSICO, *Delle misure*, Vol. I, cit., p. 881 ss..

<sup>(95)</sup> Conclusione coerente con il suo sistema fondato sulla pericolosità sociale (vedi, per la sua illustrazione, la nota n. 34). La variazione terminologica subita dal concetto di “capacità a delinquere”, lungi dal pregiudicare l’identità qualitativa con il concetto di “pericolosità sociale”, viene così spiegata dal GRISPIGNI: «senonchè, se il concetto è identico, il fatto che il codice parla di pericolosità solo nei confronti delle misure di sicurezza, ha pure una rilevanza, che va precisata così: la pericolosità secondo la terminologia del codice è quella attitudine a violare le norme penali da cui si fa dipendere l’applicabilità di una misura di sicurezza, il che si verifica o perchè il reo è un non imputabile, ovvero perchè, essendo insufficiente la pena, da sola, ad estinguere la capacità a delinquere, è necessario aggiungere ad essa una misura di sicurezza. Nei confronti cioè dei rei imputabili la pericolosità è quella capacità a delinquere che si ritiene residuerà *dopo* l’espiazione della pena». Vedi F. GRISPIGNI, *Diritto*, cit., Vol. I, p. 181 ss.. Condivide questa tesi, T. GALIMBERTI, *Pericolosità*, cit., p. 15 ss..

si contrappongono numerosi autori che hanno tentato di ricostruire i rapporti tra questi due istituti in modo da attribuire loro ambiti normativi diversi.

Alcuni, ad esempio, individuano fra essi una relazione meramente quantitativa riducendo la delicata questione entro i confini del criterio strutturale della specialità in astratto. Ma, a seconda dell'angolo normativo da cui l'analisi principia, muta la natura dell'elemento differenziale tra "capacità a delinquere" e "pericolosità sociale" e risultano così specularmente invertiti i ruoli ricoperti dal concetto "generale" e dal concetto "speciale".

Se si esalta il *quantum* richiesto per il grado della prognosi di pericolosità sociale, allora la "capacità a delinquere" costituisce il concetto di *genus* in cui resta assorbito quello speciale di "pericolosità sociale". Per la precisione, mentre la capacità a delinquere indica la "possibilità", la pericolosità sociale indica la "probabilità" di commissione di un fatto di reato: in questi termini si esprimono, tra i molti, l'ANTOLISEI, il DE MARSICO, il FROSALI, l'ALTAVILLA<sup>(96)</sup>.

---

Le argomentazioni del GRISPIGNI, e più in generale la sua costruzione dottrinale, non sembra resistere a queste due osservazioni critiche. La prima, mossa dall'ANTOLISEI, è di natura logica: se la pericolosità sociale viene definita dal GRISPIGNI come "la molto rilevante capacità di una persona a commettere un reato" (vedi nota n. 35), allora non può coincidere qualitativamente con una "capacità" a delinquere che difetterebbe proprio di una simile graduazione "molto rilevante": vedi F. ANTOLISEI, *La capacità*, cit., p. 174 ss.. La seconda, mossa dal DE MARSICO, è di natura dogmatica: il rilievo per cui tanto la capacità a delinquere quanto la pericolosità sociale affondino le proprie radici nel medesimo dato normativo non costituisce un indice inequivoco per sancire la loro identità concettuale, atteso che la medesima disposizione codicistica può essere utilizzata per vitalizzare istituti giuridici tra loro dissimili: vedi A. DE MARSICO, *Delle misure*, Vol. I, cit., p. 882 ss.. A proposito dell'identificazione concettuale tra "capacità a delinquere" e "pericolosità sociale", già il MAGGIORE ammoniva che «abolire questo cauto dualismo, significa sovvertire e scompaginare il diritto penale» G. MAGGIORE, *Diritto penale, Parte generale*, Vol. I, Zanichelli, 1949, p. 384.

<sup>(96)</sup> A tal proposito, l'ANTOLISEI parla di una "capacità criminale" per riferirla "letteralmente" tanto ai reati delittuosi quanto a quelli contravvenzionali. Vedi F. ANTOLISEI, *La capacità*, cit., p. 178 ss.; ID., *Elementi di diritto penale. La parte generale*, Torino, Giappichelli, 1945, p. 212 ss.; A. DE MARSICO, *Delle misure*, Vol. I, cit., p. 882 ss.; ID., *L'unità*, cit., p. 14 ss.; R.A. FROSALI, *Sistema*, cit., Vol. I, p. 660; E. ALTAVILLA, *L'appartenenza*, cit., p. 8 ss.; ID., *La dinamica*, cit., Vol. II, p. 546 ss..

In quest'ultima monografia l'ALTAVILLA traccia una differenza non condivisibile, tra "capacità a delinquere" e "pericolosità sociale", fondata su di un'asserita differenza strutturale di relazione. Per la "capacità a delinquere" «si può stabilire il binomio «reato-capacità a delinquere», mentre, per rinchiudere in una formula la pericolosità criminale, occorre un terzo termine «reato-personalità del delinquente-pericolosità criminale»». Ove non è chi non veda come anche la base della prognosi di capacità a delinquere sia costituita dalla personalità del delinquente.

Peculiarissima tesi, che si avvicina soltanto per analogia a quelle sopra elencate, è quella del RANIERI che differisce i concetti di "capacità a delinquere" e di "pericolosità sociale" sulla base della previa commissione di un fatto di reato. Di conseguenza, l'autore conclude che «la

Se si esalta invece il bacino normativo da cui è dato attingere i sintomi rilevanti ai fini delle due prognosi, nonché la “tipologia” di delinquenti cui queste si riferiscono, allora la “pericolosità sociale” costituisce il concetto di *genus* in cui resta assorbita quello speciale di “capacità a delinquere”. In particolare, gli indizi rilevanti ai fini dell’accertamento della pericolosità sociale si desumono tanto dalla “gravità del reato” quanto, appunto, dalla “capacità a delinquere”. Ed inoltre la pericolosità sociale, insistendo su di un’area normativa che ricomprende tanto il fatto di reato quanto quello di “quasi-reato”, può qualificare lo stato di un delinquente imputabile come di un delinquente non imputabile. Questa, in sintesi, la posizione del FLORIAN<sup>(97)</sup>.

Le argomentazioni che precedono, ed i numerosi profili di ordine quantitativo posti in luce, sono meritevoli di essere accolte. Sebbene condividano il medesimo “sostrato naturalistico”, l’interpretazione sistematica di questi due concetti ne risalta al contempo i limiti strutturali ed i confini di applicabilità.

Proseguendo con l’analisi, autorevole dottrina, intenta a cogliere un parallelismo con la finalità tradizionalmente attribuita alla pena ed alla misura di sicurezza, conclude nel senso di una distinzione qualitativa tra i concetti di “capacità a delinquere” e di “pericolosità sociale”. Al primo sarebbe assegnata una finalità retributiva in funzione di diagnosi laddove al secondo una finalità

---

pericolosità criminale è l’attitudine al delitto propria di colui che ha già delinquito e vi è probabilità che delinqua di nuovo; la capacità a delinquere, invece, è l’attitudine al delitto di colui che pur non avendo mai commesso delitti, vi è probabilità che ne divenga autore». Da qui, la coerenza impone di considerare la “pericolosità criminale” come un istituto di diritto penale e la “capacità a delinquere” come un istituto di diritto di polizia. Ma le premesse da cui muove il RANIERI, che scrive dopo l’entrata in vigore del codice ROCCO, non possono essere accolte per l’evidente contrasto con le disposizioni codicistiche. A parte l’imprecisione terminologica, per cui si parla di “delitto” anziché di “reato”, si deve notare come la prognosi di capacità a delinquere postuli sempre la previa commissione di un fatto di reato, perdendo dunque consistenza dogmatica il *discrimen* prima enunciato. Vedi *amplius* S. RANIERI, *La pericolosità*, cit., p. 7.

<sup>(97)</sup> A questi fondamentali rilievi l’autore affianca anche quello, esaminato oltre nel testo, circa la differente funzione di criterio di commisurazione del *quantum* di pena, svolta dalla capacità a delinquere, e di presupposto per l’irrogazione di una sanzione, svolta dalla pericolosità sociale. Non sembra invece avere pregio un’ulteriore differenza tra i due concetti rilevata dal FLORIAN. Vale a dire la possibilità per il giudice, soltanto in sede di prognosi di pericolosità sociale, di valutare la causa patologica che affligge l’individuo. Indagine al contrario preclusa in altre sedi siccome una simile causa escluderebbe al contempo sia l’imputabilità che la capacità a delinquere. Tuttavia, non è chi non veda come la decisione con cui il giudice dichiara esclusa ovvero grandemente scemata l’imputabilità sia assunta proprio a seguito di una precisa valutazione della causa patologica. Vedi *amplius* E. FLORIAN, *Trattato*, cit., Vol. I, p. 337 ss..

preventiva in funzione di prognosi. In questi termini, tra i molti, si esprimono il BETTIOL, il MANZINI, il PETROCELLI, il NUVOLONE ed il CASALINUOVO<sup>(98)</sup>.

Quest'ultima argomentazione però non sembra avere pregio. Sotto la formula "capacità a delinquere" sono ricompresi dei sintomi - come "le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo" - che appaiono estranei alla "retribuzione" di un illecito penale. Inoltre il secondo comma dell'art. 133 c.p., riferendosi letteralmente alla capacità a delinquere del *colpevole*, sembra mostrare come, almeno sotto il profilo retributivo, il giudizio di "responsabilità" sia terminato<sup>(99)</sup>.

Se le considerazioni che precedono costituiscono lo stato dell'arte dottrinale sulla complessa tematica circa i rapporti tra i concetti di "capacità a delinquere" e "pericolosità sociale", allora risultano doverose due osservazioni conclusive. Oltre ai rilievi distintivi di ordine quantitativo sopra esaminati ed accreditati per la loro fondatezza, si devono evidenziare altri profili differenziali non meno degni di essere analizzati.

In primo luogo, dal punto di vista dell'accertamento, gli indici della capacità a delinquere sono sempre stati oggetto di vaglio giudiziale mentre quelli attinenti alla pericolosità sociale potevano anche essere presunti<sup>(100)</sup>. E se il giudizio di accertamento della capacità a delinquere provoca una discrasia temporale, retrocedendo la verifica giudiziale al momento della commissione del fatto di reato, quello di accertamento della pericolosità sociale coincide

---

<sup>(98)</sup> G. BETTIOL, *Diritto*, cit., p. 319 ss.; ID., *Capacità a delinquere e pena retributiva*, in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 1980, p. 270 ss.; V. MANZINI, *Trattato*, cit., Vol. III, p. 248 («la pericolosità riguarda l'avvenire: la criminosità concerne il fatto commesso dall'agente»); B. PETROCELLI, *La pericolosità*, cit., p. 152 ss.; A. CASALINUOVO, *La capacità*, cit., p. 196 ss. (che tuttavia riconosce alla capacità a delinquere una funzione preventiva, anche se soltanto di natura secondaria e sussidiaria); P. NUVOLONE, *L'accertamento*, cit., p. 1479 ss..

<sup>(99)</sup> F. ANTOLISEI, *Elementi*, cit., p. 212 ss.; M. ROMANO-G. GRASSO, *Commentario*, cit., Vol. II, p. 304; G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienza della pena*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1961, p. 334 ss..

<sup>(100)</sup> Attualmente, nell'unica ipotesi di pena detentiva fissa (*recte*: l'ergastolo), la capacità a delinquere non è presunta legalmente posto che, più correttamente, sembrano difettare del tutto i "limiti fissati dalla legge" entro cui, ai sensi dell'art. 132 c.p., deve esercitarsi il potere discrezionale del giudice. Analogo ragionamento vale nelle ipotesi sanzionatorie che prevedono pene pecuniarie fisse ovvero come risultato matematico di semplici operazioni di calcolo ancorate a precisi e predeterminati scaglioni economici.

temporalmente con il momento della applicazione prima e della esecuzione poi della misura di sicurezza.

In secondo luogo, e precisando quanto già accennato nel capitolo che precede<sup>(101)</sup>, mentre il concetto di “capacità a delinquere” svolge la funzione di *criterio* di commisurazione della quantità di pena in concreto da irrogare (e, nei rari casi di pena alternativa, anche quella di criterio di individuazione della specie di pena applicabile); il concetto di “pericolosità sociale” svolge la differente funzione di *presupposto* dell’irrogazione della misura di sicurezza in concreto ordinata, in riferimento alla quale il giudice non può tuttavia determinare né il decorso minimo di durata né, di regola<sup>(102)</sup>, la natura. Da ciò consegue che la capacità a delinquere – tanto in senso negativo, quanto in senso positivo – dispiegherà sempre effetti giuridici in ordine al *quantum* sanzionatorio ritagliato dal giudice<sup>(103)</sup>.

---

<sup>(101)</sup> Vedi le considerazioni conclusive del sesto paragrafo del capitolo II.

<sup>(102)</sup> Salve, naturalmente, le tassative ipotesi di misura di sicurezza alternativa (come, ad esempio, quella prevista dall’art. 215, comma 4, c.p.).

<sup>(103)</sup> Su questo punto sono illuminanti le pagine del CASALINUOVO che, criticando l’accezione meramente letterale del termine “capacità”, intesa come valore “positivo”, gli attribuisce un significato tecnico che discende dall’analisi del disposto dell’art. 133, comma 2, c.p.. Da ciò deriverebbe che la capacità a delinquere, come indagine sulla personalità morale e sociale del colpevole, può assumere tanto un valore positivo quanto un valore negativo (ossia, divenire un’incapacità a delinquere), in entrambi i casi dispiegando effetti circa la risposta sanzionatoria in concreto da irrogare. Di talché non avrebbe alcun senso parlare di “grado” della capacità a delinquere (a differenza della “probabilità” della pericolosità sociale) posto che, riguardo alla personalità del colpevole, sono ammissibili soltanto giudizi di natura qualitativa.

Nella parte conclusiva della sua argomentazione, però, il CASALINUOVO si avvicina molto alle teoriche che ricostruiscono su base meramente quantitativa le relazioni tra i concetti di “capacità a delinquere” e di “pericolosità sociale”. Invero, nelle peculiari ipotesi di imputabili socialmente pericolosi, l’autore sostiene che la valutazione della pericolosità sociale non può prescindere dall’indagine sulla personalità del colpevole perché «nel determinare la pericolosità, bisogna passare attraverso la capacità a delinquere, in quanto, circoscrivendo la pericolosità stessa, si è già implicitamente pervenuti alla valutazione della personalità, ossia della capacità a delinquere...Potrebbe quasi parlarsi, in tal senso, della capacità a delinquere come *elemento* della pericolosità, in quanto appunto, nella sua struttura, la pericolosità comprenderebbe la capacità a delinquere». Vedi A. CASALINUOVO, *La capacità*, cit., p. 63 ss. e 233 ss..



**7. — LE FATTISPECIE DI C.D. PERICOLOSITÀ SOCIALE QUALIFICATA COME TRADUZIONE NORMATIVA DEL “TIPO LEGALE CRIMINOLOGICO”. LORO APPARTENENZA AL DIRITTO PENALE. LA FINALITÀ PREVENTIVA DELLE FATTISPECIE DI C.D. PERICOLOSITÀ SOCIALE QUALIFICATA. LE DIVERSE CHIAVI DI LETTURA DELL’ISTITUTO DELLA RECIDIVA.**

“Abitualità”, “professionalità”, “tendenza” e “recidiva”: con queste qualifiche soggettive si consacra, secondo il BETTIOL, il “tipo legale criminologico”<sup>(104)</sup>.

Affermare che tali qualifiche soggettive, come rami dello stesso albero, costituiscano mere ipotesi “speciali” rispetto a quella “generale” compendiata nell’art. 203 c.p. costituisce un rilievo soltanto parzialmente corretto<sup>(105)</sup>. Questo perché una simile argomentazione sembra indebitamente privilegiare il profilo dell’ambito applicativo, senz’altro più ristretto, delle fattispecie di c.d. pericolosità sociale qualificata. Ed è indubbio che tutte e quattro le tipologie di questa peculiare forma di pericolosità postulino un provvedimento di condanna – e, quindi, un soggetto imputabile ovvero, salvo la “tendenza”, semi-imputabile – come è indubbio che le categorie di illeciti penali prese in considerazione da tali

---

<sup>(104)</sup> Secondo l’autore si deve distinguere tra un tipo legale criminologico “preventivo” (abitudine, professionalità e tendenza) ed uno “repressivo” (recidiva). Vedi G. BETTIOL, *Diritto*, cit., p. 527 ss.. Nello stesso senso, ma in termini di “situazione di vita”, G. MARINI, voce *Abitualità, professionalità e tendenza a delinquere*, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 1992, p. 4. Vedi anche S. RICCIO, voce *Recidiva*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XIV, Torino, Utet, 1967, p. 1056. Come già si evince dal titolo del paragrafo, non sembra da condividere questa frattura. Anche la recidiva, come si argomenterà meglio nel prosieguo del testo, appare strutturare un tipo legale criminologico “preventivo”. Ad ogni modo, ed in un’ottica di più ampio respiro, si può sostenere senza remore che l’istituto della c.d. pericolosità sociale qualificata risulti la conferma dell’intima relazione, nell’attuale impianto codicistico, tra i concetti di “colpevolezza” e di “pericolosità sociale” nonché dell’eterogeneità dell’arsenale sanzionatorio predisposto, ora retributivo ora preventivo, all’interno del quale pene e misure di sicurezza si intrecciano nella più ampia ottica della lotta alla criminalità.

<sup>(105)</sup> Anche per tali qualifiche soggettive, dunque, non può parlarsi di capacità giuridico-penale: vedi *amplius* nota n. 54.

Il NUVOLONE sostiene che tali stati costituiscano una forma di pericolosità sociale presunta ma su tale affermazione risulta doveroso apportare chiarezza. Se con tale formula si intende riferirsi all’assenza di qualsivoglia riferimento, anche letterale, alla “pericolosità”, allora questa può essere convenzionalmente condivisa. Ma se con tale formula si intende riferirsi all’assenza di una prognosi giudiziale di natura discrezionale, allora questa argomentazione poteva accogliersi soltanto in relazione a taluni casi di abitudine “presunta” per i delitti, e per la precisione a quelli in cui la medesima indole discendeva dalla violazione della medesima disposizione di legge. Vedi P. NUVOLONE, *L’accertamento*, cit., p. 1472 ss. ma, già prima, E. FLORIAN, *Trattato*, cit., Vol. II, p. 1031.

fattispecie risultino limitate ai delitti dolosi o preterintenzionali ovvero alle contravvenzioni dolose<sup>(106)</sup>.

Ma se l'analisi si arresta a queste, sia pur rilevanti, differenze di natura “quantitativa” si rischia di trascurare la diversa connotazione “qualitativa” che separa la struttura delle due “tipologie” di pericolosità sociale. Ed invero, mentre la fattispecie di pericolosità sociale rilevante ai sensi dell'art. 203 c.p. consiste in una qualifica di uno stato rilevante per il diritto amministrativo<sup>(107)</sup>, le fattispecie di c.d. pericolosità sociale qualificata consistono tutte in una qualifica di uno stato rilevante per il diritto penale<sup>(108)</sup>.

Una simile conclusione assume notevole rilievo non tanto per la recidiva, istituto della cui natura penale non si è mai dubitato, quanto per le altre fattispecie di c.d. pericolosità sociale qualificata. La loro collocazione all'interno della materia penale discende, alla stregua di un logico corollario, dal rilievo di carattere sanzionatorio per cui le qualifiche di “abitualità”, “professionalità” e “tendenza” comportino sempre, tra i vari ed eterogenei effetti giuridici dispiegati,

---

<sup>(106)</sup> Una simile affermazione potrebbe sembrare in contrasto con l'art. 104 c.p. che, nel disciplinare l'“abitualità” nelle contravvenzioni, non richiede la sussistenza in capo all'agente di un coefficiente psicologico particolare. Ma la correttezza della conclusione di cui al testo, circa il riferimento dell'“abitualità” alle sole contravvenzioni dolose, discende da due considerazioni, una di ordine logico ed una di ordine sistematico. La prima: non si comprende come la “dedizione” al reato, fulcro psicologico su cui ruota l'istituto dell'“abitualità” tanto delittuosa quanto contravvenzionale, possa manifestarsi attraverso contravvenzioni di natura colposa. La seconda: sarebbe assurdo escludere dal campo dell'“abitualità” i delitti colposi (argomentato ex art. 103 c.p.) ed inserirvi invece le contravvenzioni colpose, vale a dire figure criminose di regola sanzionate in modo meno grave.

<sup>(107)</sup> Questa affermazione, naturalmente, postula la natura amministrativa delle misure di sicurezza. Per la dimostrazione di questo assunto, vedi *amplius* il quinto paragrafo del presente capitolo.

<sup>(108)</sup> Nello stesso senso, B. PETROCELLI, *La pericolosità*, cit., p. 178 ss.; G. MARINI, voce *Abitualità*, cit., p. 4; E. FLORIAN, *Trattato*, cit., Vol. II, p. 1033 ss.; S. RICCIO, voce *Abitualità e professionalità nel reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. I, Torino, Utet, 1957, p. 65 ss..

In particolare, il RICCIO sostiene che l'“abitualità”, la “professionalità” e la “tendenza” sono qualifiche soggettive che preesistono al reato: «gli abituali sono destinatari di norme giuridiche che non sono dirette ad altri soggetti». Con il che sembra però confondersi la c.d. pericolosità sociale qualificata con la capacità giuridico-penale: a tal proposito, vedi *amplius* nota n. 54. Ma il rilievo ora censurato, che finirebbe col far coincidere queste tre qualifiche soggettive con quelle che caratterizzano i reati propri, non sembra considerare neanche il decisivo dato che - salvo le ipotesi di abitualità “presunta” ove la medesima indole discendeva dalla violazione della medesima disposizione di legge - l'accertamento e la dichiarazione della c.d. pericolosità sociale qualificata sono soggette ad un forte momento discrezionale da parte del giudice. E che, a differenza di quanto accade in relazione ai reati propri, l'accertamento e la dichiarazione di tali qualifiche soggettive costituisce un *posterius* e non certo un *prius*.

tanto un aumento della pena principale<sup>(109)</sup> quanto l'applicazione, nella veste di pena accessoria, dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici<sup>(110)</sup>.

La comune natura penale non osta, nello studio delle fattispecie di c.d. pericolosità sociale qualificata, ad operare una utile bipartizione dell'indagine *in subiecta materia* differenziando, da una parte, le considerazioni circa le qualifiche di "abitualità", "professionalità" e "tendenza" e, dall'altra, quelle inerenti alla qualifica di "recidiva". A mo' di anticipazione di alcune considerazioni che seguiranno, si deve subito rimarcare che la *summa divisio* di ripartizione tra i vari "tipi legali criminologici" non è dettata secondo la dicotomia "prevenzione-repressione", collocando sotto la prima finalità le qualifiche di "abitualità", "professionalità" e "tendenza" e sotto la seconda la qualifica di "recidiva". Il criterio selettivo, piuttosto, rende ossequio alle precise scelte operate dal legislatore che, in tema di disciplina della recidiva, ha inteso configurare tale

---

<sup>(109)</sup> Non sempre si è colto il valore dell'*incipit* dell'art. 109, comma 1, c.p.: «oltre gli aumenti di pena stabiliti per la recidiva...». Se con questa locuzione si intende che - in caso di dichiarazione di abitualità, professionalità o tendenza - sarebbero comunque salvi gli aumenti di pena previsti specificamente per la recidiva, allora il medesimo *incipit* diviene oggetto di una infelice *interpretatio abrogans*. Questo perché ogni riferimento alla disciplina della recidiva, oltre che pleonastico, sarebbe oltretutto fuori luogo in un articolo che si riferisce - sia nella rubrica che nei singoli commi - agli effetti della dichiarazione delle tre qualifiche soggettive dell'"abitualità", della "professionalità" e della "tendenza".

Di talché, l'interpretazione che sembra maggiormente corretta comporta che la dichiarazione *de qua* - naturalmente, per quanto attiene all'"abitualità" ed alla "professionalità", prima che si formi il giudicato di condanna - dispieghi, oltre agli effetti analizzati nel prosieguo del testo, anche un aumento del *quantum* sanzionatorio. Con tutti i relativi profili problematici in ordine alla natura (recettizia o formale) del rinvio alla disciplina della recidiva ovvero all'individuazione della particolare tipologia di recidiva rinviata (ad esempio, nelle ipotesi di "abitualità" nei delitti si rinvierà sempre alla tipologia della recidiva "reiterata"). Senza contare, poi, l'impossibilità di applicare un simile rinvio nelle ipotesi in cui l'"abitualità" e la "professionalità" vengano dichiarate con una sola sentenza ovvero, stante l'attuale limitazione della disciplina della recidiva ai soli delitti non colposi, nelle ipotesi di dichiarazione di "abitualità" nelle contravvenzioni.

Sono numerosi, tuttavia, gli autori che non colgono l'importanza e le problematiche sottese all'*incipit* dell'art. 109 c.p.. Vedi, *ex multis*, B. PETROCELLI, *La pericolosità*, cit., p. 178 ss.; M. ROMANO-G. GRASSO, *Commentario*, cit., p. 114.

<sup>(110)</sup> Non possono dunque essere condivise le conclusioni del BETTIOL e del MANZINI in ordine all'appartenenza di tali qualifiche soggettive al diritto amministrativo in funzione di presupposto applicativo della misura di sicurezza. Non sembra affatto sufficiente, di per sé, l'argomentazione per cui l'"abitualità" e la "professionalità" possono essere pronunciate anche dopo la formazione del giudicato posto che, anche a prescindere dal rilievo che una simile facoltà non è prevista per la tendenza, nelle conclusioni degli illustri autori citati sopra citati non si tengono nel debito conto le considerazioni sviluppate nel testo circa la natura penale delle qualifiche soggettive ora in esame. Vedi *amplius* G. BETTIOL, *Diritto*, cit., p. 534 ss.; V. MANZINI, *Trattato*, cit., Vol. III, p. 273 ss..

qualifica soggettiva come un *unicum* normativo. Sia sufficiente ricordare la natura giuridica di circostanza del reato, attribuita esclusivamente alla recidiva<sup>(111)</sup>, la carenza di relazioni normative tra questa e le misure di sicurezza nonché il difetto, nella struttura di tale qualifica soggettiva, di qualsiasi coacervo tra requisiti psicologici e requisiti squisitamente normativi.

Come nelle scale di valore in cui l’ALTAVILLA designava e collocava i vari gradi di “appartenenza psicologica” del fatto di reato al suo autore, anche il codice ROCCO privilegia il ricorso al *climax* psicologico di carattere ascendente per cristallizzare tre “nitide” figure soggettive: l’“abitualità” nel reato o *consuetudo delinquenti*; la “professionalità” nel reato o *habitus delinquenti*; la “tendenza” a delinquere o *libido delinquenti*<sup>(112)</sup>.

---

<sup>(111)</sup> Che l’“abitualità”, la “professionalità” e la “tendenza” siano qualifiche soggettive di natura non circostanziale, si può ricavare dall’indicazione offerta da molteplici disposizioni normative. Non sembra decisivo, a tal proposito, il rilievo che l’art. 70, comma 2, c.p. nomina espressamente soltanto la recidiva perché le qualifiche soggettive ora in esame potrebbero benissimo essere ricomprese tra le condizioni o qualità del colpevole richiamate all’art. 70, comma 1, n. 2), c.p..

Sembra maggiormente calzante il secondo comma dell’art. 109 c.p. laddove afferma che la dichiarazione di “abitualità” o di “professionalità” può essere (contestata e) pronunciata in ogni tempo ed addirittura dopo l’esecuzione della pena. Ciò che non è concesso alle circostanze aggravanti né in sede dibattimentale (ed in caso di incompetenza per materia per difetto: art. 517 c.p.p.) né, *a fortiori*, dopo la formazione del giudicato (art. 649 c.p.p.).

Ancora, mentre le circostanze del reato “esauriscono” i loro effetti con la commissione dell’illecito penale determinandone un particolare *quantum* sanzionatorio ovvero modificandone il regime di procedibilità, ai sensi del quarto comma dell’art. 109 c.p. gli effetti della dichiarazione di “abitualità”, “professionalità” e “tendenza” sopravvivono alla commissione del fatto di reato e si estinguono soltanto attraverso l’istituto della riabilitazione ovvero della revoca ad opera del magistrato di sorveglianza *ex* art. 69, comma 4, o.p..

Infine, sul versante processuale, l’art. 429, comma 1, lett. c), c.p.p. impone, nella stesura del decreto che dispone il giudizio, l’enunciazione «delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l’applicazione di misure di sicurezza». L’art. 552, comma 1, lett. c), c.p.p. riproduce fedelmente quanto riportato dalla norma che precede ma in riferimento alle controversie oggetto di citazione diretta a giudizio innanzi al tribunale in composizione monocratica.

Il difetto di una precisa e definita qualificazione giuridica di queste tre qualifiche soggettive – ora come qualifiche soggettive di un reato proprio, ora come circostanza del reato di natura soggettiva - non sorprende affatto e sembra trovare una plausibile spiegazione nella estraneità di queste figure soggettive, elaborate dall’antropologia criminale, ad un sistema normativo tradizionalmente improntato alla pericolosità “oggettiva”.

<sup>(112)</sup> Gli effetti penali derivanti dalla dichiarazione di una di tali qualifiche soggettive si estinguono, e la suddetta dichiarazione viene revocata con decreto motivato del magistrato di sorveglianza (art. 64, comma 4, o.p.), soltanto attraverso la concessione della riabilitazione (art. 178 c.p.) ovvero la revoca *in executivis* della condanna irrevocabile in caso di *abolitio criminis* ovvero di declaratoria di illegittimità costituzionale (art. 673, comma 1, c.p.p.).

Si potrebbe sostenere che alla base dell’“ascensione” criminale di natura psicologica illustrata nel testo risieda proprio la recidiva. Ma una simile argomentazione potrebbe essere accolta soltanto se l’istituto della recidiva fosse considerato sotto una luce squisitamente

Il concetto di *consuetudo* richiama una generica forma di “dedizione” al reato<sup>(113)</sup>; quello di *habitus* una “dedizione” professionalmente orientata, tradotta economicamente in un vero e proprio “mestiere criminale” ovvero, come dice il

---

criminologica e non anche normativa. Invero, la disciplina codicistica della recidiva postula una previa condanna irrevocabile mentre la dichiarazione di “abitualità” o “professionalità” può anche essere pronunciata con la “prima” sentenza. Un tale problema, infine, neanche potrebbe porsi in relazione alla “tendenza” che può benissimo essere dichiarata nei confronti del delinquente primario. Tutti questi rilievi non sembrano essere stati colti dal MARINI che, contro il chiaro tenore dell’art. 107 c.p., afferma la necessarietà, per le dichiarazioni di “abitualità” e di “professionalità”, di una previa condanna definitiva. Vedi *amplius* G. MARINI, voce *Abitualità*, p. 5 ss..

<sup>(113)</sup> «L’abitualità criminosa trae origine da quella legge biologica per cui un atto, a mano a mano che si ripete, richiede minore sforzo ad essere compiuto, diventando così più facile ad eseguirsi ed anche più celere nello svolgimento»: F. ANTOLISEI, *Elementi*, cit., p. 221.

L’“abitualità” nei delitti poteva essere “presunta” (art. 102 c.p.) o ritenuta dal giudice (art. 103 c.p.). In realtà, anche prima dell’abrogazione di ogni forma di pericolosità sociale “presunta” per le misure di sicurezza personali, rimaneva comunque molto difficile considerare “presunta” la qualifica di “abitualità”. In primo luogo, vi era una forte discrezionalità giudiziale che atteneva (ed attiene ancora) alla individuazione della “medesima indole” in relazione alla commissione dei quattro delitti non colposi. Discrezionalità annullata soltanto nel caso di violazione della medesima disposizione di legge.

In secondo luogo, si discuteva (e si discute ancora) se la locuzione temporale “non contestualmente” riferita alla commissione dei primi tre delitti non colposi ricomprendesse, oltre all’istituto del concorso formale di reati, anche la figura del reato continuato e quella del reato complesso: vedi, ad esempio, per l’inclusione di tali figure G. BETTIOL, *Diritto*, cit., p. 537; V. MANZINI, *Trattato*, cit., Vol. III, p. 265 ss.; G. MARINI, voce *Abitualità*, cit., p. 6. Vedi, per la soluzione contraria relativamente al reato continuato “non contestuale” (*recte*: nel caso di concorso materiale di reati avvinti da un medesimo disegno criminoso), F. COPPI, voce *Professionalità (diritto penale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, p. 1028 ss..

Infine, la condanna irrevocabile per il quarto delitto non colposo, se pronunciata oltre i cinque anni (ma entro i dieci) dalla commissione dello stesso, comportava l’accertamento discrezionale, e non più presuntivo, della pericolosità sociale *ex* art. 204, comma 1, n. 2), c.p.. Per un’altra ipotesi di “abitualità” dichiarata presuntivamente, in tema di contrabbando, vedi gli artt. 297 t.u.l.d. e 83 legge 17 luglio 1942, n. 907.

Nell’“abitualità” ritenuta dal giudice, invece, il dato normativo non menziona né una tipologia particolare di pena per i delitti colposi commessi, né la sussistenza della medesima indole tra gli stessi, né l’assenza di contestualità ovvero un arco temporale predefinito circa la loro commissione. L’attenzione del legislatore, invero, si accentua tutta sui criteri di valutazione per l’accertamento della qualifica soggettiva. Sebbene sia richiamato soltanto il secondo comma dell’art. 133 c.p., vale a dire i parametri in tema di capacità a delinquere, non è chi non veda come il riferimento dell’art. 104 c.p. alla “specie e gravità dei reati” ed al “tempo entro il quale sono stati commessi” costituisca inequivoco indice che richiama il primo comma dell’art. 133 c.p..

Nell’“abitualità” nelle contravvenzioni, invece, alle tre condanne irrevocabili all’arresto può seguirne una quarta anche soltanto all’ammenda, considerando inoltre che un’eventuale oblazione non dispiega effetto alcuno sulla dichiarazione di “abitualità” nelle contravvenzioni (art. 106, comma 1, c.p.).

In ultimo, si deve comunque rimarcare che, ai fini della dichiarazione di “abitualità” nei delitti, il giudice deve accertare che il colpevole sia dedito al “delitto”, con conseguente omogeneità tra la natura dei reati commessi e quella dei reati oggetto della prognosi giudiziale, mentre ai fini della dichiarazione di “abitualità” nelle contravvenzioni il giudice deve accertare in capo al colpevole una dedizione al “reato”.

FLORIAN, in una «forma mercantile ed economica nel traffico comune»<sup>(114)</sup>; infine quello di *libido* attiene all'indole particolarmente malvagia dell'individuo<sup>(115)</sup>.

---

<sup>(114)</sup> In tal senso, E. FLORIAN, *Trattato*, cit., Vol. II, p. 1037. «Il complesso dei reati deve rivelare una *sistema di vita*»: V. MANZINI, *Trattato*, cit., Vol. III, p. 291 ss.. Secondo il diritto positivo il delinquente professionale è sempre, prima ancora, un delinquente abituale. Salvo che questa sia “presunta”, non risulta però necessaria una previa formale dichiarazione di “abitualità” nei delitti o nelle contravvenzioni.

La “professionalità” non può mai essere “presunta” e la sua dichiarazione è sempre caratterizzata da un doppio giudizio discrezionale: il primo concerne la sussistenza della “medesima indole” tra i delitti commessi (salvi i casi di violazione della medesima disposizione di legge) ovvero la dedizione al reato (artt. 102, 103 e 104 c.p.); il secondo, la configurazione di un vero e proprio “mestiere criminale” (art. 105 c.p.). Se la *ratio* di questa qualifica soggettiva svela in realtà una sorta di “abitualità” di carattere “qualificato”, allora sembra ragionevole concludere circa la necessaria omogeneità tra la natura dei reati precedentemente commessi e quella dell'ultimo illecito penale considerato così da vincolare, in altri termini, la dichiarazione di “abitualità” nei delitti all'ultimo delitto commesso e la dichiarazione di “abitualità” nelle contravvenzioni all'ultima contravvenzione commessa.

Per un'ipotesi di “professionalità” in tema di contrabbando, vedi gli artt. 298 t.u.l.d. e 84 legge 17 luglio 1942, n. 907, ove in maniera affatto peculiare il dato normativo non menziona le condizioni che caratterizzano l’“abitualità”.

<sup>(115)</sup> La “tendenza” esprime, in ultima analisi, un delinquente “clinicamente normale” ma “moralmente anormale”. E si nota sin da subito come nella qualifica soggettiva della “professionalità” vi sia un'accentuazione di ordine economico laddove in quella della “tendenza” si può cogliere un'accentuazione di tipo “fisico”. Quasi a voler ricordare, come archetipi della criminalità atavica del FERRI, il delitto di furto e quello di omicidio.

L'ALTAVILLA nota correttamente come la disposizione normativa di cui all'art. 108 c.p., accanto alla tendenza “sanguinaria”, non prenda in considerazione anche quella “predatoria” e “sessuale”. E, in ordine al contenuto della medesima norma, osserva che, rispetto alla formula codicistica, sembrano potersi delineare altre due categorie di tendente a delinquere: l'una che ha una “specificità criminosa”, perché il delitto deriva da una forza endogena propulsiva, e per la quale con precisione si parla di “tendenza”; l'altra che rivela una particolare “anestesia morale”, per cui può commettersi qualsiasi delitto che rappresenti la soddisfazione di un bisogno, e per la quale si parla di “imbecillità o follia morale”. Giunto a tale ulteriore considerazione, l'ALTAVILLA si interroga sulla compatibilità, scientifica e normativa, tra quest'ultima tipologia di tendente a delinquere e la disciplina codicistica dell'imputabilità posto che, a suo dire, il “pazzo morale” coincide spesso, se non sempre, col “pazzo patologico”. Vedi *amplius* E. ALTAVILLA, *Il delinquente tipo*, cit., p. 5; ID., *La dinamica*, cit., vol. II, p. 509 ss.; ID., *Il delinquente per tendenza*, cit., p. 3 ss..

Non si condivide il rilievo dell'ANTOLISEI secondo cui la differenza tra “abitualità” e “tendenza” può essere ridotta a quella intercorrente tra i concetti di pericolosità “acquisita” e di pericolosità “congenita” e che la validità di una simile argomentazione sarebbe suffragata dalla circostanza per cui ai fini della dichiarazione di “tendenza” è sufficiente la commissione anche di un solo reato (*recte*: delitto). Vedi F. ANTOLISEI, *Elementi*, cit. p. 224 ss.. In realtà, il rilievo colto dall'illustre autore, vale a dire la pluralità di reati commessi come presupposto normativo della dichiarazione di “abitualità” e la sufficienza del singolo delitto commesso come presupposto normativo di quella di “tendenza”, si staglia invero come unica differenza normativa tra le due qualifiche soggettive in esame ma da ciò non è dato logicamente inferire alcuna rigorosa conclusione di ordine psicologico. In effetti, nulla osta a che anche la “tendenza” possa essere “acquisita” e così espressa esteriormente attraverso la commissione del (singolo) delitto. In tal senso si è espressa, meno recentemente, anche la giurisprudenza di legittimità secondo cui la “speciale inclinazione al delitto”, configurata dal dettato dell'art. 108 c.p. come effetto dell'indole particolarmente malvagia dell'individuo, consisterebbe in «una disposizione naturale, determinante forti impulsi delittuosi, contro i quali la deficienza morale dell'agente non consente freni efficaci». Vedi Cass. Pen., S.U., sentenza 15 gennaio 1949, Sica.

A differenza delle figure soggettive sopra tratteggiate, la recidiva rimane allergica ad ogni matrice psicologica <sup>(116)</sup>. La lettura - ora in chiave retributiva ora

---

Rispetto alla qualifica soggettiva della “tendenza”, il BETTIOL sconfessa il suo postulato per cui il “tipo legale criminologico” debba sempre possedere un sostrato naturalistico. Per quanto concerne la “tendenza”, invero, egli sostiene che «si tratta di una formula pratica più che di una realtà naturalistica». Ma, così argomentando, l'autore dovrebbe coerentemente concludere circa l'esclusione di tale qualifica soggettiva dal novero dei “tipi legali criminologici”, ove invece la colloca, e sostenerne la riconduzione in quello dei “tipi legali normativi”. Vedi G. BETTIOL, *Diritto*, cit., p. 540 ss.. Fortemente critici circa l'esistenza di un sostrato naturalistico in riferimento alla “tendenza”, F. ANTOLISEI, *Elementi*, cit., p. 224, S. RICCIO, voce *Tendenza a delinquere*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XVIII, Torino, Utet, 1971, p. 1119 ss..

Si ritiene che la figura del delinquente per tendenza, così come configurata nel codice ROCCO, non riproduca quella del delinquente nato elaborata dal FERRI posto che il primo non sarebbe “costituzionalmente” votato al delitto siccome imputabile. E ciò sarebbe confermato da un ulteriore rilievo: mentre nell'art. 104 del progetto preliminare del codice ROCCO del 1927 la “tendenza” veniva qualificata con l'attributo “istintiva”, nell'art. 115 del progetto definitivo del 1929 e nell'attuale art. 108 c.p. non si prevede per questa alcun specifico attributo. In questo senso: F. ANTOLISEI, *Elementi*, cit., p. 224; G. BETTIOL, *Diritto*, cit., p. 540 ss.; V. MANZINI, *Trattato*, cit., Vol. III, p. 293; G. MARINI, voce *Abitualità*, cit., p. 8 ss.; S. RICCIO, voce *Tendenza*, cit., p. 1121; M. ROMANO-G. GRASSO, *Commentario*, cit., p. 112. Alle considerazioni che precedono può obiettarsi che, in primo luogo, la soppressione dell'attributo “istintivo” non abbia però mutata la sostanza dell'istituto, posto che la peculiarità della qualifica soggettiva in esame va rinvenuta soprattutto nella causa di una simile “tendenza”, vale a dire nell'indole particolarmente malvagia del reo. In secondo luogo, gli autori sopra cennati sembrano essere caduti nel “consueto” equivoco di confondere il determinismo psicologico del delinquente ferriano con l'infermità mentale, come se il primo fattore fosse sicuro indice della seconda. Mentre se è vero che il delinquente ferriano era sempre un “anormale”, non è vero che fosse sempre un infermo mentale. Vedi *amplius* il paragrafo secondo del capitolo che precede.

<sup>(116)</sup> Non appare sufficiente, per attribuire alla recidiva un abito psicologico, sostenere che una tipologia di essa, per la precisione la prima ipotesi di recidiva specifica, consiste nella commissione di due delitti non colposi della “medesima indole”. Invero, e fuori dei casi di presunzione legale assoluta dell'art. 101 c.p. (vale a dire, quando vi è la violazione della medesima disposizione di legge), il duplice criterio della “natura dei fatti” o dei “motivi determinanti” si riferisce sempre e soltanto ai reati commessi i quali devono presentare, nel caso concreto, «caratteri fondamentali comuni».

Il LATAGLIATA, che si è molto dilungato su questo duplice criterio, sottolinea come nella “natura dei fatti” si debbano considerare tutte le circostanze che colorano l'evento *hic et nunc* e che nei “motivi determinanti” debbano essere analizzati anche le finalità cui il soggetto tendeva con la condotta criminosa, così che ad esempio la “causa d'onore” poteva far concludere per la medesima indole di due delitti. Vedi A.R. LATAGLIATA, *Contributo*, cit., p. 139 ss.. Nello stesso senso, con riferimento all'inclusione dell'elemento soggettivo nella formula “natura dei fatti”, anche F. ANTOLISEI, *Rilievi sui reati della stessa indole*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1948, c. 291 ss.. Il MANZINI, con approccio viziato da concettualismo ed in contrasto con la *littera legis* dell'ormai abrogato art. 100 c.p., negava la medesima indole tra delitti e contravvenzioni siccome la «rispettiva diversità essenziale ontologica». Vedi V. MANZINI, *Trattato*, cit., Vol. II, p. 754 ss..

A suffragio della correttezza delle argomentazioni sopra esposte, secondo cui la personalità dell'autore del fatto di reato non può rivestire alcun ruolo da protagonista nella valutazione di cui all'art. 101 c.p., si deve infine osservare che ai fini della dichiarazione di recidiva “reiterata” non risulta necessaria la previa dichiarazione di delinquenza “abituale”, “professionale” o “per tendenza”.

in chiave preventiva - di questa circostanza aggravante dal passato travagliato, costituisce un vero rompicapo normativo<sup>(117)</sup>.

Rivolgono “al passato” la recidiva coloro che ne denotano gli effetti in termini di maggiore colpevolezza del reo, sordo al «monito derivante dalla precedente condanna»<sup>(118)</sup>. Ove, fino alla novella apportata nel 1990, non si

---

<sup>(117)</sup> Nonostante le numerose dispute *in subiecta materia*, la recidiva è configurata – e la *littera legis* dell’art. 70, comma 2, c.p. è inequivocabile – come circostanza aggravante di natura soggettiva. Inoltre, il novellato art. 69 c.p. ricomprende ora nel giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee anche la recidiva.

Altre conferme si rinvengono sul versante processuale e penitenziario. L’art. 519, comma 1, c.p.p. impone al presidente del collegio di informare l’imputato circa la possibilità di richiedere un termine per la sua difesa nel caso di nuova contestazione che non abbia ad oggetto la recidiva. Poiché le ipotesi di nuove contestazioni sono quattro – ed ineriscono alla sussistenza di un fatto “diverso” (art. 516 c.p.p.), di un fatto di reato concorrente o di una circostanza aggravante (art. 517 c.p.p.), ovvero di un fatto “nuovo” (art. 518 c.p.p.) – risulta agevole concludere che la recidiva non può che essere ricompresa sotto il dettato dell’art. 517 c.p.p. e, in particolare, tra le circostanze aggravanti.

Non sembra confutare quanto sopra l’art. 4 c.p.p. dettato in materia di criteri quantitativi per la determinazione della competenza per materia. Ad una prima lettura, la precisazione normativa per cui, ai fini del calcolo *de quo*, non si deve tener conto della recidiva e delle circostanze aggravanti, ad eccezione di quelle c.d. autonome ovvero ad effetto speciale, potrebbe condurre alla conclusione circa la natura diversa da quella circostanziale della recidiva. Tuttavia, tale separazione sembra giustificarsi alla stregua del rilievo secondo cui la recidiva costituisce una circostanza aggravante per così dire “peculiarissima” poiché, a seconda dei casi, può assumere tanto la veste di circostanza ad effetto comune (art. 99, comma 1, c.p.: anche se in tal caso l’aumento è di un terzo e non anche fino ad un terzo) quanto quella di circostanza ad effetto speciale (art. 99, commi 2, 3, 4 e 5, c.p.). Con il riferimento esplicito alla “recidiva” nell’art. 4 c.p.p., il legislatore ha dunque inteso sottrarre dal calcolo *de quo* tutte le ipotesi di recidiva, comprese quelle in cui tale circostanza si profila come ad effetto speciale. Ipotesi che, nel caso la recidiva non fosse stata menzionata esplicitamente, vi sarebbero naturalmente rientrate.

Infine, in tema di detenzione domiciliare, l’art. 47 *ter*, comma 1, o.p. prescrive esplicitamente, tra i requisiti oggettivi richiesti per beneficiare della misura alternativa alla detenzione, di non essere stato condannato “con l’aggravante” di cui all’art. 99 c.p..

Nonostante i rilievi di cui sopra, continuano a ritenere la recidiva una mera qualifica soggettiva, da collocare all’interno dell’art. 133 c.p., e non anche circostanza aggravante: G. BETTIOL, *Diritto*, cit., p. 528 ss.; A. SANTORO, voce *Circostanze del reato. Diritto penale comune*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. III, Torino, Utet, 1959, p. 266.

Nella giurisprudenza di legittimità, costante nel sostenere la natura circostanziale della recidiva, stona il concettualismo di una pronuncia meno recente delle Sezioni Unite per cui la recidiva non potrebbe essere considerata come circostanza aggravante atteso che, in caso contrario, la sua contestazione farebbe sempre scattare la procedibilità d’ufficio per il delitto di truffa. Vedi Cass. Pen., S.U., sentenza 31 gennaio 1987, Paolini. Per una critica calzante a questa pronuncia, vedi *amplius* E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, Padova, Cedam, 1997, p. 106 ss..

<sup>(118)</sup> In tal senso, A.R. LATAGLIATA, *Contributo*, cit., p. 242 ss.. Sono orientati verso la sponda retributivistica, molte volte condizionati dal pre-concetto dell’idea della pena (esclusivamente intesa) come castigo: B. PETROCELLI, *La pericolosità*, cit., p. 179 ss. in nota; G. BETTIOL, *Diritto*, cit., p. 527 ss.; R. DELL’ANDRO, *La recidiva nella teoria della norma penale*, Palermo, Priulla, 1950, p. 141 ss.; S. RICCIO, voce *Recidiva*, cit., p. 1052 ss.; V. MANZINI, *Trattato*,



comprende bene in cosa consistesse questo *quid pluris* della colpevolezza dell'agente, posto che le circostanze aggravanti gli venivano imputate oggettivamente<sup>(119)</sup>.

---

cit., Vol. II, p. 744 ss.; M. ROMANO-G. GRASSO, *Commentario*, cit., p. 85 ss.; E.M. AMBROSETTI, *Recidiva*, cit., p. 49 ss..

Questa chiave “moderna” della lettura retributiva della recidiva si discosta non poco da quella “tradizionale” del CARRARA. La premessa da cui muoveva il maestro di Pisa risentiva della sua elaborazione in tema di “giusta” proporzione della pena al delitto: come nella formula newtoniana, la “forza morale oggettiva” della pena (*recte*: il ripristino della coscienza della sovranità del diritto) doveva essere uguale e contraria alla “forza morale oggettiva del delitto” (*recte*: l'allarme sociale diffuso tra i consociati). Così, la *ratio* della recidiva doveva rinvenirsi esclusivamente nella insufficienza, in un determinato individuo, della “forza morale oggettiva” della pena. Questa sorta di “insensibilità” alla pena - oltretutto fuori luogo nei casi di recidiva “finta” - sembra costituire piuttosto l'*escamotage* che consentiva al CARRARA di ribadire che «il giudice competente della *malvagità dell'atto*, non può guardare alla *malvagità dell'uomo*, senza trascendere oltre i suoi confini». Vedi F. CARRARA, *Programma*, cit., § 694 ss. e § 736 ss.. Che questa tesi fosse il frutto del forzato tentativo di disancorare il diritto penale da qualsiasi considerazione estranea al momento del fatto di reato, lo si evince dalla critica che il CARMIGNANI muoveva alla tesi dell'allievo. Ed invero, delle due l'una: o la pena già possiede la “giusta” efficacia deterrente ovvero non la possiede. Nel primo caso, la recidiva sarebbe il frutto di un errato calcolo del reo circa l'aspettativa dell'impunità; nel secondo, la pena sarebbe insufficiente di per sé sola e non anche “a causa” della recidiva. Vedi *amplius* G. CARMIGNANI, *Teoria*, cit., Vol. III, p. 227 ss..

<sup>(119)</sup> Non possono dunque accogliersi le argomentazioni, seppur autorevoli, avanzate dal DELL'ANDRO, dal LATAGLIATA e dal BETTIOL. Secondo il primo, la recidiva consiste «in una particolare condizione psicologica (d'inclinazione al reato) che è il substrato naturalistico sul quale l'ordinamento giuridico fonda la qualifica subiettiva di reità determinando così un'autonoma categoria soggettiva avente la funzione di *presupposto individuatore* d'un determinato settore umano al quale indirizzare un imperativo concreto di tipico contenuto subiettivo: imperativo ipotizzante la presa di posizione futura contro i beni tutelati quale estrinsecazione d'una tipica forma di colpevolezza, la colpevolezza d'inclinazione al reato». Per il LATAGLIATA, al contrario, «la condanna precedente con il suo contenuto di ammonizione incide sul disvalore della nuova azione criminosa del colpevole e gli dà una fisionomia particolare, lo arricchisce di una nota caratteristica che si traduce in un indice di maggiore malvagità». Infine, il BETTIOL, coerente con la sua concezione della colpevolezza “per la condotta di vita”, afferma che con la recidiva «l'idea della retribuzione non è infranta, ma estesa oltre la sfera dell'influenza della singola azione delittuosa. Si può dire che mentre chi ruba per la prima volta viene punito *perché ha rubato*, in caso di recidiva viene punito *perché ladro*». Vedi R. DELL'ANDRO, *La recidiva*, cit., p. 140; A.R. LATAGLIATA, *Contributo*, cit., p. 111; G. BETTIOL, *Diritto*, cit., p. 527 ss..

Considerando che questi autori scrivono prima della riforma del 1990, nelle loro argomentazioni dal contenuto affatto nebuloso non si comprende bene, in caso di recidiva, quale sia l'elemento della colpevolezza destinato ad aumentare. Invero, se il dolo ha ad oggetto il fatto di reato, la previa condanna irrevocabile - salvo questa assurga a presupposto giuridico della condotta (ma, allora, essa rileverà come elemento “essenziale” e non anche “circostanziale”: ad esempio, art. 707 c.p.) - non rientra nel suo fuoco. Né, avallando la concezione tripartita del reato, può sostenersi che un tale aumento, all'interno della categoria “omnicomprensiva” della colpevolezza, concerni la categoria dell'imputabilità. Questo perché nell'impianto codicistico l'imputabilità può essere esclusa ovvero scemata ma mai “aumentata”. In altri termini, si può essere “imputabili” o “semi-imputabili” ma mai “più che imputabili”. Si deve comunque osservare, a titolo di mera completezza, come una simile chiave di lettura di stampo retributivo, incentrata sull'aumento della colpevolezza, ha un illustre precedente. Anche il ROSSI, infatti,

Attualmente, però, a suffragio di una simile chiave di lettura militano comunque due importanti considerazioni: *in primis*, la riconduzione di tutte le circostanze aggravanti nell’alveo del principio di colpevolezza, avvenuta con la riforma del 1990; *in secundis*, la determinazione del tetto massimo di aumento della pena per il recidivo, tarata sul cumulo materiale delle precedenti condanne subite<sup>(120)</sup>, prevista per la prima volta con la riforma del 1974.

In maniera speculare, rivolgono “al futuro” la recidiva coloro che, estraniandola dal contesto del fatto di reato, ne denotano gli effetti in termini di maggiore pericolosità del reo<sup>(121)</sup>. E confortano una simile conclusione alcune disposizioni normative assolutamente convincenti.

Il primo comma dell’art. 106 c.p. impone di considerare, agli effetti della dichiarazione di recidiva, anche l’accertamento irrevocabile della commissione di un fatto di reato per il quale sia intervenuta una causa estintiva che non travolga contemporaneamente gli effetti di natura penale dell’illecito commesso. Inoltre, la novella del 2005 ha quantitativamente ridimensionato il presupposto normativo della qualifica di “recidiva”, vale a dire la previa condanna irrevocabile per la commissione di un qualsiasi fatto di reato, restringendolo alla previa condanna irrevocabile per la commissione di un “delitto non colposo”. Una simile operazione di “ortopedia” normativa non sembra appartenere all’ottica retributiva ma, al contrario, appare ragionevole affermare che una selezione tra le diverse tipologie di reato postuli “a monte” considerazioni di stampo “difensivo” in relazione agli

---

ricollegava l’aggravio dovuto alla recidiva all’aumento della “colpabilità” dell’agente come effetto della sua “grande perversità morale”: P. ROSSI, *Traité*, cit., p. 379 ss..

<sup>(120)</sup> La disposizione di cui all’art. 99, comma 6, c.p. deve essere sistematicamente coordinata con quella di cui all’art. 80 c.p. che quale *prius* logico e normativo, rinvia alla disciplina dettata in materia di concorso materiale di reati al fine della predeterminazione dei tetti massimi delle pene, principali ed accessorie, in concreto irrogabili.

<sup>(121)</sup> Vedi, per tutti, F. ANTOLISEI, *Elementi*, cit., p. 221.

A titolo di anticipazione delle considerazioni che seguiranno nel testo, non sembra conferente l’assunto, destinato a suffragare la finalità preventiva della recidiva, per cui dall’impianto originario del codice ROCCO - ove tale circostanza aggravante, salvi i casi di recidiva “facoltativa” espressamente previsti dall’art. 100 c.p., era ad applicazione obbligatoria – si sia passati, con la novella del 1974, ad un regime di “tendenziale” facoltatività per l’applicazione della recidiva ed all’inserimento della stessa tra le circostanze aggravanti soggette al giudizio di bilanciamento di cui all’art. 69 c.p.. Nell’impianto codicistico, invero, esistono circostanze aggravanti ad applicazione facoltativa di natura schiettamente retributiva come, ad esempio, quelle dettate in materia di concorso di persone nel reato (artt. 114 e 117, comma 2, c.p.).

autori degli illeciti penali ritenuti “più gravi”<sup>(122)</sup>. Infine, un ultimo rilievo che, condiviso armonicamente con le altre qualifiche soggettive analizzate, sembra rivelare l’anima di prevenzione della recidiva: la previsione di numerosissime ipotesi normative in cui tale qualifica soggettiva si atteggia a requisito negativo per l’applicazione di alcune norme penali c.d. di favore<sup>(123)</sup>.

---

<sup>(122)</sup> Risulta imperdonabile il difetto di coordinamento sistematico tra la nuova disciplina della recidiva, limitata alla commissione di *delitti* non colposi, e la disciplina dell’oblazione “facoltativa” che, al terzo comma dell’art. 162 *bis* c.p., prevede ancora la presenza della dichiarazione di recidiva “reiterata” quale requisito negativo per la concessione di una causa estintiva del reato destinata esclusivamente ai *contravventori*.

<sup>(123)</sup> A titolo di sintesi, si può tentare un quadro generale di disciplina afferente, salvo contro-indicazioni normative, a tutte le figure soggettive di c.d. pericolosità sociale qualificata. Sia sufficiente pensare agli effetti “negativi” da queste dispiegati in tema di: riconoscimento delle sentenze penali straniere (art. 12, comma 1, n. 1, c.p.); irrogazione della pena accessoria dell’interdizione perpetua dai pubblici uffici (ad eccezione della recidiva: art. 29, comma 2, c.p.); concessione della circostanza attenuante dell’«aver agito per suggestione di una folla in tumulto» (ad eccezione della recidiva: art. 62, comma 1, n. 3, c.p.); giudizio di bilanciamento tra circostanze di natura eterogenea (limitatamente alla recidiva: art. 69, comma 4, c.p.); aumento di pena in caso di concorso formale di reati ovvero di reato continuato (art. 81, comma 4, c.p.); ricovero, in caso di sopravvenuta infermità psichica prima o durante l’esecuzione della pena restrittiva della libertà personale, in un manicomio comune (ad eccezione della recidiva: art. 148, comma 1, c.p.); concessione dell’amnistia (art. 151, comma 5, c.p.); determinazione del tempo necessario per la prescrizione del reato (limitatamente alla recidiva: art. 157, comma 2, c.p.); determinazione del tetto massimo, in caso di interruzione, del tempo necessario per la prescrizione del reato (art. 161, comma 2, c.p.); concessione dell’oblazione “facoltativa” (ad eccezione della recidiva e della tendenza a delinquere: art. 162 *bis*, comma 3, c.p.); concessione della sospensione condizionale della pena (ad eccezione della recidiva e della tendenza a delinquere: art. 164, comma 2, n. 1, c.p.); concessione del perdono giudiziale per i minori degli anni diciotto (ad eccezione della recidiva e della tendenza a delinquere: art. 169, comma 3, c.p.); estinzione della pena della reclusione e della multa per decorso del tempo (art. 172, comma 7, c.p.); estinzione della pena dell’arresto e dell’ammenda per decorso del tempo (art. 173, comma 1, c.p.); di concessione dell’indulto (art. 174, comma 3, c.p.); di concessione della liberazione condizionale (limitatamente alla recidiva: art. 176, comma 2, c.p.); di concessione della riabilitazione (art. 179, commi 2 e 3, c.p.); irrogazione della misura di sicurezza dell’assegnazione a una colonia agricola o ad una casa di lavoro (ad eccezione della recidiva: artt. 215, comma 4; 216, comma 1, n. 1 e 2; 217 c.p.); irrogazione della misura di sicurezza del riformatorio giudiziario (ad eccezione della recidiva: art. 226, comma 1, c.p.); di irrogazione della misura di sicurezza della libertà vigilata (ad eccezione della recidiva e della tendenza a delinquere: art. 230, comma 1, n. 3, c.p.); irrogazione della misura di sicurezza della cauzione di buona condotta nella contravvenzione di esercizio di giuochi d’azzardo (art. 718, comma 2, c.p.); concessione del c.d. “patteggiamento” (art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p.); sospensione dell’esecuzione della pena detentiva al fine di richiedere una misura alternativa alla detenzione (limitatamente alla recidiva: art. 656, comma 9, c.p.p.); iscrizione per estratto delle relative dichiarazioni giudiziali nel certificato del casellario giudiziale (ad eccezione della recidiva: art. 3, comma 1, lett. b, decreto presidenziale 14 novembre 2002, n. 313); irrogazione, nei confronti del militare in servizio alle armi o in congedo, della pena accessoria della degradazione (ad eccezione della recidiva: art. 33, comma 2, c.p.m.p.); concessione della liberazione nei confronti del militare in servizio alle armi o in congedo (limitatamente alla recidiva: art. 71, comma 1, c.p.m.p.); rilascio delle autorizzazioni di polizia (ad eccezione della recidiva: art. 11, comma 1, n. 2, t.u.l.p.s.); sanzioni irrogabili da parte del giudice di pace (ad eccezione: art. 52, comma 3, g.d.p.); concessione dei permessi premio (limitatamente alla recidiva: art. 30 *quater* o.p.); concessione della detenzione

Le brevi considerazioni che precedono mostrano come le indicazioni offerte dal dato positivo, lungi dal contribuire alla chiarezza dell'analisi dogmatica dell'istituto della recidiva, tendano piuttosto a “confondere” e disorientare l'interprete. Rimanendo nell'ambito delle circostanze del reato, se si dovesse comunque operare una sorta di “giudizio di comparazione”, allora sembrano maggiormente consistenti, dal punto di vista dogmatico, le considerazioni circa la finalità preventiva della qualifica di “recidiva”. Tuttavia, risulta doveroso precisare che una simile conclusione non può pretendere minimamente di assurgere a completezza in ordine allo studio di un istituto “rinomato” per le questioni dogmatiche dalla complessa definizione<sup>(124)</sup>.

Con questi ultimi rilievi può dirsi ormai conclusa l'indagine che questo capitolo si prefiggeva. Dagli albori del positivismo fino alla codificazione del 1930,

---

domiciliare (art. 47 *ter*, commi 0.1 e 1.1, o.p.); concessione del regime di semilibertà (limitatametne alla recidiva: art. 50 *bis* o.p.); nuova concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale, della detenzione domiciliare ovvero del regime di semilibertà (art. 58 *quater*, comma 7 *bis*, o.p.).

<sup>(124)</sup> A titolo di esempio, ed a prescindere dalla chiave di lettura retributiva o preventiva, appare insanabile il contrasto tra la disciplina della recidiva ed il principio del *ne bis in idem*. In effetti, quello che sembra rilevare non è tanto se l'aumento di pena sia rivolto “al passato” ovvero “al futuro”, bensì che la pena sia comunque aumentata *a causa* della precedente commissione di un delitto non colposo, di cui si tiene indebitamente conto una seconda volta ai fini dell'irrogazione della pena per il nuovo delitto non colposo commesso. In altri termini, quello che sembra rilevare, in relazione alla duplice valutazione giudiziale del medesimo dato, non è tanto il *perché* la pena viene aumentata ma *se* questa viene aumentata. Questo problema si acuisce in tema di recidive “speciali”. Ai sensi degli artt. 296 t.u.l.d. e 82 legge 17 luglio 1942, n. 907, disposizioni dal contenuto speculare, in caso di commissione di un fatto di contrabbando doganale e successivamente di un fatto di contrabbando di sali e tabacchi, o viceversa, troverebbero applicazione entrambe le recidive “speciali”. Oltretutto, mentre l'art. 296 t.u.l.d. esclude l'applicazione dell'art. 99 c.p., l'art. 82 legge 17 luglio 1942, n. 907, rischiando un *ter in idem*, conclude che «in ogni caso la recidiva nel contrabbando è regolata dal codice penale». Per il problema del *bis in idem* in relazione ai rapporti tra capacità a delinquere e recidiva, vedi *amplius* nota n. 93.

Altro problema di grave coordinamento sistematico, non presente nella disciplina del codice ZANARDELLI ove la recidiva era stabilita per ipotesi tassative di fatti di reato elencati dall'art. 82, concerne il rapporto tra la recidiva “generica” (art. 99, comma 1, c.p.) e quella “specificata” (art. 99, comma 2, c.p.). Secondo il principio di specialità in astratto, soltanto laddove la recidiva “specificata” non possa trovare applicazione potrebbe disporsi l'aumento di pena secondo la disciplina della recidiva “generica” che, non a caso, consacra il principio della “perpetuità” della recidiva. Ma, analizzando attentamente le ultime due ipotesi di recidiva “specificata”, vale a dire quella “infraquinquennale” e quella “vera o finta”, si coglie immediatamente come non vi sia alcuno spazio residuale per applicare la disciplina della recidiva “generica”. Invero, nei primi cinque anni decorrenti dalla precedente condanna irrevocabile, si applica sempre la disciplina della recidiva “specificata infraquinquennale”; mentre durante o dopo l'esecuzione della pena ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della stessa, si applica sempre la disciplina della recidiva “specificata vera o finta”. Dall'analisi della *littera legis* non si comprende, dunque, quando si possa applicare la disciplina della recidiva “generica”.

il concetto di “pericolosità sociale” è stato analizzato e scomposto nei suoi più intimi frammenti normativi. Le considerazioni svolte forniscono *in subiecta materia* quella maturità che consente di sciogliere la riserva circa un interrogativo dogmatico che costituirà l’oggetto privilegiato del capitolo che segue. Se, in altri termini, il concetto di “pericolosità sociale”, oltre a definire un preciso istituto giuridico che trova compiuta disciplina nell’art. 203 c.p., costituisca prima ancora, ed a livello di politica criminale, una meta-norma su cui edificare quello che può essere definito come un “sistema penale integrato”.

## **CAPITOLO QUARTO: DEL CONCETTO DI SISTEMA PENALE INTEGRATO E DELLA SUA APPLICAZIONE NEL DIRITTO POSITIVO**

SOMMARIO. — 1. LA NORMA PENALE “REALE” COME PRODOTTO DELL’INTERPRETAZIONE SISTEMATICA. DEFINIZIONE E DELIMITAZIONE DEL CONCETTO DI “SISTEMA PENALE INTEGRATO”. ANALISI DI TALE CONCETTO SECONDO LE CLASSIFICAZIONI ACCADEMICHE OVVERO SECONDO LE CLASSIFICAZIONI PER “TIPI LEGALI CRIMINOLOGICI”. LA DUPLICE FUNZIONE META-NORMATIVA DEL CONCETTO DI “PERICOLOSITÀ” ALL’INTERNO DEL SISTEMA PENALE INTEGRATO: REQUISITO POSITIVO PER L’IRROGAZIONE DI MISURE O DI SANZIONI; REQUISITO NEGATIVO PER L’APPLICAZIONE DI ALCUNE NORME PENALI C.D. DI FAVORE. L’INDIVIDUAZIONE DEGLI ARCHETIPI DEI “TIPI LEGALI CRIMINOLOGICI” DEL SISTEMA PENALE INTEGRATO: IL TIPO “SOSPETTO” ED IL TIPO “STRANIERO”. — 2. IL TIPO “SOSPETTO”. LA RICOSTRUZIONE DELLE FATTISPECIE “SINTOMATICHE” ATTRAVERSO CANONI SOCIOLOGICI OVVERO *LATO SENSU* POLITICI. IN PARTICOLARE: IL CONCETTO DI “INDIZIO” E DI “ATTI PREPARATORI”. LE TIPOLOGIE DI MISURE DI PREVENZIONE PERSONALE E REALE. DALLA TUTELA PENALE “IN BIANCO” DELLE PRESCRIZIONI IMPOSTE CON LE MISURE DI PREVENZIONE ALLE CIRCOSTANZE AGGRAVANTI “D’AUTORE”. IN PARTICOLARE: LA DEFORMAZIONE DELLO STRUMENTO CAUTELARE. LE APORIE DI RILIEVO COSTITUZIONALE IN TEMA DI DELITTI ASSOCIATIVI. LA NUOVA SERIAZIONE DELLA POPOLAZIONE CARCERARIA ATTRAVERSO I REGIMI DETENTIVI “SPECIALI”. — 3. IL TIPO “STRANIERO”. I TRE “PILASTRI NORMATIVI” DEL TESTO UNICO DELL’IMMIGRAZIONE: L’ARBITRIO DELL’AUTORITÀ DI PUBBLICA SICUREZZA; LE PRESUNZIONI “AMMINISTRATIVE” DI COLPEVOLEZZA; LA DISCRIMINAZIONE TRA STRANIERO “COMUNITARIO” E STRANIERO “EXTRA-COMUNITARIO”. IL VISTO D’INGRESSO ED IL PERMESSO DI SOGGIORNO COME PROVVEDIMENTI AMMINISTRATIVI LE CUI VICENDE NORMATIVE LEGITTIMANO L’INTERO ARSENALE DI MISURE E SANZIONI PREDISPOSTE PER IL TIPO “STRANIERO”. IN PARTICOLARE: IL RESPINGIMENTO ALLA FRONTIERA. LE VARIE TIPOLOGIE DI ESPULSIONE AMMINISTRATIVA O GIUDIZIALE. LA CONTRAVVENZIONE DI IMMIGRAZIONE CLANDESTINA E LE RELATIVE DISPOSIZIONI PROCEDIMENTALI.

*“Il problema più drammatico dell’esperienza penalistica contemporanea è quello di impostare e regolare i rapporti tra il principio della difesa sociale e il principio di legalità”*

Pietro Nuvolone

**1. — LA NORMA PENALE “REALE” COME PRODOTTO DELL’INTERPRETAZIONE SISTEMATICA. DEFINIZIONE E DELIMITAZIONE DEL CONCETTO DI “SISTEMA PENALE INTEGRATO”. ANALISI DI TALE CONCETTO SECONDO LE CLASSIFICAZIONI ACCADEMICHE OVVERO SECONDO LE CLASSIFICAZIONI PER “TIPI LEGALI CRIMINOLOGICI”. LA DUPLICE FUNZIONE META-NORMATIVA DEL CONCETTO DI “PERICOLOSITÀ” ALL’INTERNO DEL SISTEMA PENALE INTEGRATO: REQUISITO POSITIVO PER L’IRROGAZIONE DI MISURE O DI SANZIONI; REQUISITO NEGATIVO PER L’APPLICAZIONE DI ALCUNE NORME PENALI C.D. DI FAVORE. L’INDIVIDUAZIONE DEGLI ARCHETIPI DEI “TIPI LEGALI CRIMINOLOGICI” DEL SISTEMA PENALE INTEGRATO: IL TIPO “SOSPETTO” ED IL TIPO “STRANIERO”.**

La norma penale “reale”, insegna il GALLO, è quella proposizione giuridica «che esaurisce il significato che ad una determinata condotta umana è attribuito in quel settore dell’ordinamento definito penale e criminale» e «consta di segmenti che delineano la fattispecie condizionante e le conseguenze condizionate e di segmenti che dispongono come deve essere accertata detta fattispecie e come vanno pronunciate (irrogate) ed eseguite le conseguenze sanzionatorie»<sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Così che la scissione tra la dimensione sostanziale e quella processuale del giure penale, in realtà concettualmente coniugate, resisterebbe esclusivamente per un “gusto” accademico. A titolo esemplificativo, il GALLO ricostruisce la norma penale “reale” che si riferisce all’omicidio doloso: «a chiunque si accerta, attraverso l’impiego di determinate forme previste da determinate regole, che abbia cagionato la morte di un uomo deve irrogarsi, attraverso determinate forme previste da determinate regole, la reclusione non inferiore ad anni 21 da eseguirsi attraverso determinate forme previste da determinate regole». Vedi M. GALLO, *Appunti*, cit., vol. I, p. 17 ss. e 56 ss..

Questa geniale intuizione svela tutta la potenzialità “creatrice”<sup>(2)</sup> dell’interpretazione sistematica<sup>(3)</sup>. E fornisce al contempo il prezioso strumento

---

Ad onor del vero, più che di *norma* penale “reale”, dovrebbe parlarsi in questo caso di *disposizione* penale “reale”. Ciò perché, come acutamente sottolineava il CRISAFULLI, tra “disposizione” e “norma” intercorre la medesima differenza che separa il “segno” dal suo “significato”: «per disposizione, dunque, non si intende la norma (comunque e da chiunque) formulata, quanto, più propriamente, la formula istituzionalmente rivolta a porre e a rivelare la norma». La *norma* penale “reale” del GALLO, a ben vedere, altro non è che un insieme di *disposizioni* la cui armonica coordinazione consente di ricostruire sistematicamente la disciplina normativa di un dato istituto. Soltanto attraverso una successiva attività ermeneutica potrà ritagliarsi uno schema delle possibili *norme* ricavabili dagli enunciati linguistici oggetto di un tale “sistema” di *disposizioni*. Vedi V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 195 ss..

In realtà, la distinzione tra “disposizione” e “norma” veniva già delineata *in nuce* dal CARNELUTTI che distingueva tra “dichiarazione” e “formula”, nonché dal KELSEN che, nel distinguere la proposizione descrittiva da quella normativa, statuiva in relazione a quest’ultima che la “norma” «è il significato della proposizione, con cui trova espressione il senso dell’atto di volontà». Vedi F. CARNELUTTI, *Teoria*, cit., p. 374 ss. e H. KELSEN, *Allgemeine*, cit., p. 255 ss.; *Id.*, *Reine*, cit., p. 87 ss..

Vedi anche, per i rapporti tra “segno” e “significato”, o nel suo linguaggio tra “forma rappresentativa” ed “idea”, E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, Vol. I, a cura di G. Crifò, Milano, Giuffrè 1990, p. 61 ss. e 111 ss.. Ove per “forma” si intende un «rapporto unitario di elementi sensibili, idoneo a serbare l’impronta di chi l’ha foggato o di chi lo incarna» e la qualifica di funzione rappresentativa «va intesa nel senso che attraverso la forma debba rendersi a noi riconoscibile, facendo appello alla nostra sensibilità e intelligenza, un *altro spirito* diverso dal nostro e tuttavia intimamente affine al nostro».

Per concludere sul punto, appare utile soffermarsi sull’argomentazione del CRISAFULLI secondo cui, e l’esempio paradigmatico sarebbe offerto dalla “norma” consuetudinaria, esisterebbero “norme” senza “disposizione” (ove, naturalmente, quest’ultimo concetto viene inteso come sinonimo di “fonte scritta di produzione”). Nell’ipotesi di “norma” consuetudinaria, invero, la successiva “disposizione” eventualmente formulata costituirebbe soltanto una mera fonte cognitiva di una “norma” già esistente. Ma non è chi non veda come la “disposizione”, nell’accezione accolta dal CRISAFULLI, esista anche per la “norma” consuetudinaria. Ed è, per la precisione, quella fonte scritta di produzione che rende giuridicamente rilevante ogni comportamento caratterizzato da *diuturnitas* ed *opinio iuris ac necessitatis* (artt. 1, 8 e 9 delle c.d. “pre-leggi” e art. 10, comma 1, Cost.). Si potrà, tutt’al più, discutere circa un problema di tassatività in relazione ad una “disposizione” esistente.

<sup>(2)</sup> Nel senso inteso dal GORLA e non anche dal KELSEN: gli evidenti influssi crociani conducono il primo autore a configurare l’interpretazione come attività “storica”. In altri termini, l’interpretazione risulterebbe un atto creativo nella stessa misura in cui l’attività storica si eleva a sviluppo o comprensione di un atto dello spirito (vedi, per l’accezione crociana della storia, la nota n. 78 del secondo capitolo). «L’interpretazione nella sua forma più alta è la riproduzione e il dispiegamento della legge nello spirito dell’interprete, che la rivive per comprenderla: dispiegamento che è comprensione, poiché viene assunto a contenuto di un giudizio sulla stessa legge. Nel momento del dispiegamento della legge nel nostro spirito, la interpretazione si presenta come la stessa attività legislativa. [...]. Uno stesso caldo alito di vita pervade legislazione e interpretazione e le oppone alla fredda operazione sulle forme logiche».

Da qui la distinzione tra un sistema “interno” ed uno “esterno”, rispettivamente oggetto privilegiato dell’attività interpretativa ovvero della scienza del diritto. «L’interpretazione studia cioè pensa il diritto, un dato diritto, come *individuum* storico, dal di dentro; la scienza studia in genere il diritto dal di fuori, come fenomeno, come oggetto posto fuori di essa. L’interpretazione rivive in sè, rifà in sè il processo formativo di quel dato diritto, in sè dispiegandolo; quindi lo pensa storicamente, lo comprende o conosce (interpreta) come *individuum* storico, al di fuori di



ogni schema o concettualizzazione, nella sua piena individualità. La scienza invece studia il diritto, o quel dato diritto positivo, dal di fuori, non pei suoi caratteri individuali, sibbene generalmente, sotto le specie del tipo, generalità o astrazione, che necessariamente toglie a quel determinato diritto i suoi peculiari individuali caratteri». Vedi G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, Giuffrè, 1941, p. 33, 47 e 64 ss..

Un ponte concettuale tra il pensiero del GORLA e quello del KELSEN potrebbe essere rappresentato dalla peculiare posizione del PARESCHE che ricostruisce il giudizio interpretativo alla stregua di un giudizio “valutativo”, teleologicamente finalizzato all'applicazione, e non anche come un giudizio meramente conoscitivo: «ciò consente di porre l'interpretazione come un momento fondamentale, anzi fondante, del diritto, in quanto non esiste che il diritto interpretato ai fini propri del fenomeno giuridico e la dicotomia tra norma da interpretare e norma interpretata non è che l'espedito caratterizzante di questo fenomeno, che permette [...] l'adeguazione dell'astratto fantasma legislativo al fatto concreto. La collocazione sistematica dell'interpretazione diventa, così, il punto centrale dell'autentica ricostruzione del fenomeno giuridico». Vedi E. PARESCHE, voce *Interpretazione (filosofia)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXII, Milano, Giuffrè, 1972, p. 181.

Nella concezione del KELSEN, infine, l'interpretazione assurge al rango di attività di “specificazione” della struttura del suo Stufenbau e, in particolare, delle relazioni tra la norma “superiore” e quella “inferiore” (dalla Costituzione fino alla sentenza che irroga una pena ovvero al singolo atto di esecuzione forzata). Atteso che la relativa indeterminatezza della norma “superiore” può risultare tanto da un atto “volontario” (ad esempio, nelle ipotesi di predisposizione di una norma “generale”) quanto da un atto “involontario” (ad esempio, nelle ipotesi di ricorso a termini polisensu ovvero di sussistenza di antinomie normative), la “discesa” piramidale – che conduce dallo “statico” al “dinamico” - contribuirà a delineare il contenuto dell'atto di applicazione del diritto di livello “inferiore”. Spalancando le porte all'*arbitrium iudicis*: «l'interpretazione dell'organo che applica il diritto è sempre autentica. Essa crea diritto. Veramente si parla di interpretazione autentica soltanto quando questa interpretazione assume la forma di una legge o di un trattato internazionale ed ha carattere generale, cioè crea diritto non soltanto per un caso concreto, ma per tutti i casi analoghi; quando cioè l'atto definito come interpretazione autentica rappresenta la produzione di una norma generale. Ma l'interpretazione da parte di un organo che applica il diritto è autentica (cioè produce diritto) anche quando essa produce diritto soltanto per un caso concreto, cioè quando l'organo produce soltanto una norma individuale o esegue una sanzione». Con l'inevitabile svalutazione dell'interpretazione dottrinarie (*recte*: la scienza del diritto), siccome sprovvista del fondamentale momento applicativo, che risulta degradata a mero momento conoscitivo (*recte*: non creativo) dello schema di possibilità applicative offerto dalla “disposizione” da interpretare. Vedi H. KELSEN, *Reine*, cit., p. 381 ss.. È curioso notare come, nonostante le premesse dottrinali speculari, anche il realismo scandinavo consideri l'attività giurisdizionale come “creatrice di diritto”. Naturalmente, ciò deve essere contestualizzato nella peculiare concezione del diritto soggettivo non quale potere, oggettivamente esistente, di avanzare una pretesa tutelata dall'ordinamento giuridico bensì quale mero “sentimento” di un simile potere associato ad una determinata situazione fattuale. In questa sfera di “ideologia giuridica”, la sentenza, al pari di ogni altra norma giuridica, diverrebbe un vero e proprio “imperativo indipendente” posto che «indirettamente essa fornisce un modello di comportamento sia per le parti che per il giudice. Tale modello è contenuto nell'idea dell'azione che il cosiddetto titolare del diritto soggettivo è autorizzato a compiere o ad esigere dagli altri». K. OLIVECRONA, *Law*, cit. p. 90 ss..

(3) Definita autorevolmente dal PARESCHE come «l'elaborazione del complesso della legislazione e delle sue implicazioni in un dato momento mercé l'applicazione di principi coordinatori, rappresentanti i valori medi in esso dominanti»: vedi E. PARESCHE, voce *Interpretazione*, cit., p. 227.

Naturalmente, anche l'interpretazione sistematica, come ogni forma di attività interpretativa, non si sottrae alla dialettica, di carattere misto oggettivo-soggettivo, che già il BETTI definiva quale “antinomia” propria di ogni processo ermeneutico. Secondo l'insegnamento del giurista di Camerino, invero, «dall'un canto si pone all'interprete un'esigenza di oggettività, in

concettuale attraverso cui tentare di tracciare i confini di quello che potrebbe definirsi come un “sistema penale integrato”<sup>(4)</sup>. Il procedimento ermeneutico è il medesimo ma avviene “su larga scala”. Fattispecie condizionante e conseguenze condizionate rimangono, indiscussi, i punti focali kelseniani dell’intera costruzione normativa ma nella loro orbita iniziano a gravitare disposizioni che, secondo un tradizionale ermetismo accademico, sono da considerare come “estrane” alla materia penale.

---

quanto la riproduzione, il ripensamento, deve essere il più possibile aderente e fedele al valore espressivo o sintomatico della forma rappresentativa, che si tratta d’intendere; un’esigenza, pertanto, di subordinazione. Ma d’altronde tale esigenza d’oggettività non è attuabile se non attraverso la soggettività dell’interprete, mercè la sua capacità di risalire ad un grado di consapevolezza che ad esso si adegui. Vale a dire: l’interprete è chiamato a ricostruire, e riprodurre, l’altrui pensiero dal di dentro come qualcosa che diventa proprio; ma, sebbene divenuto proprio, deve in pari tempo porsi di contro siccome un che di oggettivo e di altro. Sono fra loro in antinomia, dall’un lato, la soggettività inseparabile dalla spontaneità dell’intendere; dall’altro, l’oggettività, per così dire, l’alterità, del senso che si tratta di ricavare. Da questa autonomia scaturisce tutta la dialettica del processo interpretativo, e su di essa può costruirsi una teoria generale della interpretazione, che, riflettendo criticamente su quel processo, assume di render conto de’ suoi fini e de’ suoi metodi. Essa va sotto il nome di «teoria ermeneutica». Vedi E. BETTI, *Di una teoria generale dell’interpretazione*, in *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 61; ID., *Teoria*, cit., p. 258 ss. (ove la comunicazione tra lo spirito “oggettivizzato” e quello “pensante” che lo interpreta viene collocata nella peculiare dimensione della “comune umanità”).

Ancora più interessante è il profilo che attiene, nell’attività interpretativa, a quella che il BETTI definiva come “sociologia ermeneutica”. Tra l’autore ed il suo processo “genetico”, da una parte, e l’interprete ed il suo processo “ermeneutico”, dall’altra, vige una sorta di “legge di reciprocità” per cui ogni “opera” del primo risulta fisiologicamente condizionata alla cerchia di destinatari ai quali è destinata. Vedi E. BETTI, *Teoria*, cit., p. 265 ss. e, per una disamina dei canoni “oggettivi” (*recte*: attinenti all’oggetto da interpretare) e “soggettivi” (*recte*: attinenti al soggetto interpretante) da osservare al fine di garantire l’esito epistemologico della interpretazione, p. 304 ss.. Ancora una volta, tuttavia, la forma embrionale di questo pensiero può essere rinvenuta, a ben vedere, nelle argomentazioni proposte dal CARNELUTTI in ordine ai rapporti tra i concetti di “dichiarazione” e di “interpretazione”. «Dal punto di vista pratico s’intende subito come occorra la perfetta combinazione dei due atti affinché il pensiero giunga felicemente a destino. Dichiarante e interprete hanno da essere due perfetti giocatori così che ciascuno dei due conosca e sappia applicare le regole del giuoco. Quello che occorre è l’unità di metodo tra l’uno e l’altro; hanno da fare, se pure in senso inverso, la medesima strada». Vedi F. CARNELUTTI, *Teoria*, cit., p. 374 ss..

<sup>(4)</sup> A tal proposito, il ROXIN evidenzia alcuni pericoli insiti nel *Systemdenken*. In particolare, l’interpretazione sistematica condurrebbe alla “Vernachlässigung der Einzelfallgerechtigkeit” e, stante la semplificazione della costruzione giuridica, una inopportuna “Reduzierung von Problemlösungsmöglichkeiten”. Senza contare che le molteplici e diverse conclusioni, tutte legittimamente promananti dalla medesima premessa normativa, fanno sì che «die kriminalpolitische Untauglichkeit der Ergebnisse ist dann vorgezeichnet». Infine, il ricorso frequente a concetti astratti condurrebbero inevitabilmente il sistema a perdere “den Kontakt mit der Wirklichkeit”. Vedi *amplius* C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 161 ss..

Naturalmente, risulta doveroso precisare che l’accezione di “sistema penale integrato” qui accolta ed analizzata non è quella di matrice listziana che, (con)fondendo scienze dell’“essere” e scienze del “dover essere”, sfociava nell’omnicomprensiva Gesamte Strafrechtswissenschaft.

In altri termini, il fatto di reato e le eterogenee conseguenze giuridiche ad esso correlate sembrano costituire il centro di riferimento di un mosaico normativo più ampio del diritto penale, sostanziale e processuale. E questo perché, una volta introdotta una fattispecie incriminatrice, prima ancora che “accertare” e “punire”, esistono disposizioni che si occupano di “prevenire” il fatto di reato in essa descritto ovvero che, una volta divenuto irrevocabile il provvedimento di condanna, di “eseguire” le eterogenee conseguenze giuridiche ad esso correlate.

Tra il “fatto” e la “norma” si interpone dunque l’interpretazione (sistematica): così nasce e si sviluppa il concetto di “sistema penale integrato”. Come può agevolmente comprendersi, un “sistema” costruito *su* di un “ordinamento giuridico” positivamente dato riproduce un’elaborazione molto lontana dalla dottrina pura kelsensiana ove questi due concetti, al contrario, concettualmente coincidevano.

In riferimento alla fattispecie condizionante, il sistema penale integrato è composto di quattro discipline accademiche: il diritto di polizia, il diritto penale, il diritto processuale penale ed il diritto penitenziario. Il primo luglio del 1931 il regime politico le traduce normativamente in altrettanti *corpi* legislativi: testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, codice penale, codice di procedura penale, regolamento degli istituti di prevenzione e pena. In riferimento alle conseguenze condizionate, invece, il sistema penale integrato si chiude con un variegato arsenale di misure e di sanzioni.

In tale sistema, la centralità logica e cronologica appartiene alla disciplina penale il cui compito è quello di prevedere *forme* e *regole* per attribuire determinate conseguenze giuridiche a seguito della commissione di una particolare condotta umana. La (eventuale) disciplina di polizia ha il compito di prevedere *forme* e *regole* per prevenire la commissione di tale condotta, anticipando in tal modo l’applicazione della disciplina penale. La disciplina processuale penale ha il compito di prevedere *forme* e *regole* tanto per accertare in capo ad un determinato soggetto la commissione della condotta penalmente rilevante quanto per irrogare nei suoi confronti le relative conseguenze giuridiche. Infine, la disciplina

penitenziaria ha il compito di prevedere *forme e regole* per eseguire le conseguenze giuridiche così irrogate.

I complessi ingranaggi di questa imponente macchina devono muoversi con perfetta sincronia. L'approccio analitico fino ad ora condiviso, di carattere squisitamente oggettivo, sembra però relegare dogmaticamente nell'ombra – come di consueto avviene in ossequio agli insegnamenti della Scuola Classica - la forte componente soggettiva che queste quattro discipline esprimono.

Privilegiando una diversa ottica di indagine, è consentito dunque analizzare il concetto di “sistema penale integrato” suddividendolo, secondo il linguaggio del BETTIOL, per “tipi legali criminologici”<sup>(5)</sup>. E questo per dimostrare che, se dal punto di vista meta-normativo il “fatto di reato” costituisce il tronco delle materie del sistema penale integrato, la “pericolosità” del suo autore ne costituisce in un certo modo la linfa<sup>(6)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> Sebbene le considerazioni svolte dal BETTIOL attenessero esclusivamente alla struttura delle varie figure di c.d. pericolosità sociale qualificata, il “tipo legale criminologico” può assurgere a fortunata formula di sintesi convenzionalmente valida per ogni settore della pericolosità soggettiva. Vedi *amplius* G. BETTIOL, *Diritto*, cit., p. 527 ss. e nota n. 104.

<sup>(6)</sup> Nelle considerazioni di cui al testo, si è intenzionalmente ommesso qualsiasi attributo al concetto di “pericolosità” proprio al fine di evitare la confusione tra un concetto meta-normativo di “pericolosità” e quello di marca squisitamente positiva. Ma con questa affermazione non si intende proseguire e completare il rigoroso pensiero del GRISPIGNI ed affermare una sorta di centralità, anche meta-normativa, del concetto di “pericolosità sociale” rilevante *ex art.* 203 c.p. (vedi *amplius* nota nn. 33 e 34 del secondo capitolo). E ciò per due ordini di ragioni.

La prima è che la considerazione di cui al testo intende limitarsi a sottolineare, più modestamente, l'indubbia influenza che un concetto meta-normativo di “pericolosità” esercita su numerosi ed eterogenei istituti giuridici appartenenti alle varie branche che compongono il sistema penale integrato.

La seconda è che deferire automaticamente i risultati raggiunti in sede di definizione del concetto di “pericolosità sociale” rilevante *ex art.* 203 c.p. anche agli altri tasselli normativi di cui è composto il sistema penale integrato significherebbe non soltanto violare apertamente l'*incipit* di questa norma (“agli effetti della legge penale...”: per la sua interpretazione, vedi nota n. 86 del terzo capitolo) ma, prima ancora, abbandonarsi ad una metodologia concettualistica alla stregua della quale affermare l'esistenza normativa di un solo concetto di “pericolosità” - appunto quella “sociale” che trova compiuta disciplina nel codice ROCCO - nonché l'applicazione di tale concetto, di volta in volta, nel diritto di polizia, in quello processuale penale ovvero in quello penitenziario. Al contrario, la correttezza metodologica impone di muovere dalla preliminare analisi critica delle singole disposizioni che, nelle varie materie che compongono il sistema penale integrato, richiamano un concetto normativo di “pericolosità” e, solo al termine di una simile indagine, di argomentare con relativa sicurezza, avvalendosi degli elementi così rinvenuti, circa l'“assonanza” tra gli analizzati concetti normativi di “pericolosità” e quello di “pericolosità sociale” di cui all'art. 203 c.p.. Un simile sforzo, se del caso, consentirà di estrapolare una concezione normativa unitaria di “pericolosità”, comune alle varie sfere giuridiche in questione, ovvero condurrà alla conclusione circa l'esistenza di tanti concetti normativi di “pericolosità” quanti il legislatore ha deciso di elaborare all'interno di ogni singola materia del sistema penale integrato.

Previa estrapolazione normativa del “tipo” da analizzare, sarà compito dell’indagine che segue illustrare di questo i tratti salienti della disciplina di polizia, di quella penale e processuale penale nonché di quella penitenziaria. E la rivelazione delle intricate trame normative che attraggono reciprocamente le varie materie, porterà a configurare veri e propri microsistemi di pericolosità soggettiva ove il *filis rouge* sarà costituito proprio dall’intima relazione che avvince ogni “tipo”, unitamente al disvalore che esprime, al suo peculiare microsistema.

Inoltre, stante la predisposizione, nei confronti di ciascun “tipo”, di una complessa disciplina che, spesso in modo non cristallino, offre un arsenale complesso ed inscindibile sia di misure che di sanzioni, gioverà all’analisi che segue osservare l’ordinata ed affidabile partizione che deriva dal binomio “pericolosità *ante delictum* e pericolosità *post delictum*”(7).

Trasversale a questo paradigma, non deve dimenticarsi la bivalenza teleologica del concetto di “pericolosità” che, come un Giano bifronte, tende ad operare nel sistema penale integrato secondo due metodologie speculari, assolvendo ora ad una funzione negativa ed ora ad una positiva. Con la prima, la

---

(7) Se, in ossequio ai postulati della Scuola Classica, si intende relegare il concetto di “pericolosità soggettiva” esclusivamente nell’ambito delle “misure”, allora il previo accertamento della commissione di un fatto di reato scemerà a mero criterio cronologico utile esclusivamente alla distinzione tra *misure* di prevenzione o *ante delictum* e *misure* di sicurezza o *post delictum*. Vedi *amplius*, per questa impostazione, la nota n. 60 del terzo capitolo.

Fermo restando che, in relazione alle misure di sicurezza e nelle ipotesi di c.d. quasi-reato, sarebbe più corretto parlare di pericolosità *post factum* e non anche di pericolosità *post delictum*, un simile ordine di idee non può comunque accogliersi. Che il concetto di “pericolosità soggettiva” richiami sempre una *finalità* preventiva, costituisce un’ovvietà. Ma, muovendo dalla dicotomia “misura-sanzione” in precedenza illustrata (vedi *amplius* nota n. 56 del primo capitolo), la differenza tra il concetto di “pericolosità *ante delictum*” e quello di “pericolosità *post delictum*” sembra risiedere proprio nella differente natura della risposta che l’ordinamento giuridico appronta prima o dopo l’accertamento della commissione di un fatto di reato. Nel primo caso, si avrà una *misura* amministrativa; nel secondo una *sanzione* penale o amministrativa. Affermare che una sanzione, penale o amministrativa, non possa avere finalità preventiva, significa non soltanto peccare di concettualismo ma altresì confondere il concetto di “sanzione” con quello della “finalità” della stessa (vedi *amplius* nota n. 83 del terzo capitolo).

Da ciò discende, con rigorosa coerenza, che devono essere qualificate come “sanzioni”, nonostante il *nomen iuris*, non soltanto le “misure” di sicurezza (vedi il quinto paragrafo del terzo capitolo), bensì anche le c.d. “misure” di prevenzione *post delictum* e le “misure” alternative alla detenzione. Le penultime, come le misure di sicurezza, altro non essendo che sanzioni amministrative a finalità preventiva (tipico l’esempio del ricovero in un manicomio “civile” ai sensi dell’art. 222, comma 1, c.p.); le ultime, altro non essendo che il succedaneo *in executivis* della sanzione penale già irrogata ma non totalmente eseguita (analogamente a quanto accade, *mutatis mutandis*, in sede di cognizione per le sanzioni sostitutive della pena detentiva breve ovvero della pena pecuniaria).

pericolosità si atteggia a requisito negativo per la concessione di alcune norme penali c.d. di favore<sup>(8)</sup>. Con la seconda, al contrario, la stessa si atteggia a requisito positivo per l'irrogazione di misure ovvero di sanzioni<sup>(9)</sup>.

Giunti alla conclusione delle doverose premesse in tema di metodologia dell'analisi del concetto di "sistema penale integrato", risulta doveroso tentare di rinvenire, nel diritto positivo, un riscontro che suffraghi quanto sopra premesso. Al fine di collaudare la consistenza dogmatica dei "tipi legali criminologici", l'analisi che segue isolerà dal contesto normativo gli archetipi più noti di soggetti considerati, per le più svariate ragioni, come "pericolosi"<sup>(10)</sup>. Atteso che una tale "fonte del pericolo" può radicare le proprie radici all'interno ovvero all'esterno del territorio statale, sarà presa in considerazione separatamente la disciplina del tipo "sospetto" e quella del tipo "straniero"<sup>(11)</sup>. L'estrapolazione normativa di

---

<sup>(8)</sup> Sia sufficiente ricordare, con riserva di meglio approfondirle nel prosieguo del capitolo in relazione alla disciplina normativa dei singoli "tipi", le disposizioni elencate, in tema di c.d. pericolosità sociale qualificata, nella nota n. 123.

<sup>(9)</sup> Come si vedrà *amplius* nell'analisi della disciplina normativa dei singoli "tipi".

<sup>(10)</sup> Si vuole dunque, secondo la Sonderfallthese dell'ALEXY, rinvenire una possibile "giustificazione razionale" delle proposizioni normative di un discorso giuridico (*recte*: del giudizio giuridico) su questi "tipi". Seguendo la matrice "procedurale" della sua teoria dell'argomentazione giuridica – la quale si atteggia a traduzione in ambito normativo della Diskurstheorie dell'HABERMAS – si dovrà in particolar modo esaltare, tra i vincoli che astringono la libertà di discussione e che fondano la c.d. giustificazione esterna di tali proposizioni normative, quello della "legge" e quello della "dogmatica" (intesa invero dall'ALEXY in un'accezione così ampia da coincidere con quella, più corretta in questo caso, di "metodo giuridico", su cui vedi *amplius* la nota n. 12 del secondo capitolo). Vedi R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, trad. it. di C.M. Mazzoni e V. Varano, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 182 ss. e, per i lineamenti di una teoria della dogmatica (linguaggio della dogmatica, impiego degli enunciati della dogmatica, giustificazione degli enunciati della dogmatica e funzione della dogmatica), p. 198 ss., nonché, per le sei funzioni svolte dalla dogmatica ("stabilizzante", "di progresso", "di sgravio", "tecnica", "di controllo di coerenza" ed "euristica"), p. 210 ss..

<sup>(11)</sup> Naturalmente, si tratta di "etichette" di puro gusto convenzionale. Per quanto concerne altri due "tipi" tradizionalmente considerati come "pericolosi", ossia il minore e l'infermo mentale, risulta doverosa una precisazione circa la loro estromissione dalla costruzione del sistema penale integrato. Invero, la riconduzione della loro "pericolosità" a due precisi concetti, quelli di "immaturità" e di "psico-patologia", non sembrano collimare dogmaticamente con l'accezione di "pericolosità" così come intesa in questa indagine. In effetti, da un punto di vista meta-normativo, la "pericolosità" espressa da questi "tipi" richiama sempre provvedimenti connotati da una finalità prevalentemente rieducativa ovvero terapeutica (*recte*: di prevenzione speciale positiva). E sia sufficiente, al riguardo, una breve rassegna dei principali istituti in materia di misure di prevenzione adottate nei confronti del tipo "infermo mentale" e del tipo "minore".

Per le persone affette da infermità mentale, era previsto il ricovero coatto «quando siano pericolose a sé o agli altri e riescano di pubblico scandalo e non siano e non possano essere convenientemente custodite e curate fuorché nei manicomi» (art. 1 legge 14 febbraio 1904, n. 36)

questi “tipi” avrà il pregio di illustrarne i tratti essenziali coniugando, attraverso il disvalore soggettivo da questi espresso, le varie disposizioni “accademicamente” riconducibili sotto le materie del diritto di polizia, del diritto penale, del diritto processuale penale ed infine del diritto penitenziario.

---

ovvero il ricovero coatto “speciale” in una Casa di salute per disintossicazione da sostanze stupefacenti (art. 157 t.u.l.s., poi riprodotto nell’art. 21 legge 22 ottobre 1954, n. 1041). Attualmente, gli artt. 1 ss. della legge BASAGLIA (riprodotti negli artt. 33-35 legge 23 dicembre 1978, n. 833) prevedono il t.s.o. nei confronti di infermi mentali a seguito di provvedimento del sindaco corroborato da un duplice parere motivato di un medico (una sorta di doppio grado di giurisdizione “medica”: il primo parere nella qualità di “proposta” del provvedimento; il secondo nella qualità di “convalida” del primo). Si deve notare però che, mentre nella previgente normativa il ricovero coatto veniva sempre autorizzato dall’autorità giudiziaria, con la legge BASAGLIA si assiste ad un preoccupante vuoto di garanzie posto che la convalida del giudice tutelare è richiesta soltanto nelle ipotesi più gravi di t.s.o., vale a dire in quelle ove è predisposta la degenza ospedaliera. Nelle ipotesi “*extra murarie*” di t.s.o., tuttavia, non si comprende come la coercizione, fisica e morale, esercitata sull’infermo mentale possa sfuggire alla riserva di giurisdizionalità sancita dall’art. 13 Cost. e trovare adeguata copertura sotto l’art. 32 Cost..

Per quanto concerne i minorenni, è previsto, per coloro che abbiano dato «manifeste prove di irregolarità della condotta o del carattere», l’affidamento al servizio sociale minorile ovvero il collocamento in una casa di rieducazione o in un istituto medico-psico-pedagogico (art. 25 regio decreto legge 20 luglio 1934, n. 1404) nonché la misura cautelare personale, dal forte sapore paternalistico, delle “prescrizioni” (art. 20 l.m.). Si deve considerare, comunque, che i primi due provvedimenti citati rivestono natura poliedrica perché possono assumere, a seconda dei casi, la veste di misura cautelare personale, di misura di sicurezza ovvero di sanzione amministrativa (art. 26, commi 1 e 2, regio decreto legge 20 luglio 1934, n. 1404). Mentre, per quanto concerne le “prescrizioni”, risulta evidente la loro totale carenza di “strumentalità” al procedimento penale, svelando invero l’intima natura di misura di prevenzione delle stesse (vedi, per alcune considerazioni sulle misure “pseudo” cautelari, il prosieguo del testo).

**2. — IL TIPO “SOSPETTO”. LA RICOSTRUZIONE DELLE FATTISPECIE**

**“SINTOMATICHE” ATTRAVERSO CANONI SOCIOLOGICI OVVERO *LATO SENSU* POLITICI. IN PARTICOLARE: IL CONCETTO DI “INDIZIO” E DI “ATTI PREPARATORI”. LE TIPOLOGIE DI MISURE DI PREVENZIONE PERSONALE E REALE. DALLA TUTELA PENALE “IN BIANCO” DELLE PRESCRIZIONI IMPOSTE CON LE MISURE DI PREVENZIONE ALLE CIRCOSTANZE AGGRAVANTI “D’AUTORE”. IN PARTICOLARE: LA DEFORMAZIONE DELLO STRUMENTO CAUTELARE. LE APORIE DI RILIEVO COSTITUZIONALE IN TEMA DI DELITTI ASSOCIATIVI. LA NUOVA SERIAZIONE DELLA POPOLAZIONE CARCERARIA ATTRAVERSO I REGIMI DETENTIVI “SPECIALI”.**

Il “tipo sospetto” costituisce l’archetipo del pericolo proveniente “dall’interno”. Nel chimerico tentativo di attribuire normativamente a questo soggetto un “volto”, affatto mutevole come i valori politici dominanti, il legislatore ha sovente dato sfoggio di una pessima tecnica legislativa, puntualmente mortificata dagli arresti della Corte Costituzionale, ed ha evidenziato il difetto di un preciso disegno normativo, comprovato dall’alluvione legislativa che si è abbattuta su questo microsistema.

La forzata stratificazione delle novelle succedutesi ha evidenziato da parte del legislatore una “caccia” paranoica che senza sosta ha battuto piste di matrice squisitamente sociologica e di matrice *lato sensu* politica<sup>(12)</sup>.

---

<sup>(12)</sup> Con la formula “*lato sensu* politica” si vuole fare convenzionale riferimento a tutta quella gamma di forme di devianza criminale solitamente ricomprese nel concetto “omnicomprensivo” di ordine pubblico (sul quale vedi *amplius* le considerazioni del capitolo conclusivo). La trattazione unitaria seguita nel presente paragrafo, in ordine all’analisi delle fattispecie “sintomatiche” di matrice sociologica ovvero *lato sensu* politica, è in ossequio alla scelta legislativa di sistemare armonicamente, nel c.d. codice antimafia, le varie disposizioni che, nel corso di più di mezzo secolo, si sono succedute in materia di misure di prevenzione e che, in maniera oscura ed invero scoordinata, avevano creato un dedalo normativo quasi inestricabile per l’interprete. Nel decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, risulta compendiato – all’interno di un testo unico che, *in parte qua* e salvi piccolissimi ritocchi legislativi, ha natura meramente riepilogativa – il sistema delle misure di prevenzione, di natura personale e reale, così come è stato modellato nel tempo a partire dagli artt. 157 ss. t.u.l.p.s. fino alle fondamentali tappe normative rappresentate dalla legge TAMBRONI (legge 27 dicembre 1956, n. 1423), dalla prima e dalla seconda legge REALE (legge 31 maggio 1965, n. 575; legge 22 maggio 1975, n. 152), dalla legge ROGNONI-LA TORRE (legge 13 settembre 1982, n. 646) ed infine dalla fondamentale novella apportata dalla legge 3 agosto 1988, n. 327. **Vedi, per una breve panoramica dottrinale su questi riferimenti normativi, L. FERRAJOLI, *Diritto*, cit., p. 820 ss.;**



Sotto il primo profilo, si è assistito ad un maldestro tentativo di abbozzare tre “ritratti” che, nonostante i ripetuti interventi di *maquillage* normativo, sembrano invero ancora molto “sfocati”<sup>(13)</sup>. Per la precisione, l’art. 1 c.a. attualmente si riferisce a:

- «coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi»;
- «coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose»;
- «coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono dediti alla commissione di reati che

---

<sup>(13)</sup> Nonostante sia stata percorsa molta strada dall’originaria elencazione dell’art. 1 legge TAMBRONI. Le originarie cinque fattispecie “sintomatiche” descritte si riferivano a:

- «gli oziosi e i vagabondi abituali, validi al lavoro»;
- «coloro che sono abitualmente e notoriamente dediti a traffici illeciti»;
- «coloro che, per la condotta e il tenore di vita, debba ritenersi che vivano abitualmente, anche in parte, con il provento di delitti o con il favoreggiamento o che, per le manifestazioni cui abbiano dato luogo, diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere»;
- «coloro che, per il loro comportamento, siano ritenuti dediti a favorire o a sfruttare la prostituzione o la tratta delle donne o la corruzione di minori, ad esercitare il contrabbando, ovvero ad esercitare il traffico illecito di sostanze tossiche o stupefacenti o ad agevolarne dolosamente l’uso o a gestire abitualmente bische clandestine, o infine ad esercitare abitualmente scommesse abusive alle corse»;
- «coloro che svolgono abitualmente altre attività contrarie alla morale pubblica o al buon costume».

Con la novella del 1988 scompaiono la prima e l’ultima fattispecie, siccome la loro dogmatica inafferrabilità. Il NUVOLONE ricorda come «la morale pubblica, a seconda dei punti di vista, può comprendere anche tutte le manifestazioni della vita: e, quindi potrebbe essere diffidato dal questore anche l’insidiatore degli altrui talami, lo studente che suol copiare agli esami, colui che abitualmente racconta bugie al caffè». Vedi P. NUVOLONE, *Legalità e prevenzione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1964, p. 201. Fortemente critico verso l’atteggiamento conservatorio della giurisprudenza costituzionale, incline a riconoscere il pericolo per la morale pubblica come profilo speciale del più ampio pericolo per la sanità o la sicurezza richiamati dall’art. 16 Cost., A. BARBERA, *Sulla legittimità costituzionale di misure di prevenzione nei confronti di persone pericolose per la «pubblica moralità»*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1969, p. 327 ss.. Ma viene rivisitata profondamente la struttura delle tre fattispecie superstiti la cui fisionomia finale è quella che risulta ora nell’elenco predisposto dall’art. 1 c.a.. In particolare, con la novella richiamata si è provveduto ad ancorare a due precisi capisaldi normativi la prognosi di appartenenza del soggetto ad una di tali fattispecie “sintomatiche”. Richiedendo, come metro del giudizio, “elementi di fatto” prima assenti dalla previsione legislativa ed attribuendo rilevanza penale allo “stile di vita” dei soggetti appartenenti a tali fattispecie (sia sufficiente ricordare come una tale rilevanza non fosse punto richiesta nell’ipotesi degli oziosi e vagabondi abituali nonché di coloro abitualmente e notoriamente dediti a traffici *illeciti*).

offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica».

Ma è sotto il secondo profilo che la schizofrenia emergenziale del legislatore ha generato fattispecie "sintomatiche" tanto elaborate nelle loro note costitutive quanto evanescenti nel loro contenuto dogmatico. Il pedissequo elenco delle fattispecie "sintomatiche" offerto dall'art. 4 c.a. riposa su due bisettrici fondamentali: lo schema preferito per il tipo "sospetto" di matrice *lato sensu* politica si riduce, di regola<sup>(14)</sup> al concetto di "indizio"<sup>(15)</sup> e ad una peculiare formula, molta "diluita", del tentativo<sup>(16)</sup>.

---

<sup>(14)</sup> Ad onor del vero, sfuggono alla "riduzione" di cui al testo alcune peculiari fattispecie "sintomatiche" fedelmente riprodotte dall'art. 18 della seconda legge REALE e due fattispecie "sintomatiche" di nuovo conio.

Tra le prime si annoverano:

- gli associati di sodalizi disciolti ai sensi della legge SCALBA nei confronti dei quali «debba ritenersi, per il comportamento successivo, che continuino a svolgere una attività analoga a quella precedente»;
- coloro che, fuori dell'ipotesi precedente e di quelle da ricondurre sotto lo schema dell'"anticipazione" del tentativo (vedi nota n. 15), sono stati condannati per un delitto in materia di armi - preveduto dalla legge 2 ottobre 1967, n. 895, ovvero dalla legge 14 ottobre 1974, n. 497 - quando «debba ritenersi, per il loro comportamento successivo, che siano proclivi a commettere un reato della stessa specie col fine» sovversivo ovvero terroristico;
- gli istigatori, i mandanti ed i finanziatori dei vari fatti di reato elencati dall'art. 4 c.a..

Su queste fattispecie "sintomatiche" risultano necessarie due ulteriori considerazioni. In primo luogo, la trascrizione dall'art. 18 della seconda legge REALE è stata fedele a tal punto da includere il richiamo all'art. 8 legge 14 ottobre 1974, n. 497, che disciplinava l'originaria contravvenzione di inosservanza delle prescrizioni dettate in tema di sorveglianza speciale di pubblica sicurezza. La figura criminosa trova ora compiuta disciplina nell'art. 75 c.a. che sostituirà, nella corretta ricostruzione della fattispecie "sintomatica" in esame, la norma sopra richiamata. In secondo luogo, non essendo richiesta alcuna qualifica "indiziaria" in relazione alle fattispecie "sintomatiche" riferite agli "istigatori", ai "mandanti" ed ai "finanziatori", sembra corretto concludere che il reato "scopo", pena la configurazione di un'ipotesi concorsuale, non debba essere stato realizzato neanche a livello di tentativo. L'art. 9, comma 1, l. dep. sancirebbe invero l'*interpretatio abrogans* della fattispecie "sintomatica" in questione. Che trova alcuni punti di contatto con la condotta istigativa (naturalmente, laddove non abbia di per sé penale rilevanza) prevista dall'art. 115, commi 3 e 4, c.p.: invero, se l'istigazione *non accolta* ha ad oggetto la commissione di un fatto di *delitto* elencato dall'art. 4 c.a., dalla condotta istigativa può derivare la contemporanea irrogazione di una misura di prevenzione e di una misura di sicurezza.

Infine, le fattispecie "sintomatiche" di nuovo conio sono destinatarie rispettivamente della misura della confisca ovvero dell'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche. Nella prima sono ricomprese le persone fisiche e giuridiche «segnalate al Comitato per le sanzioni delle Nazioni Unite, o ad altro organismo internazionale competente per disporre il congelamento di fondi o di risorse economiche, quando vi sono fondati elementi per ritenere che i fondi o le risorse possano essere dispersi, occultati o utilizzati per il finanziamento di organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali» (art. 16, comma 1, lett. b, c.a.). Nella seconda sono ricomprese le persone che, non potendo essere ricomprese in alcuna fattispecie "sintomatica", esercitano attività economiche, comprese quelle imprenditoriali, quando «ricorrono sufficienti

L'evanescenza del concetto di "indizio" si presta alla perfezione ad assecondare gli uffici della prevenzione. Qualcosa di più del mero "sospetto" ma qualcosa di meno della "prova": una zona grigia invero difficile da delimitare. Ancora più enigmatico appare il contenuto normativo della formula «atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a...». Una sorta di *minus quam conatum* che evoca dispute dottrinali sorte sotto il vigore del codice ZANARDELLI e che, per l'autonomia della sua struttura, confina con la risposta punitiva (di per sé già anticipata) predisposta con lo schema del delitto di attentato<sup>(17)</sup>.

A prescindere dall'originaria impronta di matrice sociologica ovvero *lato sensu* politica, il tipo "sospetto" va colpito nella persona e negli averi. Da qui la

---

elementi per ritenere che il libero esercizio» di tali attività «agevoli l'attività delle persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una misura di prevenzione, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale» per associazione a delinquere di matrice mafiosa, estorsione, sequestro di persona a scopo di estorsione, usura, riciclaggio ed impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 34, commi 1 e 2, c.a.).

<sup>(15)</sup> Il modello indiziario come idoneo meccanismo per far scattare la tutela preventiva nasce, in tema di appartenenza ad "associazioni mafiose", con l'art. 1 della prima legge REALE. Ma in tal caso si assiste ad una frattura del nesso logico tra prevenzione e repressione. In effetti, tale disposizione "preveniva" qualcosa che, sul piano del penalmente rilevante, ancora non esisteva. Il paradigma dell'associazione di matrice "mafiosa" verrà infatti introdotto nel codice ROCCO, quasi trent'anni dopo, dalla legge ROGNONI-LA TORRE.

Attualmente il modello indiziario delimita un campo dal contenuto soggettivo eterogeneo: gli "indiziati" di appartenere alle associazioni di matrice "mafiosa"; gli "indiziati" di aver commesso uno dei fatti di reato preveduti dall'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p. (tra cui è ricompreso pleonasticamente proprio l'appartenenza ad una simile associazione); gli "indiziati" di aver commesso il fatto di trasferimento fraudolento di valori; infine, gli "indiziati" di avere agevolato «gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza» per cui può essere disposto il provvedimento del D.A.SPO..

<sup>(16)</sup> Questo peculiare modello, invece, rappresenta il pesante lascito dell'art. 18 della seconda legge REALE. Le due fattispecie "sintomatiche" accomunate dalla commissione di «atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a...», privilegiano, la prima, un finalismo di natura terroristica (per il concetto normativo di finalità terroristica, concetto invero dal contenuto omnicomprensivo e "fagocitante" i concetti di "eversione" e "sovversione", vedi le considerazioni circa l'art. 270 *sexies* c.p. svolte nella nota n. 42) mentre, la seconda, un finalismo politico di matrice fascista circoscritto alla ricostituzione "qualificata" - «in particolare con l'esaltazione o la pratica della violenza» - del disciolto partito nazionale, in violazione dei dettami penalmente sanzionati dall'art. 1 legge SCELBA (appositamente ritoccato proprio dall'art. 7 della seconda legge REALE).

<sup>(17)</sup> Come dimostra il rilievo che tali "atti preparatori" possono essere teleologicamente finalizzati anche alla commissione di delitti di attentato (vedi, ad esempio, il richiamo alla "guerra civile" effettuato dall'art. 4, comma 1, lett. d, c.a.). Posto che «l'atto preparatorio consiste in una manifestazione esterna del proposito delittuoso che abbia un carattere strumentale rispetto alla realizzazione, non ancora iniziata, di una figura di reato», la Consulta conclude come la formula dell'"obiettiva rilevanza" richiami «non solo e non tanto il dato, ovvio, della rilevanza esterna dell'atto quanto la sua significatività rispetto al fine delittuoso perseguito dell'agente». Vedi Corte Costituzionale, sentenza 22 dicembre 1980, n. 177.

predisposizione di un arsenale le cui imponenti dimensioni certificano la particolare cura riposta dal legislatore nella sua opera di neutralizzazione. Ma, al riguardo, risulta doverosa una premessa che, *in subiecta materia*, costituisce come un prezioso “faro” capace di indirizzare l’analisi dell’interprete. È bene sottolineare come gli invasivi ingranaggi di questo paradigma preventivo risultino sensibili ad una prognosi di “pericolosità” che si discosta non poco da quella elaborata nel codice ROCCO.

E non soltanto perché il presupposto normativo da cui muove la prognosi in sede “preventiva” consiste nella riconducibilità del soggetto sotto una delle fattispecie “sintomatiche” sopra cennate e non anche nel previo accertamento, in capo al soggetto, della commissione di un fatto di reato ovvero di c.d. quasi-reato. Quanto perché l’estremo finale di tale prognosi è qualitativamente diverso siccome la stessa non risulta *necessariamente* finalizzata ad accertare la commissione di una futura condotta *penalmente* rilevante. La prognosi in sede “preventiva”, invero, si appaga di acclarare in capo al soggetto della sussistenza di una pericolosità “per la sicurezza pubblica”<sup>(18)</sup>. Ove non è chi non veda come, in questo complesso meccanismo preventivo, si assista in ultima analisi ad una doppia prognosi: di appartenenza del soggetto alla fattispecie “sintomatica” e di pericolosità dello stesso “per la sicurezza pubblica”. E la precarietà della prima contribuisce all’arbitrarietà della seconda.

La prognosi di “pericolosità”, infine, lungi dal costituire prerogativa di esclusiva competenza giurisdizionale, risulta “salomonicamente” ripartita tra l’autorità giudiziaria e quella amministrativa (*recte*: il questore).

A giudicare dalle predisposte misure di prevenzione, di natura personale e di natura reale, si può affermare senza remore che in tale sede si è eguagliata la “fantasia” normativa da cui il legislatore ha attinto a piene mani in tema di definizione delle fattispecie “sintomatiche” che ne costituiscono il *prius* logico. E siano sufficienti alcune brevi considerazioni che, seppur sommariamente e senza

---

<sup>(18)</sup> E senza contare che, in tema di “prescrizioni” imposte con l’avviso orale, non si menziona affatto questa seconda prognosi, sostituita da una deprecabile presunzione legale assoluta di pericolosità “per la sicurezza pubblica” vincolata ad una precedente condanna per delitto non colposo (art. 3, comma 4, c.a.)

alcuna pretesa di completezza, possano contribuire a suffragare quanto sopra premesso.

Tra le misure di prevenzione di natura personale si annoverano:

- il foglio di via obbligatorio (art. 2 c.a.);
- l'avviso orale (art. 3, comma 4, c.a.);
- la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, "semplice" ovvero "aggravata"<sup>(19)</sup> dal divieto di soggiorno o dal c.d. "domicilio coatto" (art. 6 c.a.).

---

<sup>(19)</sup> Queste peculiari "circostanze aggravanti" della misura di prevenzione possono definirsi come "generiche" stante l'indeterminatezza dei loro presupposti applicativi. Il divieto di soggiorno, invero, può essere aggiunto «ove le circostanze del caso lo richiedano» mentre l'obbligo di soggiorno laddove le precedenti misure «non sono ritenute idonee alla tutela della sicurezza pubblica».

Non è agevole cogliere, in relazione alla sorveglianza speciale, la natura circostanziale del divieto di soggiorno e del domicilio coatto. Questo perché la *littera legis* - ricalcando fedelmente le disposizioni previste nella legge TAMBRONI - permane al riguardo nella sua normativa ambiguità.

E sia sufficiente porre mente che, ad esempio, l'art. 8, comma 6, c.a. qualifica letteralmente tanto il divieto di soggiorno quanto il c.d. domicilio coatto come autonome "misure". Nello stesso senso, ma limitatamente al c.d. domicilio coatto, proliferano altre disposizioni, dettate in tema di modalità di irrogazione della sorveglianza speciale (art. 6, comma 3, c.a.), di determinazione di alcune "prescrizioni" ad essa inerenti (art. 8, comma 6, c.a.) ed infine di rapporti tra il c.d. domicilio coatto, da una parte, ed il tempo trascorso in custodia cautelare (seguita da condanna irrevocabile) ovvero in espiazione di pena detentiva, dall'altra, nonché di rapporti tra il c.d. domicilio coatto e l'irrogazione di misura di sicurezza detentiva ovvero della libertà vigilata (art. 15 c.a.).

Nondimeno, sembrano assumere valore decisivo, nel senso della natura "circostanziale" tanto del divieto di soggiorno quanto del c.d. domicilio coatto, altre disposizioni dal contenuto affatto convincente. Limitatamente al divieto di soggiorno, l'esplicita subordinazione dello stesso alla previa irrogazione della sorveglianza speciale (art. 6, comma 2, c.a.: «alla sorveglianza speciale può essere aggiunto, [...], il divieto di soggiorno ...») nonché la sua qualificazione alla stregua di autonoma "prescrizione" della sorveglianza medesima (art. 8, comma 5, c.a.: «[...] può imporre tutte quelle prescrizioni che ravvisi necessarie, avuto riguardo alle esigenze di difesa sociale; ed, in particolare, il divieto di soggiorno ...»). Limitatamente al c.d. domicilio coatto, deve menzionarsi la peculiare procedura di comunicazione del decreto presidenziale di autorizzazione all'allontanamento del prevenuto, per motivi familiari o di salute, dal comune in cui si trova ristretto (art. 12, comma 6, c.a.: «del decreto è data altresì notizia all'autorità di pubblica sicurezza che esercita la vigilanza sul soggiornante obbligato, ...»). In relazione ad entrambe le "circostanze aggravanti", invece, appare doveroso ricordare che, nelle more del procedimento di prevenzione, la disciplina delle misure cautelari provoca una scissione tra la sorveglianza speciale ed il divieto di soggiorno o il c.d. domicilio coatto (art. 9 c.a.: «se la proposta riguarda la misura della sorveglianza speciale con l'obbligo o il divieto di soggiorno, [...]. Nel caso in cui sussistano motivi di particolare gravità, può altresì disporre che alla persona denunciata sia imposto, in via provvisoria, l'obbligo o il divieto di soggiorno fino a quando non sia divenuta esecutiva la misura di prevenzione»; art. 11, commi 2 e 4, c.a.: «il provvedimento può essere altresì modificato, anche per l'applicazione del divieto o dell'obbligo di soggiorno, su richiesta dell'autorità proponente, quando ricorrono gravi esigenze di ordine e sicurezza pubblica [...]. Nel caso di modificazione del provvedimento [...] per gravi esigenze di ordine e sicurezza pubblica, [...], il presidente del tribunale può, nella pendenza del procedimento, disporre con decreto l'applicazione provvisoria

La chiave di lettura delle misure di prevenzione di natura personale è scolpita, in maniera efficacemente sintetica, nella suggestiva formula di chiusura, espressa dalla sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, che potenzialmente dilata oltremodo l'afflittività (già di per sé significativa) di tale misura. L'invito legislativo è inequivoco e giunge al termine di una lunga elencazione di "prescrizioni"<sup>(20)</sup> dal forte sapore paternalistico e dalla ricerca "maniacale" del dettaglio: il tribunale, oltre a quelle già descritte, «può imporre tutte quelle prescrizioni che ravvisi necessarie, avuto riguardo alle esigenze di difesa sociale»<sup>(21)</sup>. Nella medesima logica della prevenzione speciale negativa, ma

---

della misura»). Ed infine, non possono omettersi le indicazioni normative offerte dalla tutela penale predisposta in caso di inosservanza delle "prescrizioni" giudizialmente imposte (art. 75, comma 2, c.a.: «se l'inosservanza riguarda gli obblighi e le prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale *con l'obbligo o il divieto di soggiorno, ...*»).

<sup>(20)</sup> Il contenuto di alcune "prescrizioni", poi, risulta di problematica interpretazione. A titolo esemplificativo, la "prescrizione" di «non associarsi abitualmente alle persone che hanno subito condanne e sono sottoposte a misure di prevenzione o di sicurezza», è stata interpretata in maniera affatto rigorosa dalla giurisprudenza di legittimità che, nelle sue pronunce, è solita soffermare la propria analisi sul contenuto dell'avverbio di tempo nonché sulla "funzione" della congiunzione copulativa (trasformata dal Supremo Collegio in disgiuntiva) che vincola la previa condanna irrevocabile alla misura di sicurezza o di prevenzione. «In tema di contravvenzione agli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, la prescrizione di non associarsi abitualmente alle persone che hanno subito condanne o sono sottoposte a misure di prevenzione o di sicurezza non va intesa nel senso letterale che l'espressione ha nella legislazione penale, con il richiamo ai profili di comunanza di vita e di interessi, ma deve essere riferita esclusivamente alla nozione di pericolosità sociale che qualifica la materia delle misure di prevenzione. Ne consegue che, ai fini della configurabilità, della citata contravvenzione, non è richiesta la costante ed assidua relazione interpersonale, ben potendo la reiterata frequentazione essere assunta a sintomo univoco dell'abitudine di tale comportamento, né che si tratti di frequentazione di persone che sono contemporaneamente pregiudicate e sottoposte a misure di prevenzione o di sicurezza, essendo invece sufficiente che le persone frequentate appartengano ad una delle predette categorie di soggetti pericolosi". Vedi Cass. Pen., Sez. I, sentenza 23 aprile 2008 e, nello stesso senso, Cass. Pen., Sez. I, sentenza 1 luglio 2009.

Rasenta invece la contraddittorietà normativa questa pronuncia che, dopo aver correttamente qualificato la violazione degli obblighi *de quibus* come reato abituale, conclude sostenendo che la "abitudine", una volta sedimentatasi, possa costituire la base per un concorso reale. «È configurabile la continuazione tra più violazioni della prescrizione, inerente alla sorveglianza speciale di p.s., di non associarsi abitualmente alle persone che abbiano subito condanna o siano sottoposte a misura di prevenzione o di sicurezza, in quanto, pur non essendo sufficiente un singolo episodio ad integrare il reato, che ha natura di reato abituale, una volta determinatasi l'abitudine della frequentazione, i successivi episodi non sono indifferenti, ma integrano nuovi reati che possono essere unificati a norma dell'art. 81, c.p.». Vedi Cass. Pen., Sez. I, sentenza 19 giugno 2009.

<sup>(21)</sup> Nel contesto della "difesa sociale", l'afflizione recita un ruolo da protagonista. Non soltanto per via dell'apparato "pseudo" cautelare di cui dispone il procedimento di prevenzione, ove i provvedimenti adottati ai sensi degli artt. 9 e 11, comma 4, c.a., lungi dall'assicurare l'effettività del procedimento *de quo*, si risolvono in un'anticipazione dell'afflittività propria della misura irroganda. Ma, soprattutto, ed una volta divenuta "definitiva" l'irrogazione della

sicuramente dal contenuto meno afflittivo, si collocano le misure questorie<sup>(22)</sup> del c.d. “rimpatrio obbligatorio”<sup>(23)</sup> e delle prescrizioni dettate con l’avviso orale<sup>(24)</sup>.

---

sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, per la possibile estensione ai conviventi del prevenuto degli effetti pregiudizievoli propri della misura (*recte*: il divieto di ottenere ovvero la decadenza da numerosi provvedimenti amministrativi di natura ampliativa: art. 67, commi 1 e 2, c.a.). Senza considerare, poi, che questi effetti, ma limitatamente al proposto e soltanto «se sussistono motivi di particolare gravità», possono essere addirittura anticipati dal tribunale con un provvedimento inoppugnabile pronunciato *de plano*.

<sup>(22)</sup> Nonostante l’indagine abbia privilegiato il complesso meccanismo elaborato dal c.d. codice antimafia, si deve ricordare come lo statuto preventivo questorio appaia in realtà molto più ampio ed articolato, ricomprendendo ulteriori misure di prevenzione di natura personale sebbene limitate nei presupposti applicativi e negli effetti dispiegati. A titolo esemplificativo, si può menzionare il previo “ammonimento” in materia di atti persecutori perseguibili a querela della persona offesa (art. 8 decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11) ovvero il provvedimento del D.A.S.P.O., semplice o “aggravato” dall’obbligo di comparizione personale in un ufficio o comando di polizia (art. 6, commi 1 e 2, legge 13 dicembre 1989, n. 401). In relazione a tale ultima misura, non si comprende però come le Sezioni Unite, fondandosi sulla necessità o meno della convalida del provvedimento in esame da parte dell’autorità giudiziaria, riconoscano natura di misura di prevenzione esclusivamente al D.A.S.P.O. “aggravato”, in relazione al quale è richiesta una simile convalida, configurando invece il D.A.S.P.O. “semplice” alla stregua di una vaga, e normativamente apolide, “atipica misura interdittiva”. Vedi Cass. S.U., sentenza 27 ottobre 2004. Invero,

<sup>(23)</sup> La rubrica dell’art. 2 c.a., intitolata “foglio di via obbligatorio”, non deve trarre in inganno l’interprete. Il riferimento all’atto accessorio (*recte*: il foglio di via obbligatoria) rischia in effetti di distogliere l’attenzione dal provvedimento principale. In una sorta di ossequio tralaticio, questo provvedimento ricalca, in versione moderna, lo “schema” del c.d. “rimpatrio obbligatorio” già previsto dall’art. 157, comma 1, t.u.l.p.s. sebbene l’insegnamento della Consulta abbia ridotto l’originaria duplice modalità esecutiva - una di natura “obbligatoria”, attraverso il rilascio del foglio di via obbligatorio, ed una di natura “coercitiva”, attraverso la traduzione del soggetto (*recte*: il suo accompagnamento coattivo) – esclusivamente al primo *modus procedendi*. Vedi, per l’intervento falcidiante della Corte Costituzionale, all’interno di più ampie considerazioni circa il concetto di “prevenzione criminale” ed il suo travagliato rapporto con le disposizioni della Carta Fondamentale, il capitolo conclusivo.

<sup>(24)</sup> In una sorta di vischiosa continuità col passato, l’avviso orale non sembra decidersi tra queste due anime funzionali: la prima, di mera pubblicità notizia; la seconda, di misura di prevenzione.

Nell’impianto originario dell’art. 1 TAMBRONI la “diffida” costituiva una vera e propria misura di prevenzione, riferita a tutte e cinque le fattispecie “sintomatiche” di matrice sociologica e presupposto normativo dell’irrogazione tanto del c.d. “rimpatrio obbligatorio” quanto della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza. L’“ingiunzione” questoria di cambiare condotta dispiegava immediatamente in capo al prevenuto alcuni effetti pregiudizievoli, come il diniego o la revoca di licenze ed autorizzazioni ovvero il diniego, la revoca o la sospensione della patente di guida (artt. 82 e 91 decreto presidenziale 15 giugno 1959, n. 393). Nel caso di inosservanza dell’“ingiunzione” questoria scattavano poi le sanzioni amministrative (a finalità preventiva) del c.d. “rimpatrio obbligatorio” ovvero della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza (*recte*: le altre due misure di prevenzione).

Con la novella del 1988, l’“avviso orale” rileva la “diffida”. Ma la successione normativa stravolge l’istituto: al mero “invito” questorio a cambiare condotta non risulta ricollegato alcun effetto pregiudizievole in capo al soggetto (*recte*: non si configura, dunque, come una misura di prevenzione) e, inoltre, tale avviso diviene il presupposto normativo dell’irrogazione della sola sorveglianza speciale di pubblica sicurezza (art. 4, commi 1-5, legge TAMBRONI).

Attualmente, in relazione all’avviso orale l’art. 3 c.a. ibridamente riproduce, nei primi tre commi, la funzione di mera pubblicità notizia dello stesso e, nel quarto comma, la sua veste di

Spostando invece l'analisi sul versante strettamente patrimoniale, tra le misure di prevenzione di natura reale si annoverano:

- la confisca (art. 24 c.a.);
- l'amministrazione giudiziaria dei beni personali (art. 33, comma 2, c.a.);
- l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche (art. 34 c.a.).

Le misure di prevenzione di natura reale comportano insieme uno svantaggio ed un vantaggio. Il primo: la nuova strategia di colpire il patrimonio e non la persona postula non soltanto l'esistenza ma anche una qualche "consistenza" del primo. In altri termini, una simile tecnica risulterà vincente soltanto nelle ipotesi in cui il "focolaio" delle forme di delinquenza tragga costante alimentazione dalla fonte patrimoniale. Il secondo: colpire il patrimonio significa poter conseguire un risultato affine nell'ottica della prevenzione speciale negativa senza creare, al contempo, gravi squilibri di rilievo costituzionale. Il che, secondo un punto di vista di analisi economica della "prevenzione", significa ottimizzare il risultato prefissato<sup>(25)</sup>.

La disinvoltura del legislatore ha comportato dunque l'introduzione di tre differenti tipologie di sequestro che, in guisa di misura cautelare reale, tutelano l'epilogo della confisca<sup>(26)</sup>. Non è posto alcun limite al "contenuto" del sequestro:

---

misura di prevenzione, ricollegandovi una lunga serie di "prescrizioni" dettate soprattutto in tema di armi e di strumenti di comunicazione. Ed il rilievo per cui l'avviso orale non si configura più come presupposto normativo dell'irrogazione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, sembra comportare un duplice pregiudizio per le garanzie procedurali del proposto: *in primis*, il titolare dell'azione di prevenzione guadagna una sorta di effetto "sorpresa" circa il momento in cui intende esercitare la stessa; *in secundis*, il tribunale, privato del vaglio del previo avviso orale, non dispone più di quel (se pur labile) riferimento normativo attraverso il quale poteva corroborare la valutazione circa la fondatezza dell'azione di prevenzione.

<sup>(25)</sup> Sia sufficiente pensare ai tre capisaldi enunciati dall'art. 18 c.a. in materia di misure di prevenzione di natura reale: la possibilità di applicazione disgiunta alle misure di prevenzione di natura personale; il conseguente difetto di necessarietà, ai fini della loro applicazione, di una prognosi di pericolosità per la "sicurezza pubblica" del proposto (anche se, in realtà, il legislatore si riferisce letteralmente alla "pericolosità sociale" dell'individuo, concetto di matrice codicistica invero sconosciuto alle misure di prevenzione di natura personale); infine, la possibilità di irrogazione *post mortem*, nei confronti degli aventi causa, al fine di evitare il diffondersi nell'eredità del "contagio" del patrimonio "contaminato".

<sup>(26)</sup> La triplice cautela – tramandata dalla prima legge REALE così come modificata dalla legge ROGNONI-LA TORRE – prevede, a fianco al sequestro "ordinario" attivabile anche di ufficio



un singolo bene o l'intero patrimonio, il titolo di legittimazione di questa misura cautelare risiede soltanto nella "sproporzione" tra il valore della *res* e le risorse economiche del detentore ovvero nella presenza di "sufficienti indizi" per ritenere «che gli stessi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego»<sup>(27)</sup>.

In questo meccanismo senza controlli, ove si perde ogni più labile legame pertinenziale tra la *res* ed il disvalore soggettivo della fattispecie "sintomatica", la confisca sembra assumere i connotati di una gratuita quanto afflittiva espropriazione<sup>(28)</sup>.

Se si considera, poi, la possibilità di uno spossessamento temporaneo (*recte*: la possibilità dell'amministrazione giudiziaria) dei propri beni personali<sup>(29)</sup> ovvero

(art. 20 c.a.), un sequestro c.d. "anticipato", vale a dire richiesto unitamente all'esercizio dell'azione di prevenzione «quando vi sia concreto pericolo che i beni [...] vengano dispersi, sottratti od alienati» (art. 22, comma 1, c.a.) ed un sequestro "urgente", nel corso del procedimento di prevenzione e «nei casi di particolare urgenza» (art. 22, comma 2, c.a.).

<sup>(27)</sup> Con importanti risvolti in tema di onere probatorio. Rispetto allo schema della *res* dal valore "sproporzionato", l'unica possibile salvezza da una sicura confisca è quella di riuscire ad esperire la *probatio diabolica* tesa a «giustificare la legittima provenienza» del bene sequestrato. Al contrario, rispetto allo schema della *res* dalla natura "criminale", non si assiste ad alcuna inversione dell'onere probatorio per cui spetterà al pubblico ministero trasformare i "sufficienti indizi" in "prove" della natura "criminale" del bene sequestrato.

<sup>(28)</sup> La cui effettività viene naturalmente tutelata anche contro possibili schemi di interposizione ovvero di disposizione, pur legittima, della *res*. In quest'ultimo caso, si potrà procedere alla confisca per equivalente (art. 25 c.a.), scindendo il vincolo normativo che avvince di consueto la *res* al provvedimento ablatorio, nonché – sulla base di un peculiare provvedimento di natura civile, simile alla "revocatoria", pronunciato dal giudice penale - alla declaratoria di nullità degli atti di disposizione relativi a beni fittiziamente intestati o trasferiti a terzi (art. 26 c.a.). Infine, si deve menzionare la possibilità di revoca dell'assegnazione o della destinazione del bene confiscato, da parte del consiglio direttivo dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, nell'ipotesi in cui lo stesso sia rientrato, anche attraverso lo schema interpositivo, sotto la "signoria" del prevenuto (art. 48, comma 15, c.a.).

Nonostante l'affinità strutturale allo schema della *res* dal valore "sproporzionato", e sebbene possano condividere la medesima disciplina in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati, non deve essere confusa con la confisca *ante delictum* di cui al testo la confisca *post delictum* prevista dall'art. 12 *sexies* decreto legge 8 giugno 1992, n. 306, e definita dalla giurisprudenza di legittimità quale «misura di sicurezza atipica con funzione anche dissuasiva». Vedi Cass. Pen., S.U., sentenza 17 luglio 2001; sentenza 19 gennaio 2004. Ferma la correttezza della qualifica come misura di sicurezza del provvedimento, si deve però specificare che la nota di "atipicità" di cui parla il Supremo Collegio risiede esclusivamente nel difetto di un necessario legame di pertinenzialità tra la *res* ed il precedente delitto commesso, fattore costante invece nello schema "generale" di confisca elaborato dall'art. 240 c.p..

<sup>(29)</sup> Naturalmente, laddove l'amministrazione giudiziaria dei beni personali non sia già stata disposta come "circostanza aggravante" della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza (art. 33, comma 1, c.a. e, per le "circostanze aggravanti" di tale misura, vedi *amplius* nota n. 20). Questo perché l'amministrazione ora in esame può assurgere ad autonoma misura di prevenzione soltanto in presenza di una duplice condizione: «quando ricorrono sufficienti indizi che la libera

economici<sup>(30)</sup> si comprende agevolmente la natura fagocitante dell'intero complesso ablatorio.

Nel difetto di previsione di consistenti garanzie di tipo sostanziale e procedimentale, e nell'allarmante *obbligatorietà* della cauzione a custodia dell'effettività della misura irrogata<sup>(31)</sup>, il livello preoccupante dell'"alta marea" preventiva rischia di sommergere anche il tipo "sospetto" più vigoroso.

---

disponibilità» dei beni personali «agevoli comunque la condotta, il comportamento o l'attività socialmente pericolosa» del proposto; e quando la stessa sia ritenuta «sufficiente ai fini della tutela della collettività». Quest'ultimo requisito, a ben vedere, sembra costituire il "moderno" deferimento, in sede di misure di prevenzione di natura reale, della formula "esigenze di difesa sociale" già analizzata a proposito delle "prescrizioni" imposte in materia di sorveglianza speciale di pubblica sicurezza.

<sup>(30)</sup> E con tanto di misura cautelare reale *ad hoc*: un sequestro dalla natura ibrida, a metà tra quello c.d. "anticipato", affine strutturalmente per quanto concerne il *periculum in mora*, e quello "urgente", siccome il procedimento di prevenzione risulta già instaurato (art. 34, comma 9, c.a.).

In tema di amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche, è possibile raggiungere un picco di afflittività di notevole consistenza laddove, revocata la misura (*recte*: accertato il difetto di "collusione economica" in capo al soggetto), il tribunale è legittimato nondimeno a disporre un vessatorio "controllo giudiziario" circa tutti i principali atti di disposizione economica superiori ad un certo valore economico (art. 34, comma 8, c.a.).

<sup>(31)</sup> L'esegesi dell'art. 31 c.a. svela in realtà un istituto complesso e poliedrico. Atteso il riferimento ad una somma di denaro la cui entità «costituisca un'efficace remora alla violazione delle prescrizioni imposte», la cauzione sembra potersi riferire a tutte le misure di prevenzione di natura personale ed al "controllo giudiziario" a seguito di revoca dell'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche. Ed a differenza della cauzione di buona condotta *ex art.* 237 c.p., sono ammesse in funzione succedanea soltanto garanzie di natura reale. L'unica ipotesi di cauzione "facoltativa" viene ristretta al caso marginale in cui siano imposte al proposto, in funzione di misure "pseudo" cautelari (vedi, per tale formula, le considerazioni svolte nella nota n. 22), alcune "prescrizioni" dettate in tema di sorveglianza speciale di pubblica sicurezza.

Nonostante la *littera legis* qualifichi tanto la cauzione "obbligatoria" quanto quella "facoltativa" come "misure cautelari reali", risulta più corretto qualificare la cauzione "obbligatoria" come misura di prevenzione "accessoria" a quella già irrogata. E questo perché, nell'ipotesi di cauzione "obbligatoria", il procedimento di prevenzione si è già concluso, per cui non si comprende davvero in cosa consisterebbe la natura "cautelare" del provvedimento che, in realtà, mira a tutelare l'effettività non già del procedimento di prevenzione ormai definito bensì degli "effetti" da questo dispiegati (*recte*: le "prescrizioni" giudizialmente imposte). La cauzione "facoltativa", al contrario, può ben essere qualificata come misura "pseudo" cautelare, di natura reale, irrogata a tutela dell'effettività delle "prescrizioni" imposte in funzione di misura "pseudo" cautelare, di natura personale, irrogata a sua volta per anticipare gli effetti pregiudizievoli della misura di prevenzione irroganda.

A ben vedere, l'istituto della cauzione "facoltativa" svela un perverso meccanismo anticipatorio che, proprio di ogni apparato "pseudo" cautelare, in tale istituto risulta invero esacerbato. Sia sufficiente pensare che la disposizione della cauzione "facoltativa" mira a prevenire la violazione delle "prescrizioni" sopra cennate che tendono a loro volta ad anticipare gli effetti pregiudizievoli della misura irroganda destinata infine a prevenire la commissione di un fatto di reato. Come si può agevolmente notare, si è costruito una sorta di meccanismo ove si assiste all'anticipazione (*recte*: la cauzione "facoltativa") dell'anticipazione (*recte*: le "prescrizioni" *de quibus*) dell'anticipazione (*recte*: la misura di prevenzione) del fatto di reato!

Se dall'analisi condotta sul terreno preventivo non possono di certo maturare considerazioni conclusive incoraggianti, la tenuta costituzionale dell'assetto normativo che denota il terreno repressivo del "tipo sospetto" appare di gran lunga più preoccupante. Le numerose "prescrizioni" imposte in sede di prevenzione trovano invero una puntuale tutela penale all'interno di figure criminose costruite secondo la deprecabile tecnica della "norma penale in bianco"<sup>(32)</sup>. Il precetto verrà "riempito", di volta in volta, con le "prescrizioni" concretamente imposte dall'autorità amministrativa ovvero da quella giudiziaria, raggiungendo picchi di assoluta indeterminatezza nella peculiare ipotesi delle ulteriori "prescrizioni" dettate per "esigenze di difesa sociale". Questa palese violazione della riserva assoluta in materia di legge penale mortifica la materia penale che, da *extrema ratio* di tutela, degrada ad una "grispiniana" branca giuridica ulteriormente sanzionatoria di precetti di natura amministrativa.

Senza contare che lo *status* di "prevenuto" incarna normativamente il contenuto di circostanze aggravanti di natura soggettiva specificamente predisposte: si consolidano, ai sensi degli artt. 71-73 c.a., le circostanze aggravanti "d'autore"<sup>(33)</sup>. Ed a queste va aggiunta la "deformazione", nel senso di

---

<sup>(32)</sup> Secondo questo modello è tutelata penalmente l'osservanza delle prescrizioni imposte con l'avviso orale (art. 76, comma 2, c.a.) e con la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza (art. 75 c.a.). Limitatamente a quest'ultima ipotesi, oltretutto, la commissione di un fatto di reato darebbe luogo ad un concorso formale eterogeneo per la contemporanea violazione della prescrizione di "vivere onestamente" ovvero di "rispettare le leggi". La tutela penale custodisce, naturalmente, anche l'effettività del c.d. "rimpatrio obbligatorio" (art. 76, comma 3, c.a.), dell'autorizzazione ad allontanarsi dal c.d. domicilio coatto per motivi familiari o di salute (art. 76, comma 1, c.a.), del deposito cauzionale (art. 76, comma 4, c.a.), dell'amministrazione giudiziaria dei beni personali (art. 76, comma 5, c.a.) e del "controllo giudiziario" (art. 76, comma 6, c.a.).

<sup>(33)</sup> La circostanza aggravante perché «il fatto è commesso da persona sottoposta con provvedimento definitivo ad una misura di prevenzione personale» contempla tre situazioni normative eterogenee collocate in ordine decrescente di "gravità" degli effetti dispiegati. Nella prima ipotesi, afferente ad una lunga elencazione di fatti di reato anche di lieve entità sanzionatoria (sono elencati, ad esempio, alcuni delitti contro la libertà morale), la circostanza aggravante può essere applicata entro i tre anni dalla cessazione dell'esecuzione degli effetti della misura di prevenzione e, tra gli effetti dispiegati, comporta l'aggravamento proprio delle ipotesi di recidiva specifica, l'applicazione di una misura di sicurezza detentiva e, sul versante procedimentale, la procedibilità di ufficio e l'arresto, obbligatorio o facoltativo, anche fuori dei casi di flagranza. Nella seconda ipotesi, afferente ai fatti di reato in materia di armi ed esplosivi, la circostanza aggravante, oltre a beneficiare della medesima estensione temporale sopra cennata circa la propria applicazione, comporta, tra gli effetti dispiegati, l'aggravamento proprio delle ipotesi di recidiva specifica pluriaggravata. Infine, nella terza ipotesi, afferente al fatto di guida di un autoveicolo o di un motoveicolo *sine titulo*, la circostanza aggravante assume la veste di circostanza "autonoma".

anticipazione dell'afflizione della sanzione penale e non anche di tutela dell'effettività del relativo procedimento, degli strumenti pre-cautelari del fermo e dell'arresto: il primo, purché la fattispecie incriminatrice risulti ricompresa nell'alveo dei delitti passibili almeno di arresto facoltativo in flagranza, viene consentito anche al di fuori dei limiti codicistici (*recte*: il pericolo di fuga) rievocando, per certi versi, l'istituto del fermo di polizia<sup>(34)</sup>; il secondo, con riferimento a numerose ipotesi criminose "in bianco", può anche prescindere dallo stato di flagranza<sup>(35)</sup>.

Un trattamento ancor più rigoroso viene poi tradizionalmente destinato ad alcune fattispecie "sintomatiche" di matrice *lato sensu* politica, riconducibili in particolare alla delinquenza mafiosa e terroristica. Racchiuso in un *corpus* di delitti associativi riaffiora, in maniera neanche tanto velata, l'autentico diritto penale "d'autore": in queste figure delittuose, a ben vedere, non si punisce il *fatto* dell'associato bensì, prima ancora, lo *status* di associato<sup>1</sup>.

Rinvenire nell'art. 18 della Carta Fondamentale la legittimazione alla configurazione dei delitti associativi sembra però rivelare un'aporia dogmatica: tale disposizione, in effetti, si limita a sancire il diritto soggettivo di associazione, senza alcuna previa autorizzazione, «per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale». Il significato di una tale formula appare univoco: ciò che è penalmente lecito *uti singulus* non può divenire penalmente illecito *uti universus*<sup>(36)</sup>. Ma da un simile assunto non può logicamente inferirsi, *a contrario*,

---

<sup>(34)</sup> Anche se esulano da tale disciplina pre-cautelare (art. 77 c.a.) le fattispecie "sintomatiche" destinate alle sole misure di prevenzione patrimoniale.

<sup>(35)</sup> Come nelle varie ipotesi di inosservanza delle "prescrizioni" imposte con la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, "aggravata" dal divieto di soggiorno ovvero dal c.d. domicilio coatto (art. 75, comma 3, c.a.), di inosservanza dell'autorizzazione di allontanamento dal c.d. domicilio coatto per motivi familiari o di salute (art. 76, comma 1, c.a.) ed infine di circostanza aggravante "d'autore" (art. 71, comma 2, c.a.).

<sup>1</sup> Nel suo sotto-sistema penale d'eccezione, che sancisce l'invalidità delle prassi giudiziarie e poliziesche ed in ultima analisi l'ineffettività delle garanzie normativamente previste, il FERRAJOLI sostiene che l'"eccezione" diviene «la giustificazione politica della rottura, o se si preferisce del cambiamento, delle regole del gioco che nello stato di diritto disciplinano la funzione penale». E questo diritto penale "speciale", prodotto tipico della Ragion di Stato e causa di una giustizia di matrice politica deformata dalla logica partigiana amico/nemico, Vedi L. Ferrajoli, *Diritto*, cit., p. 844 ss..

<sup>(36)</sup> Il che ha condotto alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 210 t.u.l.p.s. che attribuiva al prefetto il potere di scioglimento delle associazioni che svolgevano «attività contraria agli ordinamenti politici costituiti nello Stato» (Corte Costituzionale, sentenza 12 luglio 1967, n.

che la criminale finalità di una struttura associativa sia di per sé *sufficiente* per attribuire rilevanza penale ad una condotta partecipativa, con conseguente configurazione di una autonoma fattispecie incriminatrice<sup>(37)</sup>. E non soltanto perché, limitatamente a tali ipotesi, il disposto costituzionale non impone la

---

114), degli artt. 211 t.u.l.p.s., 273 e 274 c.p. che sancivano il divieto di associazioni di carattere internazionale senza la previa autorizzazione ministeriale (Corte Costituzionale, sentenza 18 giugno 1985, n. 193) ed infine dell'art. 271 c.p. che sanciva il divieto di associazioni antinazionali (Corte Costituzionale, sentenza 12 luglio 2001, n. 243).

<sup>(37)</sup> Analoga conclusione deve raggiungersi anche in ordine al secondo comma della XII disposizione finale della Costituzione, secondo cui è “vietata” (senza, però, alcuna specificazione circa la natura della relativa sanzione) la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista. Un obbligo costituzionale di tutela penale non può rinvenirsi neanche nel secondo comma dell'art. 18 Cost. ove, a ben vedere, sono “proibiti” *i mezzi* e non anche (almeno direttamente) *i fini* dell'associazione segreta o di carattere militare. Invero, il lessico costituzionale – che accuratamente utilizza il predicato “proibire” e non anche quello “penalmente univoco” di “punire” – non sembra imporre la predisposizione di sanzioni di natura penale per la costituzione o la partecipazione a simili associazioni.

In tema di insussistenza della previsione di obblighi costituzionali di tutela penale, vedi il fondamentale contributo del PULITANÒ. Per l'autore, il sostegno ad una simile previsione in parte deriva, quale effetto paradossale e distorsivo, dallo sviluppo della teoria dei beni giuridici costituzionali, così ben delineata dal BRICOLA, nel momento in cui questi ultimi, nati per assolvere ad una funzione liberale di tipo “delimitativo”, sembrano essersi “capovolti” esercitandone una sociale di tipo “fondante”. «Fondamento necessario, e perciò idea-limite di una tutela penale costituzionalmente legittima, il bene giuridico è ora invocato come fondazione – di per sé sufficiente e vincolante – di un contenuto minimo irrinunciabile di tutela penale». Ma non è chi non veda come un simile ricorso allo strumento penale, volto ad assicurare l'effettività di diritti fondamentali formalmente attribuiti, sia affatto estraneo alle “fisiologiche” prestazioni erogate dallo Stato sociale di diritto. L'autore conclude rilevando come il dettato del quarto comma dell'art. 13 Cost., lungi dal costituire principio generale da cui argomentare a favore dell'esistenza di obblighi costituzionali di tutela penale, si riferisce ad un contesto normativo, quale quello della tutela della persona dalla violenza, storicamente appannaggio della materia penale. Vedi D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1983, p. 484 ss..

Vedi, per il principio di “libertà organizzativa”, A. PACE, sub *art. 18*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1977, p. 213 ss.. L'illustre autore, per ritagliare uno spazio di autonomia dogmatica al concetto di “associazioni segrete”, conclude che quest'ultime debbano perseguire finalità penalmente lecite ma, in armonia con il concetto di “associazioni di carattere militare”, di natura politica. Così, l'art. 18 Cost. verrebbe «a testimoniare l'esistenza di un principio essenziale per l'ordinamento, e cioè il divieto che nello Stato possa esistere un altro Stato [...]. In questo senso, la portata della disposizione sarebbe duplice: non solo vieterebbe l'esistenza di associazioni segrete ma, ricollegandosi ai limiti della sovranità popolare e all'unità della Repubblica, costituirebbe un grave monito per i legittimi governanti a non creare vuoti di potere politico, lasciando quindi crescere, nell'opinione pubblica, l'incertezza sull'efficienza e la sufficienza dell'apparato statale». Vedi, ora, l'art. 1 legge ANSELMINI che, letteralmente, non si riferisce a finalità penalmente illecite ma, più precisamente, ad una «attività diretta ad interferire sull'esercizio delle funzioni di organi costituzionali, di amministrazioni pubbliche, anche ad ordinamento autonomo, di enti pubblici anche economici, nonché di servizi pubblici essenziali di interesse nazionale».

previsione di una sanzione (ed, *a fortiori*, di una sanzione penale)<sup>(38)</sup> ma altresì perché ogni tecnica di criminalizzazione risulta rigidamente subordinata al rispetto di *tutti* i principi costituzionali dettati in materia penale.

In altri termini, nelle fattispecie associative il “fatto” di reato (*recte*: la condotta partecipativa) assume una coloritura penalmente neutra e soltanto la presenza del dolo specifico consente di attrarlo nell’orbita del penalmente rilevante<sup>(39)</sup>. Ma, sebbene la finalità che connota questa peculiare forma di

---

<sup>(38)</sup> A differenza, ad esempio, del quarto comma dell’art. 13 Cost. ove è specificato che «è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà». Disposizione che trova puntuale attuazione nel divieto, penalmente sanzionato, di cui all’art. 608 c.p..

Sembrano rispondere più a preoccupazioni di natura politica-criminale che non a considerazioni squisitamente dogmatiche le argomentazioni del MANZINI che, in tema di associazioni sovversive (ma il contenuto può essere esteso ad ogni sodalizio criminoso), ricordava «come una delle più strane aberrazioni del passato sia stata quella di pretendere che lo Stato assista inerte alla organizzazione nel proprio territorio di forze miranti alla sua distruzione. [...] Pretendere che non si impedisca la preparazione di delitti, quando è possibile impedirla, è cosa tanto assurda, che si confuta da se stessa». L’autorevole giurista, riferendosi alla “preparazione” dei delitti, ha colto immediatamente il *punctum dolens* della complessa questione ma, invero, non si è punto soffermato sulle possibili implicazioni, politiche e normative, del contenuto dell’inciso successivo: quando (ed a quali costi in termini di libertà personale) è possibile impedire tale “preparazione”? Vedi V. MANZINI, *Trattato*, cit., Vol. IV, p. 362.

<sup>(39)</sup> Paradigmatica la notevole difficoltà sorta in punto di determinatezza del contenuto della finalità “terroristica”. Il primo tentativo di definizione del concetto di “terrorismo” abortì con la Convenzione di Ginevra sulla prevenzione e la repressione del terrorismo, adottata il 16 novembre 1937 e mai entrata in vigore. L’art. 1, paragrafo 1, n. 2, considerava atti di terrorismo, eseguiti secondo le modalità successivamente descritte dall’art. 2, quei «faits criminels dirigés contre un Etat et dont le but ou la nature est de provoquer la terreur chez les personnalités déterminées, des groupes de personnes ou dans le public». Si deve attendere più di mezzo secolo per trovare, a livello internazionale, una definizione del concetto ora in esame. L’art. 2, paragrafo 1, lett. b, della Convenzione N.U. per la repressione dei finanziamenti al terrorismo, adottata a New York l’8 dicembre 1999 e ratificata e resa esecutiva con legge 14 gennaio 2003, n. 7, riconduce sotto il concetto di “terrorismo”, oltre che la commissione di precise tipologie criminose elencate, anche «qualsiasi altro atto diretto a causare la morte o gravi lesioni fisiche ad un civile, o a qualsiasi altra persona che non ha parte attiva, in situazioni di conflitto armato, quando la finalità di tale atto, per la sua natura o contesto, è di intimidire una popolazione, o obbligare un governo o un’organizzazione internazionale a compiere o a astenersi dal compiere qualcosa». Successivamente, l’art. 1, paragrafo 1, Decisione Quadro 2002/475/GAI ha attribuito la qualifica “terroristica” a quei fatti, già qualificati come reati dolosi da parte degli Stati Membri, che «per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno a un paese o a un’organizzazione internazionale, quando sono commessi al fine di: intimidire gravemente la popolazione, o; costringere indebitamente i poteri pubblici o un’organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto, o; destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche o sociali di un paese o un’organizzazione internazionale».

Quest’ultimo testo normativo è divenuto il modello seguito dal legislatore interno che, con la novella del 2005, ha introdotto nell’impianto codicistico, in funzione di interpretazione autentica, l’art. 270 *sexies* c.p.: «sono considerate con finalità di terrorismo le condotte che, per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un’organizzazione

coefficiente psicologico non debba necessariamente tradursi nella dimensione oggettiva del reato, l'associato «per ciò solo» viene punito<sup>(40)</sup>.

---

internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o da altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia». Si coglie agevolmente sin da subito come in questa definizione di derivazione “europea” difetti, a differenza di quella “internazionale”, qualsiasi riferimento alla natura violenta della condotta nonché, stante l'inapplicabilità della Decisione Quadro ai contesti bellici, alla “qualità” della vittima. Ma, corollario più importante, la definizione codicistica sancisce l'unione dogmatica di due concetti, quello di “terrorismo” e quello di “eversione dell'ordine democratico”, prima distinti dall'art. 270 *bis* c.p. sia concettualmente che normativamente. La devianza terroristica, anche di carattere internazionale, si affiancava invero a quella di matrice eversiva, dalla dimensione territoriale prettamente “interna”. Tuttavia, mentre la prima poteva prescindere da qualsiasi opera di destabilizzazione costituzionale, la seconda poteva prescindere di contro dalla necessaria diffusione del terrore. Secondo il disposto dell'art. 270 *sexies* c.p., invece, il concetto di “eversione dell'ordine democratico” rimane assorbito, in qualità di *species*, nel più ampio concetto di “terrorismo” assumendo oltretutto una dimensione internazionale che non gli è propria (art. 270 *bis*, comma 3, c.p.). Con il che la distinzione operata dalla rubrica e dal testo dell'art. 270 *bis* ha perso attualmente ogni dogmatica consistenza. Vedi anche Cass. Pen., Sez. II, sentenza 31 marzo 2009.

Il concetto codicistico di “terrorismo” rappresenta dunque il punto finale di una lenta evoluzione normativa che ha coinvolto i concetti di “sovversione” e di “eversione dell'ordine democratico”. Mutando l'assetto politico dominante, si è invero assistito al transito dal concetto di “sovversione” (art. 270 c.p.) – modellato *ad hoc* dal ROCCO sulle associazioni socialiste, comuniste ed anarchiche – a quello di “eversione dell'ordine democratico” (art. 270 *bis* c.p.). In particolare, in relazione a quest'ultimo concetto poteva tentarsi, più che una definizione, una modesta esemplificazione per tipologie associative. Con conseguente possibilità di traduzione dello stesso in alcune fattispecie associative “speciali” quali l'associazione di matrice “fascista” (artt. 1 ss. legge SCALBA), quella segreta (artt. 1 ss. legge ANSELMINI) e la ormai abrogata associazione di carattere militare (art. 1 decreto legislativo 14 febbraio 1948, n. 43). Se l'interpretazione autentica aveva chiarito che il concetto di “ordine democratico” coincideva con quello di “ordine costituzionale” (art. 11 legge 29 maggio 1982, n. 304) – di talché l'art. 270 *bis* c.p. sembrava aver privato di qualsiasi autonomia dogmatica la peculiare fattispecie di cospirazione politica mediante associazione per attentare alla costituzione dello Stato (artt. 283 e 305 c.p.) - non si era comunque ancora pervenuti ad una netta specificazione del possibile contenuto del programma eversivo. Definizione ellittica ed inutile, in effetti, era quella che lo identificava nel «fine più diretto di sovvertire l'ordinamento costituzionale e di travolgere in definitiva l'assetto democratico e pluralistico dello Stato, disarticolandone le strutture, impedendone il funzionamento o deviandolo dai principi fondamentali che costituiscono l'essenza dell'ordinamento costituzionale». Vedi Cass. Pen., Sez. I, sentenza 11 luglio 1987; Cass. Pen., Sez. I, sentenza 2 novembre 2005.

<sup>(40)</sup> Questa peculiare formula – nella veste di *leitmotiv* normativo - ricorre nella cospirazione politica mediante associazione (art. 305 c.p.), nella banda armata (art. 306 c.p.), nell'associazione a delinquere (art. 416 c.p.), nell'associazione di matrice mafiosa (art. 416 *bis* c.p.), nell'associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74 t.u.s.), nell'associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291 *quater* t.u.d.) e nell'associazione finalizzata all'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (art. 3, comma 3, legge 13 ottobre 1975, n. 654).

Tale formula non sembra consistere in una deroga al disposto dell'art. 115 c.p. che, invero, non si riferisce a qualsiasi “atto preparatorio” bensì soltanto all’“accordo” (concetto ben diverso da quello di “associazione”: vedi nota n. 45) ed all’“istigazione”. Il ricorso a tale formula, più che altro, sembra assurgere ad indicazione risolutiva, nel primo senso, del possibile contrasto

Una simile conclusione sembra dunque frustrare tutti gli sforzi compiuti dalla giurisprudenza di legittimità che, in punto di tassatività della descrizione delle fattispecie associative e di necessaria offensività del contenuto delle stesse, si è sempre cimentata nella delicata connotazione dei vaghi concetti di “partecipazione”<sup>(41)</sup>, “associazione”<sup>(42)</sup> e di “programma” del sodalizio

---

interpretativo circa l'ammissibilità o meno di un concorso reale tra delitto associativo e delitto “scopo”.

<sup>(41)</sup> L'unico dato normativo sicuro è la natura “residuale” di tale concetto, ricavabile *a contrario* dalle varie condotte di livello “apicale” quali la costituzione, la promozione, la direzione, l'organizzazione, il finanziamento, ecc.. Ed a tal proposito, appare utile menzionare alcuni punti fermi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità.

In tema di associazione di matrice terroristica, non possiede alcun valore indiziante la mera appartenenza alla cultura islamica estremista (Cass. Pen., Sez. VI, sentenza 26 maggio 2009; Sez. V, sentenza 4 luglio 2008; Sez. I, sentenza 11 ottobre 2006; Sez. I, sentenza 15 giugno 2006; Sez. VI, sentenza 13 ottobre 2003) né la segnalazione dell'associazione, rilevante ai fini dell'irrogazione di una misura di prevenzione di natura reale, al Comitato per le sanzioni delle Nazioni Unite (Cass. Pen., Sez. VI, sentenza 26 maggio 2009; Sez. I, sentenza 11 ottobre 2006; Sez. I, sentenza 15 giugno 2006).

In tema di associazione di matrice mafiosa, ove è maggiormente copiosa l'elaborazione giurisprudenziale in tema di condotta partecipativa, tra il criterio della “idoneità causale del contributo” e quello dell’“inserimento organico nel sodalizio criminoso del soggetto” la giurisprudenza di legittimità sembra attualmente attestarsi su quest'ultimo. Vedi, per il primo orientamento, Cass. Pen., Sez. II, sentenza 15 ottobre 2004; Sez. VI, sentenza 31 gennaio 1996. Per il secondo orientamento, vedi Cass. Pen., S.U., sentenza 30 ottobre 2002; S.U., sentenza 12 luglio 2005.

Fondamentale l'insegnamento delle Sezioni Unite in tema di distinzione tra “partecipe” e “concorrente esterno”: «si definisce “partecipe” colui che, risultando inserito stabilmente e organicamente nella struttura organizzativa dell'associazione mafiosa, non solo “è” ma “fa parte” della (meglio ancora: “prende parte” alla) stessa: locuzione questa da intendersi non in senso statico, come mera acquisizione di uno *status*, bensì in senso dinamico e funzionalistico, con riferimento all'effettivo ruolo in cui si è immessi e ai compiti che si è vincolati a svolgere perché l'associazione raggiunga i suoi scopi, restando a disposizione per le attività organizzate della medesima [...] Assume invece la veste di concorrente “esterno” il soggetto che, non inserito stabilmente nella struttura organizzativa dell'associazione mafiosa e privo dell'*affectio societatis* (che quindi non ne “fa parte”), fornisce tuttavia un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo, sempre che questo abbia un'effettiva rilevanza causale ai fini della conservazione o del rafforzamento delle capacità operative dell'associazione [...] e sia comunque diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso della medesima». Vedi Cass. Pen., S.U., sentenza 12 luglio 2005.

Senza pretesa di risolvere la *vexata quaestio* circa l'ammissibilità, anche soltanto sul piano logico, del “concorso” in un reato associativo, vale a dire in una fattispecie incriminatrice “a concorso necessario”, si vuole comunque evidenziare, nella parte motiva dell'arresto sopra cennato, l'evidente presenza di un'aporia logico-normativa. Se “concorrere” nella commissione di un fatto di reato significa contribuire, oggettivamente e soggettivamente, alla produzione dell'offesa penalmente tipica secondo lo schema di una particolare figura criminosa, allora delle due l'una: o si contribuisce, oggettivamente e soggettivamente, alla produzione dell'offesa penalmente tipica ai sensi dell'art. 416 *bis* c.p., ed allora la qualifica di “concorrente” si fonde *necessariamente* con quella di “associato”; ovvero non si contribuisce a tale produzione, ed allora non si può essere qualificati neanche come “concorrenti” ai sensi dell'art. 110 c.p.. In altri termini, non esiste normativamente una zona grigia, tra “associato” ed estraneo al sodalizio criminoso, ove



l'ibrida figura del "concorrente esterno" possa validamente collocarsi. E ciò perché le due note costitutive del "contributo occasionale o continuativo causalmente idoneo al conservamento o al rafforzamento del sodalizio criminoso" unito all'"assenza dell' *affectio societatis*" – *recte*: il patrimonio del diritto "vivente" ormai acquisito attraverso le fondamentali pronunce: Cass. Pen., S.U., sentenza 5 ottobre 1994; S.U., sentenza 30 ottobre 2002; S.U., sentenza 12 luglio 2005 – dimostrano come, sotto il profilo soggettivo, la fattispecie concorsuale non possa considerarsi integrata. Invero, ai sensi dell'art. 416 *bis* c.p. la produzione dell'offesa penalmente tipica richiede proprio la necessaria sussistenza dell' *affectio societatis*. Affermare che, nelle ipotesi ora esaminate, il dolo del "concorrente esterno" non debba ricostruirsi in tema di  *affectio societatis*, vale quanto affermare che in capo a tale concorrente non sia richiesto un dolo rilevante ai sensi dell'art. 110 c.p..

Vedi, *ex paucis*, per l'inammissibilità dello schema del concorso "esterno" nei reati associativi, con riferimento alla banda armata, Cass. Pen., Sez. I, sentenza 13 marzo 1984, e, con riferimento all'associazione di matrice mafiosa, Cass. Pen., Sez. VI, sentenza 21 settembre 2000.

Se proprio si vuole attribuire penale rilevanza alla c.d. "contiguità mafiosa", sarebbe preferibile *de iure condendo* coniare fattispecie incriminatrici *ad hoc* come, a titolo esemplificativo, il fatto di scambio elettorale politico-mafioso *ex art. 416 ter* c.p. ovvero quello di assistenza agli associati *ex art. 418* c.p., sebbene quest'ultima figura criminosa - comune anche all'associazione di matrice terroristica (art. 270 *ter* c.p.) ed alla banda armata (art. 307 c.p.) - costituisca una fattispecie a forma vincolata i cui benefici, peraltro, rimangono circoscritti ai singoli associati e non anche all'associazione.

Vedi, in tema di concorso esterno nell'associazione di matrice terroristica, Cass. Pen., Sez. I, sentenza 11 ottobre 2006; nella banda armata, Cass. Pen., Sez. I, sentenza 5 giugno 1989; nella cospirazione politica mediante associazione, Cass. Pen., Sez. I, sentenza 27 novembre 1968; nelle associazioni cospirative che, pur autonome, agiscono per il medesimo fine, Cass. Pen., Sez. I, sentenza 30 dicembre 1974. Vedi, in tema di associazioni di matrice terroristica, l'art. 4, paragrafo 1, Decisione Quadro 2002/475/GAI che ammette l'istigazione *ed* il concorso anche per tale fattispecie associativa (con deprecabile superfetazione legislativa, posto che l'"istigazione" già costituisce una forma di manifestazione del "concorso").

<sup>(42)</sup> Non soltanto per distinguere la fattispecie associativa dal concorso di persone nel reato (anche nelle ipotesi, più problematiche, di reato continuato), ma anche per contrassegnare un certo grado di "idoneità organizzativa" della struttura del sodalizio in relazione alla possibilità di conseguimento della finalità preposta (il requisito dell'"idoneità" è esplicitamente richiesto, senza tuttavia ulteriori specificazioni, soltanto per l'associazione sovversiva *ex art. 270* c.p.). La giurisprudenza di legittimità, in relazione al concetto di "associazione", attualmente richiede un accordo a carattere temporale tendenzialmente permanente unito ad un programma criminale qualitativamente e quantitativamente indeterminato circa la commissione dei futuri fatti di reato. Il sodalizio che sorge su tale accordo, laddove venga dotato di una struttura anche "rudimentale", può dunque considerarsi come "idoneo" al raggiungimento del suo scopo.

Vedi, in tema di associazione terroristica, la definizione (che contiene tutti i requisiti già elaborati dalla giurisprudenza di legittimità) offerta dall'art. 2 Decisione Quadro 2002/475/GAI nonché Cass. Pen., Sez. VI, sentenza 26 maggio 2009; Sez. VI, sentenza 8 maggio 2009; Sez. II, sentenza 20 marzo 2009. Ed in tema di associazione a delinquere, vedi Cass. Pen., Sez. V, sentenza 28 giugno 2000; Cass. Pen., Sez. I, sentenza 28 settembre 2005.

Infine, seguendo il criterio della natura dell'interesse tutelato, la giurisprudenza di legittimità è divenuta ad affermare l'ammissibilità del concorso reale, nel caso di plurime finalità perseguite dal sodalizio, tra la fattispecie associativa di matrice mafioso e quella finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope: vedi Cass. Pen., Sez. I, sentenza 20 dicembre 2004. Avallare un simile orientamento giurisprudenziale, significa coerentemente ammettere la possibilità del concorso reale tra l'art 416 *bis* c.p. e tutte le altre fattispecie associative diverse da quella "generale" per delinquere *ex art. 416* c.p..

criminoso<sup>(43)</sup>. Senza considerare, però, che tale imponente elaborazione, limitata al piano oggettivo dell'illecito penale, rischia di essere vanificata di colpo proprio dalla “effimera” concretizzazione, su tale piano, della finalità sottesa al dolo specifico.

Se non è richiesta la necessaria traduzione in atti del programma associativo, si finisce per punire, secondo i dettami propri del diritto penale “d'autore”, non tanto un'associazione *pericolosa* di persone quanto un'associazione di persone *pericolose*<sup>(44)</sup>. In altri termini, e fino alla commissione dei delitti “scopo”, anche il sodalizio più “strutturato” ed “idoneo” alla realizzazione del proprio programma – e per quanto questo possa avere un contenuto violento - dovrebbe essere (tutt'al più) relegato tra le associazioni di matrice “immorale” e collocato nell'alveo della tutela costituzionale del dissenso, anche in forma “collettiva”, dalle opinioni politiche dominanti<sup>(45)</sup>.

---

<sup>(43)</sup> Fermo restando che nella cospirazione politica mediante associazione e nella banda armata il programma criminale prevede la commissione di un singolo delitto, oltretutto inserito in un elenco caratterizzato dal *numerus clausus*, la giurisprudenza di legittimità ritiene “credibile” il programma criminale laddove i propositi delittuosi siano concreti ed attuali. Vedi, in tema di associazioni di matrice terroristica, Cass. Pen., Sez. VI, sentenza 8 maggio 2009; Sez. I, sentenza 10 luglio 2007; Sez. I, sentenza 11 ottobre 2006.

Non è chi non veda, però, come l'argomentazione della giurisprudenza di legittimità sembri riposare, in tema di “credibilità” della finalità sottesa al dolo specifico, su di un equivoco dogmatico. Invero, l'offensività costituisce requisito necessario del solo “fatto” di reato, non potendo predicarsi un simile attributo in relazione ai coefficienti psicologici. In altri termini, non avrebbe senso alcuno parlare di un dolo (anche specifico) in concreto “offensivo”. Ai fini dell'integrazione del dolo specifico, oltretutto, è necessaria e sufficiente la mera esistenza di una determinata finalità in capo all'agente, a prescindere dalla sua concreta realizzabilità (*recte*: della sua “credibilità”) e, soprattutto, dalla sua concreta realizzazione nella dimensione oggettiva dell'illecito penale.

<sup>(44)</sup> Una proposta *de iure condendo* - in analogia a quanto già disposto, circa la “finalità” di terrorismo, dall'art. 1 decreto legge 15 dicembre 1979, n. 625, ovvero, circa la “finalità” di agevolare l'associazione di matrice mafiosa, dall'art. 7, comma 1 decreto legge 13 maggio 1991 – potrebbe tradursi nella predisposizione di un'apposita circostanza aggravante comune laddove il fatto delittuoso sia stato commesso da un associato appartenente ad un sodalizio criminoso. Naturalmente, una simile proposta dà per presupposta la previa risoluzione di tutti i profili definatori in relazione ai concetti di “partecipazione” e di “associazione”.

<sup>(45)</sup> Conclusione che, dal punto di vista squisitamente politico, non attirerà di certo il consenso degli estimatori del concetto di “ordine pubblico” (su cui vedi *amplius* le considerazioni del capitolo conclusivo). Naturalmente, censurare la tecnica di costruzione delle fattispecie associative analizzate nel testo, non comporta logicamente assumere una posizione politica di veto rispetto ad un intervento statale, anche in chiave “preventiva”, nei confronti del fenomeno della “criminalità organizzata”. Significa soltanto, più modestamente, anteporre le garanzie di rango costituzionale a qualsivoglia sensazionalismo di stampo emergenzialistico.

Si sottolinea, infine, come la conclusione di cui al testo non sembri contrastare col disposto di cui all'art. 49 Cost. che, in tema di libertà di associazione politica, limita la prescrizione

Si deve notare, inoltre, come il fragilissimo riferimento al dolo specifico, vero fulcro di ogni fattispecie associativa, sembra perdere qualsiasi profilo di consistenza dogmatica nella “simbolica” figura dell’associazione di matrice mafiosa. Invero, nel terzo comma dell’art. 416 *bis* c.p., il dolo specifico alternativo prevede, accanto alla finalità di commettere futuri delitti “scopo”, ulteriori e svariate finalità che, secondo un’analisi ermeneutica che non ne comporti un’*interpretatio abrogans*, devono necessariamente riferirsi ad obiettivi *penalmente leciti*<sup>(46)</sup>.

Né potrebbe obiettarsi che in tal caso, a fronte del perseguimento di una finalità penalmente lecita, l’associazione operi comunque attraverso un mezzo penalmente illecito, vale a dire la «forza di intimidazione del vincolo associativo» e la «condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva». E questo perché la c.d. “fama criminale” – e sul punto la *littera legis* è inequivoca - non richiede necessariamente la commissione, da parte del singolo associato, di condotte penalmente rilevanti che ne possano costituire una fedele espressione<sup>(47)</sup>. Tanto è vero che l’endiadi sociologica - “intimidazione” ed “assoggettamento ed omertà” –

---

circa la necessaria adozione di un “metodo democratico” esclusivamente alle “modalità concorsuali”, attraverso le quali l’associazione contribuisce a determinare la politica nazionale, e non anche al contenuto del programma associativo.

<sup>(46)</sup> Anche a voler considerare la finalità di commissione di futuri fatti di reato contravvenzionale come ricompresa nell’ampia formula di chiusura «o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri», rimarrebbe comunque ammissibile, circa le finalità dell’associazione di matrice mafiosa, la determinazione di ampi spazi di liceità penale.

<sup>(47)</sup> Come puntualizzato da una isolata pronuncia del giudice di legittimità, secondo cui tale “fama” non richiede necessariamente la commissione di nuovi atti di violenza o minaccia, rafforzativi della reputazione criminale già acquisita dal sodalizio. Vedi Cass. Pen., Sez. V, sentenza 25 giugno 2003. Risulta dunque apodittica l’argomentazione, spesso rinvenuta nella parte motiva di numerosi arresti della giurisprudenza di legittimità, per cui il c.d. metodo mafioso «vale a costituire, comunque, in forma delittuosa (estorsione, violenza privata, consumata o tentata) qualsiasi attività, cioè pure altrimenti lecita». Motivazione che, oltretutto, sembra configurare un necessario “assorbimento”, ai fini della sussistenza del c.d. metodo mafioso, delle singole condotte di violenza o minaccia. Vedi Cass. Pen., Sez. I, sentenza 28 marzo 1996; Sez. I, sentenza 10 febbraio 1992.

Alle medesime obiezioni risulta sensibile il c.d. metodo mafioso laddove si concretizzi in circostanza aggravante comune (art. 7, comma 1, decreto legge 13 maggio 1991). L’inconsistenza dogmatica di tale circostanza viene illustrata efficacemente da questa pronuncia del giudice di legittimità per cui, ai fini della applicabilità della stessa, ritiene necessario ostentare «in maniera evidente e provocatoria, una condotta idonea ad esercitare sui soggetti passivi quella particolare coartazione e quella conseguente intimidazione che sono proprie delle organizzazioni mafiose». Vedi Cass. Pen., Sez. I, sentenza 9 marzo 2004.

deriva dal vincolo associativo e non anche dalla condotta del singolo associato. In sintesi, la norma vuole che si tema l'associazione, non l'associato<sup>(48)</sup>.

Se tutto quanto premesso è vero, l'infelice dettato dell'art. 416 *bis* c.p. sembra legittimare la punibilità di condotte non soltanto penalmente neutre (come, d'altronde, accade nelle altre fattispecie associative) ma altresì assistite da una finalità penalmente neutra. Si pensi al caso dell'associato che, forte della c.d. "fama criminale" acquisita dal sodalizio al quale appartiene, persegue l'acquisizione di provvedimenti amministrativi di natura ampliativa esclusivamente grazie a questa peculiare forma di *metus societatis*.

Ma non è tutto. L'allarme sociale suscitato dalle fattispecie associative ora al vaglio ha permesso di stravolgere l'originaria fisionomia del codice di rito: dai termini di durata massima dell'indagine preliminare fino all'apparato pre-cautelare e cautelare, tutto viene modellato *ad hoc* sulla "pericolosità" espressa dai loro esponenti<sup>(49)</sup>. Paradigma di questo selettivo parallelismo rituale è

---

<sup>(48)</sup> Ed in effetti i tre requisiti dell'"intimidazione", dell'"assoggettamento" e dell'"omertà" devono avere un carattere di diffusività tale da consentire all'associazione di conseguire il c.d. controllo del territorio. Vedi Cass. Pen., Sez. VI, sentenza 11 gennaio 2000; Sez. V, sentenza 19 dicembre 1997.

<sup>(49)</sup> Sia sufficiente ricordare, per gli appartenenti ad associazioni di matrice mafiosa o terroristica, il raddoppio del termine necessario alla prescrizione del reato (art. 157, comma 6, c.p.); l'inopponibilità del segreto di ufficio, del segreto di Stato e di quello inerente agli informatori della polizia giudiziaria e del personale dell'AISI e dell'AISE (art. 204, comma 1, c.p.p.); la possibilità di intercettazioni tra presenti nel caso di latitanza del soggetto (art. 295, comma 3, c.p.p.); l'obbligatorietà dell'arresto nelle ipotesi di condotta associativa di livello "apicale" e la facoltatività nelle altre (artt. 380 e 381 c.p.p.); il raddoppio del termine per la chiusura delle indagini preliminari e di quello per la durata massima delle stesse a seguito della concessione di proroghe (artt. 405, comma 2, 407, comma 2, c.p.p.); la possibilità di concedere la proroga del termine di chiusura delle indagini preliminari con decisione *inaudita altera parte* (art. 406, comma 5 *bis*, c.p.p.); l'inammissibilità del c.d. patteggiamento allargato (art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p.); la possibilità di partecipazione al dibattimento tramite collegamento audiovisivo (art. 146 *bis* disp. att. c.p.p.); la possibilità di intercettazioni "preventive" (art. 266 disp. att. c.p.p.); la presenza di "sufficienti indizi" e la mera "necessarietà per lo svolgimento delle indagini" ai fini dell'autorizzazione alle intercettazioni nonché, laddove le comunicazioni tra presenti avvengano nei luoghi di cui all'art. 614 c.p., l'assenza di un «motivo di ritenere che nei luoghi predetti si stia svolgendo l'attività criminosa» (art. 13 decreto legge 1991, n. 152); l'ampliamento dei presupposti applicativi per procedere ad ispezioni e perquisizioni (art. 27 legge 19 marzo 1990, n. 55); la temporanea applicazione, ai condannati (anche) in grado di appello, degli effetti pregiudizievoli in materia di provvedimenti amministrativi di natura ampliativa, previsti in tema di sorveglianza speciale di pubblica sicurezza (art. 67, comma 8, c.a.).

Senza dimenticare, infine, la possibilità di disporre la sospensione cautelativa di ogni attività associativa, una originale misura "pseudo" cautelare che colpisce direttamente l'associazione e non anche i singoli associati. Vedi, in tema di associazione segreta, l'art. 3, comma 2, legge ANSELMINI; in tema di associazione di matrice terroristica, l'art. 3, comma 34, legge 15 luglio

rappresentato dal meccanismo duplicemente presuntivo previsto dal terzo comma dell'art. 275 c.p.p.. I gravi indizi di colpevolezza circa l'appartenenza ad una struttura associativa criminosa fanno scattare automaticamente una prima presunzione legale, di natura "relativa", in ordine alla sussistenza di almeno uno dei *pericula libertatis*, ed una seconda presunzione legale, di natura "assoluta", in ordine alla graduazione della risposta cautelare ancorata a quella che, nel linguaggio costituzionale, viene definita come "carcerazione preventiva". La restrizione, pressoché "obbligatoria", della libertà personale in fasi antecedenti al definitivo accertamento della responsabilità penale corrobora la tecnica di deformazione dello strumento cautelare: questa misura "pseudo" cautelare, lungi dall'assicurare l'effettività del procedimento penale, precorre una decisione giudiziale sfavorevole, alla stregua di una misura di prevenzione, sabotando la funzione stessa della sanzione penale di carattere detentivo: **si punisce processando o, meglio, si punisce tramite il procedimento penale**<sup>2</sup>.

---

2009, n. 94; e, in tema di associazione finalizzata all'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, l'art. 7 decreto legge 26 aprile 1993, n. 122. Con una rilevante distinzione: nelle due ultime ipotesi normative, il sodalizio colpito non è "parte" del procedimento penale, instaurato invero nei confronti di un soggetto che non assume la qualifica di associato.

Il comune rinvio, operato dalle ultime due fonti normative sopra citate, alle disposizioni procedurali previste dalla legge ANSELMINI porta con sé alcune perplessità normative che caratterizzano la suddetta disciplina: *in primis*, si deve segnalare l'eccentrica previsione per cui, in sede cautelare, debba procedere il «giudice competente per il giudizio in ordine ai predetti reati» (art. 3, comma 3, legge ANSELMINI), con inevitabile situazione di incompatibilità rilevabile ai sensi dell'art. 34, comma 2 *bis*, c.p.p.; *in secundis*, si deve menzionare il contraddittorio "anticipato" tra le parti, modalità assolutamente estranea in sede d'irrogazione della misura cautelare (art. 3, comma 4, legge ANSELMINI), oltretutto estesa all'associazione che, nelle suddette ipotesi, non riveste la qualifica di "parte" del procedimento penale; *in tertiis*, si deve ricordare la ricorribilità per Cassazione, anche per motivi di merito, avverso il provvedimento sospensivo (art. 3, comma 5, legge ANSELMINI).

Diversa dalla misura "pseudo" cautelare sopra analizzata risulta la peculiarissima disposizione dell'art. 3, comma 2, legge SCALBA che, in ordine all'associazione di matrice fascista, consente al governo di adottare, nei casi e con le forme del decreto legge, il provvedimento di scioglimento e di confisca dei beni dell'associazione. A parte la natura squisitamente legislativa, questo provvedimento ricorda molto quello prefettizio previsto dall'ormai espunto art. 210 t.u.l.p.s. in tema di scioglimento e confisca dei beni delle associazioni che svolgevano un'attività contraria agli ordinamenti politici costituiti nello Stato. Ad ogni modo, se convertito dalle Camere, il provvedimento legislativo *ad societatem*, oltre ad esporsi a tutte le obiezioni costituzionali finora svolte nel testo, consentirebbe al potere esecutivo (prima) ed al potere legislativo (poi) un'indebita ingerenza, in violazione dell'art. 112 Cost., nel procedimento penale teso all'accertamento della costituzione di un'associazione di matrice fascista.

<sup>2</sup> In relazione all'art. 274, comma 1, lett. c, c.p.p., denuncia la perversa trasformazione dell'istituto della custodia cautelare in carcere, vera e propria "pena senza giudizio", da strumento

Analoga distorsione è toccata al regime penitenziario correlato alle fattispecie associative. In particolare, secondo una finalità speculare a quella tendenzialmente rieducativa sancita dalla Carta Fondamentale, viene tracciato una sorta di canale “preferenziale” imperniato su di una presunzione legale di “cattiva condotta” degli associati<sup>(50)</sup>. Nascono e si sviluppano così i regimi detentivi “speciali”, vere e proprie “pene nella pena”: con gli artt. 14 bis e 41 bis o.p. è consentito disporre del residuo di libertà del soggetto ristretto<sup>(51)</sup>. In questo

---

procedimentale finalizzato alle necessità istruttorie in mero strumento di prevenzione, espressione di un'inconfessata e vischiosa concezione inquisitoria del procedimento penale, il FERRAJOLI che conclude come la presenza nel diritto processuale penale di un simile istituto, che trova anche copertura costituzionale, vanifichi in larga parte il principio di non colpevolezza e comunque si ponga in posizione di incompatibilità con il principio di stretta giurisdizionalità previsto da un modello garantista di sistema penale: «l'infallibilità e la prontezza della pena auspicate da Beccaria e da Bentham sono state sostituite dall'immediatezza e dall'infalibilità della carcerazione preventiva». Vedi L. FERRAJOLI, *Diritto*, cit. p. 561 ss. e 803 ss..

<sup>(50)</sup> Il riferimento va, naturalmente, alla disposizione di cui all'art. 4 bis, comma 1, o.p. che certifica, in relazione alla “efficacia” del programma risocializzativo, una intollerabile disuguaglianza normativa tra detenuti. Questo perché in tale disposizione il *nomen iuris* del reato – o, peggio ancora, l'accertamento dell'aggravante della finalità del terrorismo ovvero del c.d. metodo mafioso, tendenzialmente configurabili in qualsiasi delitto – fa le veci dell'osservazione scientifica della personalità e del relativo programma di cui all'art. 13 o.p.. La presunzione legale assoluta di inadeguatezza agli usuali strumenti di rieducazione eleva dunque la collaborazione con la giustizia, sulla cui dubbia spontaneità è inutile soffermarsi, a requisito positivo per l'assegnazione al lavoro all'esterno e per la concessione dei permessi premio o delle misure alternative alla detenzione. Ove risulta agevole cogliere il duplice effetto aberrante che tale norma produce: in primo luogo, si transita dal principio “*nemo tenetur se detegere*” in sede procedimentale ad una sorta di “ricatto collaborativo” in sede esecutiva; in secondo luogo, il beneficio penitenziario appare completamente sganciato dai risultati ottenuti con il percorso risocializzativo intrapreso, assolvendo alla precipua funzione di “monetizzare” il beneficio stesso.

<sup>(51)</sup> Introdotte dalla legge GOZZINI, queste disposizioni dalla natura “complementare” consentono all'autorità amministrativa l'imposizione di “prescrizioni” così ampie da alterare la fisionomia dell'esecuzione penale. Non soltanto perché, in tali ipotesi, viene svuotata di ogni contenuto la riserva assoluta di legge in materia penitenziaria ma anche perché queste nuove restrizioni della libertà personale sembrano violare la riserva di giurisdizionalità sancita dagli artt. 13 e 15 Cost.. Di talché, non può condividersi l'argomentazione del Giudice delle Leggi per cui i provvedimenti di disposizione dei regimi detentivi “speciali”, non incidendo sulla qualità o quantità della pena ovvero sulla concessione o meno delle misure alternative alla detenzione, sfuggirebbero a tale riserva siccome «rientranti nell'ambito di competenza dell'amministrazione penitenziaria, attinenti alle modalità concrete, rispettose dei diritti del detenuto, di attuazione del regime carcerario in quanto tale, e dunque già potenzialmente ricomprese nel quantum di privazione della libertà personale conseguente allo stato di detenzione». Vedi Corte Costituzionale, sentenza 18 ottobre 1996, n. 351; sentenza 28 luglio 1993, n. 349.

In particolare, riguardo al regime detentivo previsto dall'art. 41 bis o.p., risultano doverose alcune ulteriori considerazioni. Il primo comma di tale disposizione, fortemente improntato ai concetti di “ordine” e “sicurezza” richiamati dall'art. 1 o.p., eredita il precetto contenuto nell'ormai abrogato art. 90 o.p. circoscrivendone, però, l'ambito di applicazione. Attualmente, invero, sono richiesti «casi eccezionali di rivolta» o «altre gravi situazioni di emergenza», in luogo dei precedenti e fin troppo generici «gravi ed eccezionali motivi di ordine e sicurezza». Inoltre, la sospensione degli effetti delle norme previste dall'o.p. risulta circoscritta

---

esclusivamente all'istituto interessato, ovvero a parte di esso, e non anche, con un richiamo omnicomprendente, ad «uno o più stabilimenti penitenziari». L'ammodernamento in versione garantistica del primo comma dell'art. 41 *bis* o.p. non rende tuttavia opaco l'univoco messaggio normativo che da questa disposizione sembra derivare: vale a dire che, nelle ipotesi considerate come "patologiche", sono i detenuti a doversi conformare alle regole del carcere e non anche il contrario (come, al contrario, dovrebbe accadere ai sensi degli artt. 13 o.p. e 27, comma 3, Cost.).

Il secondo comma dell'art. 41 *bis* o.p., nonostante il richiamo ai «gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica», attiene esclusivamente a singoli detenuti od internati e si atteggia, in forte stridore con il terzo comma dell'art. 27 Cost., alla stregua di una vera e propria misura di prevenzione che sfugge però alla riserva di giurisdizionalità. E sia sufficiente pensare a quella forma di "confinio" rappresentato dal comma 2 *quater* della disposizione ora in esame per cui i detenuti destinatari di tale regime detentivo devono essere ristretti «all'interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente in aree insulari, ovvero comunque all'interno di sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell'istituto e custoditi da reparti specializzati della polizia penitenziaria». L'anima della misura di prevenzione emerge, poi, anche dall'inequivocabile addenda legislativa inserita nel 2009 nel secondo comma dell'art. 41 *bis* o.p.: attualmente si dispone che, nel caso di esecuzione di pene concorrenti, ed a differenza di quanto disposto per l'art. 4 *bis* o.p., sia applicato il principio di unità della pena cumulata (art. 76, comma 1, c.p.), con la deprecabile conseguenza che il regime detentivo speciale permane anche dopo l'espiazione del *quantum* di pena detentiva relativa al delitto che lo aveva legittimato. Con il che non soltanto si oblitera l'orientamento garantistico formatosi, prima di tale addenda, in seno al giudice di legittimità (Cass. Pen., S.U., sentenza 30 giugno 1999) ed a quello costituzionale (Corte Costituzionale, sentenza 27 luglio 1994, n. 361) ma si verifica oltretutto, atteso lo stretto collegamento normativo che avvince l'art. 4 *bis* o.p. all'art. 41 *bis* o.p., una sorta di contraddizione in sede di trattamento penitenziario. Invero, scontato il suddetto *quantum* di pena detentiva, il detenuto potrà beneficiare dei provvedimenti di cui all'art. 4 *bis* o.p. pur rimanendo soggetto al regime detentivo speciale di cui all'art. 41 *bis*, comma 2, o.p.. Senza considerare, poi, che il rinvio di carattere formale all'art. 4 *bis* o.p. - la cui elencazione, con cadenza periodica, viene "riempita" di nuove fattispecie criminose a seconda delle emergenze - conduce ad un ampliamento "incontrollato" della sfera applicativa dell'art. 41 *bis*, comma 2, o.p..

Alle perplessità sopra cennate va aggiunto il rigore dell'assenza di un meccanismo di graduabilità nella durata di tale regime, fissata in 4 anni, ovvero nelle sue (potenzialmente illimitate) proroghe, la cui durata è fissata in 2 anni. Ove l'istituto della proroga appare di natura quasi "paradossale": se invero si accerta la persistenza della pericolosità del detenuto (oltretutto, richiamando indizi ultronei come il "tenore di vita dei familiari del sottoposto"), ciò significa *in re ipsa* che tale regime si è rivelato come ineffettivo e, lungi dall'essere prorogato, dovrebbe essere, al contrario, sostituito.

Infine, dal punto di vista giurisdizionale si assiste ad un preoccupante e consistente depauperamento delle garanzie previste. Con la novella del 2009, sparisce invero il sindacato di merito ad opera del tribunale di sorveglianza, la cui giurisdizione è attualmente "tollerata" esclusivamente in relazione ai presupposti applicativi del regime detentivo "speciale". La giustificazione di una simile decurtazione garantistica sembra da rinvenire nella parallela riduzione del saggio di discrezionalità in capo al guardasigilli, atteso che le "prescrizioni" previste dal comma 2 *quater* dell'art. 41 *bis* o.p. vanno applicate cumulativamente ed automaticamente. Tuttavia, rimangono ancora immutati consistenti profili discrezionali in relazione tanto all'*an* del regime detentivo "speciale" quanto al contenuto di alcune "prescrizioni": ad esempio, «l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo principalmente alla necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate» ovvero, in relazione alle ipotesi di permanenza all'aperto del ristretto, l'adozione di «tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a

meccanismo perverso, ove la Costituzione sembra rimanere fuori delle porte del carcere, viene obliata qualsiasi necessaria diversificazione di trattamento tra il “detenuto” e l’“internato”, da una parte, e l’indagato (o imputato) *in vinculis*, dall’altra. La palese violazione della presunzione di non colpevolezza, unita alla natura inumana e degradante del contenuto di molteplici “prescrizioni” previste da tali regimi detentivi, “cancella” di fatto, per le fattispecie “sintomatiche” in esame, le elementari garanzie di civiltà giuridica previste dall’art. 27 Cost.. **Come ricorda il FERRAJOLI, il complesso di benefici premiali della pena dal contenuto fortemente “pedagogico” cela il difetto strutturale dell’eccessiva lunghezza delle pene e si inserisce come un correttivo, tuttavia fortemente discrezionale nonché lesivo della dignità del detenuto, dell’ipocrita esemplarità della condanna: «il sinallagma permanente tra interiorità della persona e prospettiva di liberazione anticipata diviene così uno strumento di governo del carcere, grazie al controllo disciplinare e all’assoggettamento morale dei detenuti che esso assicura alle autorità carcerarie»<sup>3</sup>. Giunti ormai in sede conclusiva, è dato riconoscere che i**

---

diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi) (art. 41 *bis*, comma 2 *quater*, lett. a-f, o.p.).

Sempre con la novella del 2009, viene abrogato il comma 2 *ter* dell’art. 41 *bis* o.p. che consentiva, di ufficio o su istanza, la revoca del regime detentivo “speciale” laddove fossero venuti meno i presupposti applicativi. Se, naturalmente, l’ammissibilità della revoca in autotutela non pone alcun problema di “vuoto” di tutela, l’abrogazione della facoltà di istanza, con relativa possibilità di reclamo del provvedimento ministeriale di diniego, sembra costituire un’evidente violazione dei diritti del ristretto. A tal proposito, però, la giurisprudenza costituzionale ha comunque sottolineato che, in relazione ai mezzi di impugnazione relativi al regime detentivo “speciale” di cui all’art. 41 *bis* o.p., è sempre stato applicabile, secondo un’interpretazione costituzionalmente orientata, il reclamo previsto dall’art. 14 *ter* o.p. «individuato come norma applicabile a tutti i regimi detentivi fondati su forme qualificate di pericolosità, con la conseguenza che il reclamo in esso previsto aveva assunto il carattere di rimedio generale, esperibile anche nella mancanza di specifiche disposizioni legislative per le fattispecie analoghe alla “sorveglianza particolare”». Vedi Corte Costituzionale, sentenza 28 maggio 2010, n. 190; sentenza 23 ottobre 2009, n. 266.

<sup>3</sup> Al magistrato di sorveglianza, per eccellenza giudice della persona e non anche del fatto, viene dunque conferito un potere immenso sul destino del detenuto all’interno di un’istituzione totalizzante e liberticida. Il passaggio dal carcere “fascista” al carcere “repubblicano” vede «il recluso è diventato, da soggetto passivo di repressione, soggetto attivo di auto-repressione cui si chiede di collaborare alla violenza che su di lui si commette e di guadagnarsi premi e benefici di pena con prove quotidiane del progressivo ravvedimento. Se il vecchio regime carcerario fascista corrispondeva a un modello violento e puramente vessatorio, che infieriva sul fisico più che sullo spirito, il nuovo regime riformato è indubbiamente più umano e meno afflittivo, ma non è meno illiberale e totalizzante. Alla coercizione fisica esso tende a sostituire la coercizione morale; alla durezza delle condizioni di vita, il condizionamento persuasorio delle coscienze; alla sorveglianza e



brevi spunti offerti dal presente paragrafo in ordine al microsistema del tipo “sospetto” hanno fornito una prima e “provvisoria” conferma circa la traduzione normativa del concetto di “sistema penale integrato”. L’analisi che segue si prefigge ora il compito di illustrare la struttura del microsistema del tipo “straniero” il quale, in quanto a peculiari costruzione normative, sembra non temere il confronto con quelle già esaminate nel paragrafo appena concluso.

### **3. — IL TIPO “STRANIERO”. I TRE “PILASTRI NORMATIVI” DEL TESTO UNICO**

---

alla disciplina dei corpi, l’osservazione e la sottomissione delle anime». Vedi L. FERRAJOLI, *Diritto*, cit., p. 404 ss. e 750 ss..

**DELL'IMMIGRAZIONE: L'ARBITRIO DELL'AUTORITÀ DI PUBBLICA SICUREZZA; LE PRESUNZIONI "AMMINISTRATIVE" DI COLPEVOLEZZA; LA DISCRIMINAZIONE TRA STRANIERO "COMUNITARIO" E STRANIERO "EXTRACOMUNITARIO". IL VISTO D'INGRESSO ED IL PERMESSO DI SOGGIORNO COME PROVVEDIMENTI AMMINISTRATIVI LE CUI VICENDE NORMATIVE LEGITTIMANO L'INTERO ARSENALE DI MISURE E SANZIONI PREDISPOSTE PER IL TIPO "STRANIERO". IN PARTICOLARE: IL RESPINGIMENTO ALLA FRONTIERA. LE VARIE TIPOLOGIE DI ESPULSIONE AMMINISTRATIVA O GIUDIZIALE. LA CONTRAVVENZIONE DI IMMIGRAZIONE CLANDESTINA E LE RELATIVE DISPOSIZIONI PROCEDIMENTALI.**

Il tipo "straniero" ha da sempre incarnato una situazione di pericolo proveniente "dall'esterno"<sup>(52)</sup>. La complessità del fenomeno immigratorio risulta evidente dalla forte tensione che separa le esigenze solidaristiche, facile preda di una deriva populistica, da quelle di tutela dell'ordine pubblico o della sicurezza dello Stato, viatico privilegiato per sfociare in una deriva autoritaria. L'analisi della disciplina riservata al tipo "straniero" mostra così un atteggiamento statutale schizofrenico, sempre conteso nell'indecisione tra "integrazione" ovvero "espulsione" del soggetto dal tessuto sociale.

Nell'attuale momento storico, può affermarsi che sia prevalso il pregiudizio sociologico: lo straniero è considerato come un "ospite" ma, lungi dall'essere trattato con riguardo, viene illuminato da una luce di diffidenza. La sua visita perciò deve essere "temporanea" e "gradita" e si avverte la necessità di verificare costantemente ogni fase saliente del suo rapporto con lo Stato<sup>(53)</sup>.

---

<sup>(52)</sup> Naturalmente, con la formula tipo "straniero" si vuole far riferimento al cittadino non appartenente ad uno Stato Membro dell'Unione Europea ovvero all'apolide (art. 1, comma 1, t.u.i.). Si può notare subito la discrasia normativa, risolta tuttavia attraverso il ricorso all'applicazione del principio di specialità in astratto, tra questa definizione di "straniero" e quella ricavabile dall'art. 4 c.p. che considera cittadini italiani, agli effetti della legge penale, anche gli apolidi residenti nel territorio statutale. Nondimeno, non si mancherà nel prosieguo del paragrafo di evidenziare alcune disposizioni, dal contenuto analogo a quelle del t.u.i., rivolte alla regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno di stranieri appartenenti ad uno Stato Membro dell'Unione Europea.

<sup>(53)</sup> In alcune ipotesi, poi, la diffidenza normativa raggiunge apici maniacali. A titolo esemplificativo, si ricorda il divieto di prendere contatto con le autorità dello Stato di cui è cittadino, laddove vi ostino « motivate e gravi ragioni attinenti alla amministrazione della giustizia e alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale » (art. 2, comma 7, t.u.i.).

Ovvero l'obbligo per lo straniero di sottoposizione a rilievi fotodattiloscopici tanto nelle ipotesi di richiesta di rilascio ovvero di rinnovo del permesso di soggiorno (art. 5, commi 2 *bis* e 4

Ciò si traduce, normativamente, in una *liason* intransigente e fortemente sbilanciata: dall'arbitrio delle autorità di pubblica sicurezza alla configurazione di numerose presunzioni "amministrative" di colpevolezza, dal conio di fattispecie incriminatrici *ad hoc* all'adozione di forme rituali speciali, le sorti dello straniero restano in balia dell'apparato statale in un preoccupante vuoto di garanzie.

Sia sufficiente considerare che il visto di ingresso ed il permesso di soggiorno, i due provvedimenti amministrativi su cui gravitano tutte le vicende normative che possono coinvolgere lo straniero, rappresentano premi ambiti e talvolta irraggiungibili, siccome il rilascio fortemente connotato da arbitrio amministrativo.

L'accertamento, in capo allo straniero, di un disvalore soggettivo qualificato vagamente in termini di "pericolosità" inibirà allo stesso l'ingresso (pericolosità *originaria*) ovvero il soggiorno (pericolosità *sopravvenuta*) nel territorio statale. In entrambe le ipotesi, è prevista l'adozione di *misure* di prevenzione che, rispettivamente, si concretizzano:

- nel respingimento (art. 4, comma 3, t.u.i.)<sup>(54)</sup>;

---

*bis*, t.u.i.) quanto, durante il soggiorno ed unitamente a rilievi segnaletici, in caso di dubbio sulla sua identità personale (art. 6, comma 4, t.u.i.). Se si considera infine che, ai sensi dell'art. 4 t.u.l.p.s., «l'autorità di pubblica sicurezza ha facoltà di ordinare che le persone pericolose o sospette e coloro che non sono in grado o si rifiutano di provare la loro identità siano sottoposti a rilievi segnaletici» di cui all'art. 7 reg. att. t.u.l.p.s. (descrittivi, fotografici, dattiloscopici ed antropometrici), si fa presto a comporre l'equazione "straniero = pericoloso".

Equazione il cui valore è suffragato dal disposto di cui all'art. 6, comma 6, t.u.i. che - riproducendo fedelmente l'ormai abrogato art. 148 t.u.l.p.s. - statuisce che «salvo quanto è stabilito nelle leggi militari, il prefetto può vietare agli stranieri il soggiorno in comuni o in località che comunque interessano la difesa militare dello Stato. Tale divieto è comunicato agli stranieri per mezzo della autorità locale di pubblica sicurezza o col mezzo di pubblici avvisi. Gli stranieri, che trasgrediscono al divieto, possono essere allontanati per mezzo della forza pubblica».

<sup>(54)</sup> Eseguito, salvo trattenimento dello straniero presso un c.i.e. (vedi *amplius* nota n. 32) ovvero per necessità di pubblico soccorso, dalla polizia di frontiera (art. 10, comma 1, t.u.i.).

Costituiscono fattori ostativi al respingimento, e comportano il rilascio del corrispondente permesso di soggiorno, le motivazioni *lato sensu* umanitarie copiosamente prevedute da numerose disposizioni di fonte nazionale ed internazionale. Il combinato disposto degli artt. 10, comma 4, e 19, comma 1, t.u.i. elenca *ad abundantiam* le quattro ipotesi più ricorrenti: asilo politico, riconoscimento dello *status* di rifugiato, adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari, persecuzione. La natura pleonastica delle disposizioni sopra cennate risulta evidente dalla loro totale sovrapposizione ad alcune norme di rango costituzionale che ne "assorbono" interamente il contenuto. A titolo di esemplificazione: in tema di diritto di asilo politico, gli artt. 10, comma 3, Cost.; 14, comma 1, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; e 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; in tema di divieto di respingimento, l'art. 19, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; in tema di ingresso e di soggiorno del rifugiato, l'art. 33, paragrafo 1, della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 (e

relativo Protocollo del 31 gennaio 1967); in tema di ingresso e soggiorno del soggetto beneficiario della protezione internazionale (rifugiato ovvero soggetto beneficiario della protezione “sussidiaria”), l’art. 21, paragrafo 1, della Direttiva 2004/83/CE (attuata pressoché fedelmente dal decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251); in tema di ingresso e di soggiorno, inferiore ai tre mesi e per motivi umanitari, dei cittadini non europei, l’art. 5, paragrafo 4, lett. c., del “codice frontiere Schengen”.

È solo il caso di ricordare che tutte le ipotesi *lato sensu* umanitarie, sopra elencte, non costituiscono mai deroghe assolute al provvedimento di respingimento, non trovando invero applicazione nei riguardi di quei soggetti considerati, per le più svariate ragioni, “pericolosi”: a titolo di esemplificazione, vedi, per la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, l’art. 14, comma 2; per la Convenzione di Ginevra, l’art. 33, paragrafo 2; per la Direttiva 2004/83/CE, gli artt. 12, paragrafi 2 e 3; 14, paragrafi 4 e 5; 17, paragrafi 1 e 2; 19, paragrafo 3; 21, paragrafo 2. Senza contare, poi, le ipotesi di respingimento *ad hoc* previste in sede di diritto internazionale pattizio, come ad esempio quelle predisposte nei riguardi di soggetti meramente “coinvolti” (*implicated*) nella tratta di persone (art. 11, paragrafo 5, del Protocollo addizionale alla Convenzione N.U. contro la criminalità organizzata transazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare donne e bambini) ovvero nei riguardi di soggetti considerati come “pericolosi” e presenti nella c.d. zona contigua al proprio mare territoriale (art. 33, paragrafo 1, lett. a, della Convenzione N.U. sul diritto del mare).

Vedi, per un’analisi della parziale sovrapposizione normativa tra la figura dell’“esule” richiamata dal disposto costituzionale e quella del “rifugiato” contemplata dalla Convenzione di Ginevra, A. CASSESE, sub *art. 10*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1975, p. 532 ss.. In particolare, la natura precettiva dell’art. 10, comma 3, Cost. fa concludere l’autore circa una netta differenza tra la situazione giuridica soggettiva dell’esule “politico”, titolare di un vero e proprio diritto soggettivo, e quella del “tradizionale” straniero, titolare al contrario di un interesse legittimo al rilascio del visto d’ingresso e del permesso di soggiorno. Nello stesso senso, vedi Cass. Civ., S.U., sentenza 26 maggio 1997, n. 4674. Al contrario, svuotano il disposto costituzionale del suo contenuto precettivo numerose pronunce successive del giudice di legittimità secondo cui il diritto di asilo politico - lungi dal comportare, in presenza di tutti i requisiti normativi, il rilascio di un autonomo permesso di soggiorno - sarebbe limitato a consentire l’ingresso dello straniero nel territorio statale all’esclusivo fine di adire il diverso procedimento per il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Vedi, *ex multis*, Cass. Civ., Sez. I, sentenza 1 settembre 2006, n. 18941; Sez. I, sentenza 25 settembre 2006, n. 18549; Sez. I, sentenza 25 novembre 2005, n. 25028; Sez. I, sentenza 4 maggio 2004, n. 8423.

Si deve sottolineare come la giurisprudenza di legittimità si sia ostinata a non riconoscere la necessaria sospensione del procedimento amministrativo culminante con l’espulsione nelle more della pregiudiziale domanda per il riconoscimento dello *status* di rifugiato: vedi, *ex multis*, Cass. Civ., Sez. I, sentenza 14 maggio 2009, n. 11264; Cass. Civ., Sez. I, sentenza 25 ottobre 2007, n. 22367. A parziale temperamento di questo orientamento, si ricorda l’insegnamento “comunitariamente” orientato delle Sezioni Unite che, in tema di onere della prova del possesso dei requisiti afferenti allo *status* di rifugiato, distribuiscono congiuntamente tale onere tanto sul ricorrente quanto sul giudicante. Vedi Cass. Civ., S.U., sentenza 17 novembre 2008, n. 27310. Un orientamento che, per la precisione, inverte quella tendenza rigorosa consolidatasi in precedenza circa la ripartizione dell’onere probatorio, seppur “attenuato” attese le “insormontabili” difficoltà fattuali lesive del diritto alla difesa dello straniero, esclusivamente in capo a quest’ultimo: vedi, *ex multis*, Cass. Civ., Sez. I, sentenza 20 dicembre 2007, n. 26822; Sez. I, sentenza 23 agosto 2006, n. 18353; Sez. I, sentenza 27 dicembre 2005, n. 28775; Sez. I, sentenza 2 dicembre 2005, n. 26728.

Si deve notare, infine, come i respingimenti debbano essere registrati dall’autorità di p.s. così da formare una sorta di cronologia delle manifestazioni di “pericolosità” dello straniero (art. 10, comma 6, t.u.i.).

- nel diniego di rilascio (o di rinnovo) ovvero nella revoca del permesso di soggiorno (art. 5, comma 5, t.u.i.)<sup>(55)</sup>.

E si proceda con ordine. Il disvalore soggettivo dello straniero costituisce fattore ostativo all'ingresso dello stesso nel territorio statale<sup>(56)</sup>. Le due ipotesi codificate assumono stampo autoritario: la prima risulta espressione dell'*arbitrium* dell'autorità di pubblica sicurezza; la seconda, di una presunzione "amministrativa" di colpevolezza. L'art. 4, comma 3, t.u.i. si fraziona perciò in due distinti segmenti.

Nel primo si afferma lapidariamente che non è ammesso in Italia lo straniero che «sia considerato una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone». Una simile disciplina non sembra potersi collocare nel concetto di discrezionalità (anche la più ampia) di matrice amministrativa. Invero, la legittimazione accordata a valutazioni *ab solute* di opportunità politica fa sconfinare questa regolamentazione in un incontrollato ed incontrollabile *arbitrium*<sup>(57)</sup>.

---

<sup>(55)</sup> Al "diniego di rilascio" segue la concessione di un termine per il c.d. "rimpatrio volontario" (art. 12, comma 2, reg. att. t.u.i.). Alla "revoca" segue invece l'espulsione amministrativa disposta dal prefetto ai sensi dell'art. 13, comma 2, lett. b, t.u.i.. Ed in tale ipotesi, l'espulsione, lungi dal costituire una sanzione amministrativa accessoria, altro non è che l'appendice esecutiva della misura di prevenzione irrogata. Infine, dall'insegnamento della giurisprudenza di legittimità, si evince che al "diniego di rinnovo" segue, in caso di richiesta tempestiva di rinnovo, la concessione di un termine per il c.d. "rimpatrio volontario" mentre, in caso di richiesta intempestiva di rinnovo, l'espulsione amministrativa ex art. 13, comma 2, lett. b, t.u.i.. Vedi Cass. Pen., S.U., sentenza 20 maggio 2003, n. 7892.

<sup>(56)</sup> Non si deve confondere il respingimento come misura di prevenzione da quello disposto con accompagnamento alla frontiera ex art. 10, comma 2, lett. a, t.u.i., che assume invece le vesti di sanzione amministrativa, ovvero da quello previsto ex art. 4, comma 6, t.u.i. che assume le vesti di mera appendice esecutiva di provvedimenti, amministrativi o penali, già assunti. Si deve notare come l'art. 4, comma 6, t.u.i. richiami, tra i vari provvedimenti amministrativi elencati, anche le "segnalazioni" internazionali ai fini della non ammissione, limitandole però a quelle disposte «per gravi motivi di ordine pubblico, di sicurezza nazionale e di tutela delle relazioni internazionali». Al contrario, l'art. 5, comma 1, lett. d-e, del "codice frontiere Schengen" richiama indistintamente, in tema di soggiorno inferiore ai tre mesi e salve le "eccezioni" *lato sensu* umanitarie, qualsiasi "segnalazione" ai fini della non ammissione, purché trasmessa nel sistema informativo Schengen ai sensi dell'art. 96 c.a.a.s.. Una disposizione, dunque, certamente più sfavorevole ma che, per l'immediata efficacia precettiva del regolamento comunitario, troverà nondimeno applicazione in luogo del più mite art. 4, comma 6, t.u.i..

<sup>(57)</sup> Non si è fatta molta strada dal vecchio art. 152 t.u.l.p.s. che consentiva ai prefetti la "repulsione" degli stranieri «che non sappiano dare contezza di sé, o siano sprovvisti di mezzi».

Nel secondo, al contrario, il metro del giudizio di pericolosità soggettiva viene “alleggerito” da una presunzione legale assoluta vincolata ad un provvedimento di condanna che, se pronunciata in relazione ai fatti di reato ritenuti più gravi, può anche non assumere la veste di giudicato<sup>(58)</sup>.

Di fronte all'imponente “Leviatano” amministrativo, sono previsti alcuni magri correttivi in ossequio al *favor familiae*<sup>(59)</sup> ed al *favor minoris*<sup>(60)</sup>. Di certo,

---

Completava questa disposizione l'art. 271 reg. esecuz. t.u.l.p.s. alla stregua del quale oggetto della “repulsione” dovevano essere, *in ogni caso*, «gli stranieri indigenti o che esercitino il meretricio o mestieri dissimulanti l'ozio, o il vagabondaggio o la questua».

Attualmente, riproducendo lo “stereotipo” normativo del passato, l'art. 4, comma 3, t.u.i. ritiene sufficiente la mera “considerazione”, da parte dell'autorità amministrativa, circa la “pericolosità” dello straniero. Ed oltretutto, per motivi di sicurezza o di ordine pubblico, si deve considerare che il diniego di rilascio del visto di ingresso, salve alcune ipotesi peculiari, può anche non essere motivato (art. 4, comma 2, t.u.i.). Con il che non si comprende come lo straniero possa efficacemente aggredire il suddetto provvedimento nel completo difetto di qualsiasi motivazione circa questo già evanescente concetto di “pericolosità”.

Degno di nota, infine, appare il peculiare (re)ingresso dello straniero, già titolare del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, espulso però da altro Stato Membro dell'Unione Europea (art. 9, comma 13, t.u.i.). In tal caso, l'autorizzazione al (re)ingresso è rilasciata soltanto se lo straniero non costituisce “pericolo” per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato.

<sup>(58)</sup> In particolare, non è ammesso nel territorio statale lo straniero «che risulti condannato, anche con sentenza non definitiva, adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati previsti dall'articolo 380, commi 1 e 2, del codice di procedura penale ovvero per reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite. Impedisce l'ingresso dello straniero in Italia anche la condanna, con sentenza irrevocabile, per uno dei reati previsti dalle disposizioni del titolo III, capo III, sezione II, della legge 22 aprile 1941, n. 633, relativi alla tutela del diritto di autore, e degli articoli 473 e 474 del codice penale».

L'automatismo preclusivo svela in realtà una tecnica selettiva abbastanza curiosa. Questo perché, tra i fatti di reato considerati più gravi, si accostano ipotesi normative sanzionabili con l'ergastolo (ad esempio, l'attentato al Presidente della Repubblica ovvero la strage) assieme ad altre ove il minimo edittale è pari a pochi mesi di reclusione (ad esempio, la corruzione di minorenni). Oltretutto, stante la natura assoluta della presunzione legale, non si comprende se lo straniero condannato con sentenza irrevocabile non possa più effettuare l'ingresso nel territorio statale ovvero se lo stesso debba prima beneficiare degli effetti di quelle cause estintive, del reato o della pena, che travolgono anche gli “effetti penali” del provvedimento di condanna.

<sup>(59)</sup> Lo straniero per il quale è richiesto il ricongiungimento familiare non è ammesso nel territorio statale soltanto quando «rappresenti una minaccia concreta e attuale per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone». Oltre alla specificazione in termini di “concretezza” ed “attualità” della minaccia, si deve inoltre sottolineare che un eventuale diniego del rilascio del visto di ingresso dovrà sempre essere motivato (art. 4, comma 2, t.u.i.).

<sup>(60)</sup> Il tribunale dei minorenni «per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano, può autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato, anche in deroga alle altre disposizioni della presente legge» (art. 31, comma 3, t.u.i.). E su tale

assieme alla “valvola di sicurezza” umanitaria, risultano gli unici sostegni della precaria tenuta costituzionale di questo rigoroso meccanismo del disvalore soggettivo (accertato o presunto) dello straniero<sup>(61)</sup>.

Come si è premesso all’inizio del paragrafo, anche la pericolosità “sopravvenuta” trasforma lo straniero in ospite indesiderato, comportando la caducazione dei precedenti provvedimenti favorevoli.

La regola generale è prevista dall’art. 5, comma 5, t.u.i.. Il questore nega il rilascio (o il rinnovo) ovvero revoca il permesso di soggiorno nel caso di difetto dei «requisiti richiesti per l’ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato»<sup>(62)</sup>. Tra i quali, senza dubbio, deve essere annoverata la *periculositas superveniens* sotto forma di (sopravvenuta) “considerazione” di pericolosità dello straniero, di

---

fondamentale disposizione la giurisprudenza di legittimità ha precisato che «non postula necessariamente l’esistenza di situazioni di emergenza o di circostanze contingenti ed eccezionali strettamente collegate alla sua salute, potendo comprendere qualsiasi danno effettivo, concreto, percepibile ed oggettivamente grave che in considerazione dell’età o delle condizioni di salute ricollegabili al complessivo equilibrio psico-fisico deriva o deriverà certamente al minore dall’allontanamento del familiare o dal suo definitivo sradicamento dall’ambiente in cui è cresciuto. Trattasi di situazioni di per sé non di lunga o indeterminabile durata, e non aventi tendenziale stabilità che pur non prestandosi ad essere preventivamente catalogate e standardizzate, si concretano in eventi traumatici e non prevedibili nella vita del fanciullo che necessariamente trascendono il normale e comprensibile disagio del rimpatrio suo o del suo familiare». Vedi Cass. Civ., S.U., sentenza 25 ottobre 2010, n. 21799.

Di talché il *favor minoris*, che prevale per espressa disposizione normativa su ogni altra disposizione del t.u.i., costituisce una vistosa deroga anche all’art. 29, comma 1 *ter*, t.u.i. che, al fine di tutelare il modello monogamico di famiglia, vieta il ricongiungimento nel territorio statale col secondo coniuge. In realtà, la formulazione “bizzarra” di quest’ultima disposizione privilegia e tutela il coniuge che *per primo* ha fatto ingresso nel territorio statale, ricongiungendosi con lo straniero *de quo*, e non anche il coniuge che si è sposato *con stato libero* (che, non necessariamente, coinciderà col coniuge che per primo ha fatto ingresso nel territorio statale).

<sup>(61)</sup> In particolare, l’*arbitrium* amministrativo denunciato eluderebbe la riserva di legge assoluta e rinforzata dell’art. 10, comma 2, Cost.. Vedi *amplius* A. CASSESE, sub *art. 10*, cit., p. 508 ss.: «la *ratio* di tale riserva è evidente. Si è voluto anzitutto sottrarre alla regolamentazione della pubblica amministrazione un campo nel quale l’autorità pubblica del passato regime fascista si era ispirata a viete ideologie nazionalistiche e xenofobe, guardando con sostanziale sospetto agli stranieri ed assoggettandoli ad un trattamento assai illiberale».

<sup>(62)</sup> Il comma successivo, nel tentativo di introdurre una integrazione a tale regola generale, degrada a disposizione dalla natura pleonastica stante il riferimento – anche se limitatamente ai provvedimenti di diniego di rilascio ovvero di revoca (non menzionando, dunque, quello di diniego di rinnovo) – a precetti del diritto internazionale pattizio ed alle eccezioni *lato sensu* “umanitarie” di pari rango, vale a dire a disposizioni di per sé già cogenti nell’ordinamento giuridico. Senza considerare, infine, che il comma 6 dell’art. 5 non si riferisce, neanche in via presuntiva, ad alcun profilo di disvalore soggettivo dello straniero.

(sopravvenuta) “segnalazione” ai fini della non ammissione ovvero di (sopravvenuta) condanna per i reati elencati nell’art. 4, comma 3, t.u.i.<sup>(63)</sup>.

Ma il rigore della disciplina di polizia è soltanto il preludio del ben più invasivo arsenale penalistico. All’inefficacia delle *misure* subentra, senza alcuna soluzione di continuità né sfumatura di graduazione, la più afflittiva delle *sanzioni*. L’alone di *diffamatio* che avvolge lo straniero legittima l’anticipazione

---

<sup>(63)</sup> In ordine alla prognosi questoria di pericolosità soggettiva, i commi 5 e 5 *bis* dell’art. 5 t.u.i. si prefiggono il compito, ma con risultati affatto speculari, di arricchirne il metro di giudizio.

Il *favor familiae* espresso dal comma 5 impone che, nei confronti dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto, il questore dovrà tener conto «della natura e della effettività dei vincoli familiari dell’interessato e dell’esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese d’origine, nonché, per lo straniero già presente sul territorio nazionale, anche della durata del suo soggiorno nel medesimo territorio nazionale». Questa disposizione, in sede di soggiorno dello straniero, fa da *pendant* normativo a quella, in sede di ingresso dello stesso, prevista dall’art. 4, comma 3, t.u.i..

Limitatamente al provvedimento di diniego di rinnovo ovvero di quello di revoca del permesso di soggiorno per motivi familiari, il comma 5 *bis* “ricorda” di considerare «eventuali condanne per i reati previsti dagli articoli 380, commi 1 e 2, e 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, ovvero per i reati di cui all’articolo 12, commi 1 e 3». Ma la formulazione è davvero infelice. In primo luogo, il riferimento ad alcuni delitti per cui è consentita la durata massima per la conclusione delle indagini preliminari (*recte*: i delitti di cui all’art. 407, comma 2, lett. a, c.p.p.) ha natura pleonastica, atteso che tale figure criminose sono già tutte passibili di arresto obbligatorio in flagranza. Senza contare che l’art. 12 t.u.i., limitatamente al suo terzo comma, è già ricompreso nei delitti *ex art.* 407, comma 2, lett. a, c.p.p. così che, in ultima analisi, tale fattispecie incriminatrice viene richiamata, all’interno del comma 5 *bis*, per ben tre volte. In secondo luogo, l’intera disposizione del comma 5 *bis* sembra assumere natura pleonastica stante il difetto di un *quid novi* rispetto alla regola generale prevista dal comma 5 analizzato nel testo (e che richiede, come requisito positivo per il “soggiorno”, proprio l’assenza di una condanna, anche non irrevocabile, per uno dei delitti *de quibus*). Infine, ed a tutto voler concedere alla pessima tecnica legislativa utilizzata, non si comprende il silenzio “irragionevole” del legislatore, in questo comma 5 *bis*, circa il provvedimento di “rifiuto” del permesso di soggiorno per motivi familiari nonché, *amplius*, la *ratio* della limitazione dell’intera disposizione a questa singola tipologia di permessi di soggiorno.

Disposizioni analoghe a quelle ora esaminate sono dettate in tema di diniego di rilascio ovvero di revoca del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, anche se rilasciato da altro Stato Membro dell’Unione Europea (artt. 9, commi 4 e 7; 9 *bis*, comma 6, t.u.i.).

In alcune ipotesi normative peculiari, infine, il provvedimento sfavorevole del questore assume la natura di *sanzione* amministrativa, principale o accessoria. A titolo esemplificativo: il diniego di rilascio, di rinnovo ovvero la revoca del permesso di soggiorno sanziona in via principale la violazione del divieto di richiesta di ricongiungimento della famiglia di modello poligamico (art. 5, comma 5 *ter*, t.u.i.); la revoca del permesso di soggiorno, fatte salve però alcune peculiari tipologie di permesso di soggiorno, sanziona in via principale l’integrale perdita dei crediti dell’accordo di integrazione (art. 4 *bis*, comma 2, t.u.i.); la revoca del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo sanziona in via principale l’acquisto fraudolento dello stesso (artt. 9, comma 7, lett. a; 9 *ter*, comma 4, t.u.i.); la revoca del permesso di soggiorno dello straniero lavoratore autonomo si atteggia a sanzione amministrativa accessoria della condanna irrevocabile per uno dei delitti in materia di tutela del diritto di autore ovvero di quelli previsti dagli artt. 473 e 474 c.p. (art. 26, comma 7 *bis*, t.u.i.). In tutte queste ipotesi, la conseguente espulsione, lungi dal costituire una sanzione amministrativa accessoria, altro non è che l’appendice esecutiva della previa sanzione amministrativa, principale o accessoria, irrogata.



della soglia di punibilità: così l'“immigrazione clandestina” si traduce normativamente nel prototipo del reato proprio di pericolo astratto<sup>(64)</sup>.

Non si punisce il fatto di reato commesso dallo straniero *clandestino*<sup>(65)</sup> bensì, prima ancora, l'ingresso o il soggiorno *clandestino* dello straniero atteso che,

---

<sup>(64)</sup> L'anticipazione della soglia di punibilità è resa ancora più evidente dal rilievo che, tra gli elementi essenziali della fattispecie incriminatrice, difetta l'inciso “senza giustificato motivo” che, nella sua veste di elemento positivo costruito negativamente (vedi, per alcune fattispecie analoghe, gli artt. 6, comma 3; 14, commi 5 *ter* e 5 *quater*, t.u.i.), poteva senz'altro attenuarne il rigore.

Senza considerare, poi, l'eventualità che il fatto di reato previsto dall'art. 10 *bis* t.u.i., per le più svariate ragioni, possa in concreto risultare penalmente inoffensivo con conseguente applicazione dello schema del reato impossibile ovvero quello del proscioglimento per la particolare “tenuità” del fatto ai sensi dell'art. 34 g.d.p.. E sia sufficiente pensare al caso dello straniero che sia “rimasto” clandestino per pochissimi giorni, intercorrenti tra la scadenza del permesso di soggiorno ed il suo rinnovo (reato impossibile per inidoneità dell'azione), ovvero dello straniero che, pur possedendo tutti i requisiti normativamente richiesti per il rilascio del visto d'ingresso e del relativo permesso di soggiorno, nondimeno si introduca clandestinamente nel territorio statale (reato impossibile per inesistenza dell'oggetto giuridico).

<sup>(65)</sup> E laddove si puniva il fatto di reato commesso dallo straniero clandestino, il suo peculiare *status* avrebbe provveduto a strutturare una circostanza aggravante comune ad effetto comune (art. 61, comma 1, n. 11, c.p.). Naturalmente, una simile circostanza, riferibile al fatto di reato “comune” commesso dallo straniero clandestino, non poteva applicarsi alla contravvenzione in esame posto che lo *status* di clandestino già costituiva di questa un elemento essenziale.

Ad ogni modo, la *littera legis* prevedeva un aumento di pena per il fatto di reato commesso dallo straniero *tout court*, così da estendere l'applicazione della circostanza anche al fatto di reato commesso dal cittadino di uno Stato Membro dell'Unione Europea. Una simile formulazione – “ragionevole” siccome non discriminatrice tra straniero “comunitario” e straniero “extracomunitario” – fu giudicata come “infelice” dal legislatore, tanto da richiedere una successiva ed imbarazzante precisazione in sede di interpretazione autentica circa l'esclusione dell'applicabilità della circostanza *de qua* al fatto di reato commesso dallo straniero “comunitario”. La breve e controversa vita della circostanza ora in esame svelava in realtà un “accanimento” normativo nei confronti degli stranieri “extracomunitari” ma dimenticava troppo presto che anche gli stranieri “comunitari” potevano, a seguito di un provvedimento di “allontanamento”, commettere un fatto di reato in situazione di “clandestinità” (vedi *amplius* nota n. 53). La pessima “correzione” legislativa sanciva dunque un'odiosa regola generale: la presunzione legale assoluta di pericolosità non valeva per tutti gli stranieri clandestini ma soltanto per quelli “extracomunitari”. «Non siamo al livello di infamia delle leggi razziali: un'aggravante poco più che simbolica non è (non ancora) una *degradazione di status*. Ma è un primo passo, ambiguamente mascherato, in quella direzione. Nata da un senso comune segnato da preoccupazioni di sicurezza e da paura dei dicversi, non giova affatto alla sicurezza di alcuno, e contamina il sistema penale con una esplicita statuizione di disuguaglianza fra categorie di persone». Vedi D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2009, p. 559.

È la cronaca di una morte annunciata quella che giunge con la declaratoria di incostituzionalità pronunciata dalla Consulta con sentenza 5 luglio 2010, n. 249. La parte motiva dell'arresto si fonda principalmente su due argomentazioni: irragionevolezza, a parità di fatto di reato commesso tra stranieri “comunitari” ed “extracomunitari”, del “privilegio” accordato soltanto ai primi ed inconsistenza dogmatica, con relativo *vulnus* del principio di necessaria offensività dell'illecito penale, di una presunzione legale assoluta di pericolosità vincolata all'inosservanza delle norme amministrative in materia di ingresso e di soggiorno nel territorio statale. Viene censurata anche la portata omnicomprensiva della circostanza che, ai fini della sua

secondo una volgare quanto illusoria massima di esperienza, si ritiene tale ingresso o soggiorno “eziologicamente collegato” ad una susseguente condotta criminosa<sup>(66)</sup>.

Se il sensazionalismo mediatico, e non una ponderata analisi della correlazione tra fenomeno migratorio e devianza, ha condotto alla

---

applicazione, non postulava alcun legame eziologico tra la violazione amministrativa e quella penale.

Gli insegnamenti della Consulta sono compendati in questi significativi passaggi. Circa la prima argomentazione, «non potrebbe essere ritenuta ragionevole e sufficiente, d'altra parte, la finalità di contrastare l'immigrazione illegale, giacché questo scopo non potrebbe essere perseguito in modo indiretto, ritenendo più gravi i comportamenti degli stranieri irregolari rispetto ad identiche condotte poste in essere da cittadini italiani o comunitari. Si finirebbe infatti per distaccare totalmente la previsione punitiva dall'azione criminosa contemplata nella norma penale e dalla natura dei beni cui la stessa si riferisce, specificamente ritenuti dal legislatore meritevoli della tutela rafforzata costituita dalla sanzione penale». Sulla “ragionevolezza”, ai sensi dell'art. 16 Cost., della diversità di disciplina tra cittadino e straniero, come vincolo costituzionale per il legislatore ordinario, vedi anche Corte Costituzionale, ordinanza 31 ottobre 2007, n. 361; sentenza 26 maggio 2006, n. 206; sentenza 24 febbraio 1994, n. 62.

Ed infine, in ordine alla seconda argomentazione, la Corte ricorda che «la qualità di immigrato «irregolare» – che si acquista con l'ingresso illegale nel territorio italiano o con il trattenimento dopo la scadenza del titolo per il soggiorno, dovuta anche a colposa mancata rinnovazione dello stesso entro i termini stabiliti – diventa uno “stigma”, che funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto, i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve o distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità. Le qualità della singola persona da giudicare rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, in base ad una presunzione assoluta, che identifica un «tipo di autore» assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento».

Attesa l'inscindibile connessione normativa, con la medesima pronuncia la Consulta ha proceduto alla dichiarazione di illegittimità costituzionale in via consequenziale, oltre che della norma di interpretazione autentica sopra richiamata, anche dell'art. 656, comma 9, lett. a, c.p.p. che vietava *in executivis* la sospensione, al fine dell'eventuale concessione di alcune misure alternative alla detenzione, degli effetti dell'ordine di carcerazione pronunciato dal p.m..

<sup>(66)</sup> Lo statuto penale del tipo “straniero”, naturalmente, non si esaurisce nella contravvenzione di “immigrazione clandestina”. Salve le numerose fattispecie criminose di “reingresso clandestino”, di cui si avrà modo di parlare nel prosieguo del paragrafo, si deve menzionare in particolare l'ipotesi contravvenzionale (non obblazionabile e di natura “speciale” rispetto all'art. 651 c.p.) per lo straniero che «a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, non ottempera, senza giustificato motivo, all'ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato».

La novella del 2009 ha modificato la *littera legis* per cui attualmente l'oggetto dell'ordine di esibizione è tanto il passaporto (o altro documento di identificazione) quanto il permesso di soggiorno (o altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato). Nella previgente versione le due tipologie documentali erano poste in rapporto alternativo per cui le Sezioni Unite si erano pronunciate circa l'applicabilità della contravvenzione *de qua* anche allo straniero clandestino, limitatamente alle ipotesi in cui egli fosse stato richiesto dell'esibizione di un documento di identificazione ma non anche del permesso di soggiorno, posta l'incompatibilità tra quest'ultimo e lo *status* di clandestino. Vedi Cass. Pen., S.U., sentenza del 29 ottobre 2003, n. 45803.

criminalizzazione della condotta ora in esame, l'adozione della veste contravvenzionale si rivela una mossa "astuta" per un duplice ordine di motivi.

In primo luogo, da un punto di vista di politica criminale, il reato contravvenzionale – con la sua disciplina, di regola, più mite rispetto a quella del reato delittuoso – desta meno "scalpore". Nella stessa ottica si pone la previsione sanzionatoria, destinata a sicura ineffettività, della sola pena pecuniaria: non tanto perché tale contravvenzione risulta non oblationabile per esplicita *voluntas legis*<sup>(67)</sup>, quanto perché punire un "povero" con una pena pecuniaria significa malcelare l'inevitabile conversione della stessa in una pena "detentiva" mascherata<sup>(68)</sup> ovvero la sua sostituzione con l'espulsione giudiziale<sup>(69)</sup>. Senza contare, poi, l'evidente "inopportunità" di pagare l'ammenda posto che, anche scontando la suddetta pena pecuniaria, lo straniero *sine titulo* dovrà comunque essere espulso. Il legislatore, privilegiando la "sordina" al grande proclamo, può dunque realizzare la direttiva prefissatasi (*recte*: una repentina espulsione) al riparo da particolari reazioni politiche e senza suscitare l'"indignazione popolare".

In secondo luogo, da un punto di vista squisitamente normativo, il reato contravvenzionale è compatibile – salvo contro-indicazioni strutturali che, nel caso di specie, difettano – tanto con il coefficiente psicologico doloso quanto con quello colposo. L'ambito di punibilità "soggettiva", dunque, raggiunge in questa fattispecie incriminatrice la sua estensione massima.

Un'attenta analisi dell'art. 10 *bis* t.u.i. offre lo spunto per ulteriori ed interessanti considerazioni. La tecnica di costruzione adottata è ispirata dall'anima poliziesca: la fattispecie di immigrazione clandestina si presenta come

---

<sup>(67)</sup> Invero tale causa estintiva del reato, postulando un reato consumato, neanche avrebbe potuto essere applicata nell'ipotesi di soggiorno clandestino, siccome reato permanente. Pertanto, e limitatamente a tale condotta, l'inammissibilità dell'oblazione discende, più che una da precisa scelta di politica criminale, da considerazioni squisitamente normative. Al contrario, tale causa estintiva del reato avrebbe potuto essere compatibile con la condotta di ingresso clandestino, siccome reato istantaneo, tuttavia non dispiegando alcuna efficacia preclusiva circa una successiva prognosi di abitualità o professionalità (art. 106, comma 1, c.p.) né tantomeno contribuendo a definire i rapporti, come si analizzerà meglio nel prosieguo del paragrafo, tra procedimento amministrativo e procedimento penale.

<sup>(68)</sup> Per la precisione, atteso che tale fattispecie è di competenza del giudice di pace, nel lavoro sostitutivo ovvero nella permanenza domiciliare (art. 55 g.d.p.).

<sup>(69)</sup> Come si vedrà *amplius* nel prosieguo del testo, ai sensi dell'art. 62 *bis* g.d.p..

norma penale “in bianco” caratterizzata da una struttura minimalista ed a tratti labirintica<sup>(70)</sup>.

In palese violazione della riserva assoluta di legge in materia penale, il precetto viene colorato da una serie di rinvii formali “a cascata” che talvolta sfociano nelle disposizioni previste da fonte di rango regolamentare<sup>(71)</sup>. Oltretutto, coincidendo l’estensione della fattispecie incriminatrice con quella della fattispecie amministrativa sanzionatoria, il diritto penale smarrisce la sua funzione di *extrema ratio* ripercorrendo lo stereotipo del diritto penale “ulteriormente sanzionatorio”.

La contemporanea tipizzazione delle condotte di “ingresso” e di “soggiorno”, avvinte da una relazione logicamente alternativa, sembra illustrare una progressione criminosa, rilevante ai fini della decorrenza del termine prescrizionale, ove si procede da un reato istantaneo ad un reato permanente. Ed il *tempus commissi delicti* scandisce il momento in cui devono instaurarsi due procedimenti paralleli ma connotati da differenti velocità: quello di matrice

---

<sup>(70)</sup> Degne di nota sono le due clausole negative esplicite di non punibilità. La prima costituisce l'*incipit* dell'art. 10 *bis* t.u.i. e scatta, ad esempio, nelle ipotesi criminose del “reingresso clandestino”.

La seconda, al contrario, sembra possedere natura pleonastica perché sancisce l'inapplicabilità della fattispecie contravvenzionale a coloro che, ai valichi di frontiera, sono destinatari della misura del respingimento (art. 10 *bis*, comma 2, t.u.i.). In effetti, chi si trova ai valichi di frontiera non ha ancora effettuato alcun ingresso nel territorio statale così che la sua condotta non potrebbe ricadere, e ciò senza alcuna necessità di specifica disposizione, nella previsione della norma penale incriminatrice. Né potrebbe sostenersi che il comma ora censurato serva comunque ad escludere la punibilità a titolo di tentativo dell'ingresso clandestino nel territorio statale. E questo perché sia sufficiente ricordare, a tal proposito, la natura contravvenzionale della fattispecie all'esame.

Infine, si deve menzionare la peculiare causa estintiva del reato, presente nella parte finale del secondo comma, applicabile agli stranieri clandestini che, identificati dalla polizia di frontiera ed in uscita dal territorio statale, sono premiati per la loro “desistenza volontaria”. Questa disposizione, a ben vedere, non potrebbe mai riferirsi agli stranieri clandestini in uscita dal territorio statale in osservanza, ad esempio, del c.d. “rimpatrio volontario” posto che, in tal caso, il soggiorno nel territorio statale, fino al raggiungimento dei valichi di frontiera, avviene non “in violazione” (come prescrive l'art. 10 *bis*, comma 1, t.u.i.) bensì “in esecuzione” delle disposizioni in materia di immigrazione.

<sup>(71)</sup> A titolo esemplificativo, sia sufficiente pensare che l'accordo di integrazione ed i relativi crediti vengono interamente disciplinati (oltretutto, in violazione degli artt. 10, comma 2, e 13, comma 2, Cost.) da norma di rango regolamentare (art. 4 *bis*, comma 2, t.u.i.). Ora, comportando la totale perdita dei crediti la revoca del permesso di soggiorno, con conseguente *status* di clandestino dello straniero soggiornante, si è attribuito indirettamente al potere esecutivo la facoltà di disciplinare un presupposto giuridico della condotta penalmente rilevante.

amministrativa, teleologicamente culminante con l'espulsione<sup>(72)</sup>, e quello di matrice penale "onoraria"<sup>(73)</sup>.

I due procedimenti entrano in competizione: la repentinità del primo<sup>(74)</sup> mortifica l'introduzione del peculiare rito acceleratorio "onorario" e della sua effimera impalcatura pseudo-garantistica<sup>(75)</sup>. Non importa quale dei due sarà

---

<sup>(72)</sup> Ovvero, a seguito di ingresso clandestino dello straniero immediatamente seguito dal fermo dello stesso, culminante con il respingimento con accompagnamento alla frontiera disposto dal questore (art. 10, comma 2, lett. a, t.u.i.).

<sup>(73)</sup> Salve, naturalmente, le ipotesi di connessione rideterminanti la competenza per materia (art. 6 g.d.p.).

Non pochi dubbi sorgono sull'opportunità di attribuire al giudice di pace la competenza a conoscere della contravvenzione *de qua*. Dal punto di vista politico-criminale, invero, una simile scelta glissa la natura conciliativa del procedimento "onorario" e rimane insensibile al difetto di previsione, in tale sede, di numerose garanzie procedurali caratterizzanti, invece, i procedimenti incardinati presso i giudici "superiori" per materia. Sia sufficiente ricordare la "tendenziale" inappellabilità delle condanne alle sole pecuniarie (art. 37, comma 1, g.d.p.), l'inammissibilità del c.d. patteggiamento e del procedimento per decreto penale di condanna (art. 2, comma 1, lett. g-l, g.d.p.), l'inammissibilità della sospensione condizionale della pena (art. 60 g.d.p.).

Analoghe preoccupazioni circondano la competenza di un giudice non togato a convalidare il provvedimento di accompagnamento alla frontiera (art. 13, comma 5 *bis*, t.u.i.) nonché le misure "pseudo" cautelari previste in caso di espulsione tramite c.d. "rimpatrio volontario" (art. 13, comma 5.2, t.u.i.) ovvero tramite accompagnamento alla frontiera (trattenimento presso il c.i.e. *ex* art. 14, commi 4 e 5, t.u.i. ovvero una misura "pseudo" cautelare "meno invasiva" *ex* art. 14, comma 1 *bis*, t.u.i.).

<sup>(74)</sup> E salva l'*extrema ratio* della carcerazione preventiva "amministrativa" (*recte*: il trattenimento all'interno del c.i.e.) che può, nei casi limite, arrivare fino a 18 mesi di privazione della libertà personale dello straniero: vedi artt. 14, commi 1 e 5, t.u.i.; 15 e 16 della Direttiva (*self-executing*) 2008/115/CE.

A tal proposito, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha statuito, rivelando indirettamente la natura di misura "pseudo" cautelare del trattenimento all'interno del c.i.e., che il trattenimento in una struttura totalizzante non può essere giustificato dalla eventuale sussistenza di una "pericolosità" accertata in capo allo straniero: «la possibilità di collocare una persona in stato di trattenimento per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza non può trovare fondamento nella direttiva 2008/115 [...] l'art. 15, nn. 4 e 6, della direttiva 2008/115 dev'essere interpretato nel senso che non consente, quando il periodo massimo di trattenimento previsto dalla direttiva sia scaduto, di non liberare immediatamente l'interessato in quanto egli non è in possesso di validi documenti, tiene un comportamento aggressivo e non dispone di mezzi di sussistenza propri né di un alloggio o di mezzi forniti dallo Stato membro a tale fine». Vedi Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sentenza 30 novembre 2009, C-357/09.

<sup>(75)</sup> Fusione tra il rito direttissimo e quello immediato, entrambi sconosciuti al procedimento onorario, il giudizio a "presentazione immediata" (artt. 20 *bis*, 20 *ter* e 32 *bis* g.d.p.) risulta tendenzialmente applicabile ad ogni figura criminosa di competenza del giudice di pace. I requisiti richiesti in alternativa sono tre: la procedibilità di ufficio per il fatto di reato, lo stato di flagranza, l'evidenza probatoria.

La prima perplessità concerne l'attribuzione in capo all'organo investigativo del relativo giudizio di evidenza probatoria, sottoposto solo successivamente al vaglio del titolare dell'esercizio dell'azione penale (art. 20 *bis*, commi 1 e 3, g.d.p.).

Oltretutto non si comprende perché, in caso di manifesta infondatezza della richiesta della polizia giudiziaria, il pubblico ministero, anziché richiedere l'archiviazione (stante la valutazione

definito prima perché, *in ogni caso*, si procederà nondimeno all'espulsione dello straniero (amministrativa o giudiziale che sia)<sup>(76)</sup>.

Il diritto penale simbolico assume così i contorni di una farraginoso quanto diseconomica mascherata<sup>(77)</sup>. Come ricorda il FERRAJOLI, «*illusione panpenalistica è sempre esiziale al garantismo, essendo lo strumento penale inidoneo a fronteggiare tutti i mali sociali senza rompersi o corrompersi*»<sup>4</sup>. Prova ne è la “forzata” sentenza di non luogo a procedere pronunciata ai sensi del quinto comma dell'art. 10 *bis* t.u.i.. Questo provvedimento rivela tutta l'impotenza del giudice di pace: l'acquiescenza dell'esecuzione questoria della sanzione amministrativa fa calare il sipario sul procedimento penale<sup>(78)</sup>.

---

nel merito), debba limitarsi ad esprimere soltanto un parere contrario alla prosecuzione del procedimento con le forme del rito acceleratorio (artt. 20 *bis*, comma 3; 20 *ter*, comma 2, g.d.p.).

Inoltre, la lapidarietà della disposizione secondo cui il magistrato inquirente, se ne ricorrono i presupposti normativi e salvo intenda richiedere l'archiviazione, «autorizza la presentazione immediata», sembrerebbe far intendere che la formulazione dell'imputazione non sia più prerogativa del rappresentante del pubblico ministero bensì della polizia giudiziaria in sede di richiesta di procedere con queste peculiari forme rituali (art. 20 *bis*, comma 3, g.d.p.). Ma quest'ultimo rilievo striderebbe vistosamente con gli artt. 101, comma 2, e 112 Cost.. Si deve dunque concludere che il magistrato inquirente, in sede di autorizzazione alla “presentazione immediata”, proceda anche alla formulazione dell'imputazione (*recte*: eserciti l'azione penale) valutando, e se del caso modificando, la contestazione precedentemente addebitata dall'organo investigativo.

Stona infine, per l'evidente compressione del diritto sancito dall'art. 24 Cost., la concessione in sede dibattimentale di un termine a difesa non superiore a 48 ore (*sic!*) in caso di celebrazione del procedimento ai sensi dell'art. 20 *ter* g.d.p..

<sup>(76)</sup> Ciò perché, anche nell'ipotesi di previa definizione del procedimento penale, il pagamento dell'ammenda da parte dello straniero non “sana”, dal punto di vista amministrativo, la clandestinità del suo soggiorno.

<sup>(77)</sup> Sia sufficiente menzionare la duplice natura derogatoria del quarto comma dell'art. 10 *bis* t.u.i.. La prima eccezione concerne la non necessarietà, ai fini dell'espulsione amministrativa, del nulla osta dell'autorità giudiziaria. La deroga all'art. 13, comma 3, t.u.i. – seppur limitata alla fase del giudizio di cognizione - si fonda su di una presunzione “amministrativa” di colpevolezza, essendo sufficiente per l'espulsione *de qua* la mera denuncia per il fatto di immigrazione clandestina. Analoghe deroghe, questa volta nei procedimenti innanzi al tribunale in composizione monocratica, si rinvencono nelle ipotesi di inosservanza delle misure “pseudo” cautelari disposte ai sensi degli artt. 13, comma 5.2, e 14, commi 1 *bis*, t.u.i. nonché dell'ordine questorio di uscire dal territorio statale (art. 14, comma 5 *sexies*, t.u.i.). La seconda eccezione concerne – in deroga all'art. 9, comma 1, l. dep. – la prevalenza dell'irrogazione della sanzione amministrativa (respingimento con accompagnamento alla frontiera ovvero espulsione) su quella della sanzione penale.

<sup>4</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto*, cit. p. 729.

<sup>(78)</sup> Oltretutto, a seguire rigorosamente la disciplina della sentenza di non luogo a procedere, si dovrebbe concludere che il giudice di pace non potrebbe pronunciarla laddove ritenga che, a seguito del proscioglimento dello straniero, allo stesso possa conseguire l'irrogazione dell'espulsione come misura di sicurezza (art. 425, comma 4, c.p.p.). Ma, a parte il ricorso ad una

L'inutile decorazione, derivante dall'abuso dello strumentario penale e rituale da parte del legislatore, finisce così per implodere su se stessa dissolvendo qualsiasi residuo profilo garantistico, sacrificato ad una spregiudicata efficienza della procedura amministrativa.

Raggiunta l'apice della sua intensità, la diffidenza nei confronti dello straniero sorvola sulla qualifica, amministrativa ovvero penale, del procedimento in concreto incardinato. Il *favor expulsionis* diventa allora un imperativo categorico ed il provvedimento espulsivo assume natura poliedrica tanto che la sua legittimazione deve essere adeguatamente distribuita tra l'autorità amministrativa e quella giudiziaria<sup>(79)</sup>.

---

tipologia di sentenza sconosciuta al giudice onorario, risultano doverose altre due ulteriori considerazioni.

La prima è che lo straniero si vede privato del diritto alla difesa quanto il pubblico ministero si vede privato, in caso di fondatezza della *notitia criminis*, della possibilità di esercitare ovvero di proseguire l'azione penale. *Mutatis mutandis*, queste argomentazioni valgono anche nelle altre ipotesi di deroga al nulla osta dell'autorità giudiziaria, ricordate nella nota che precede. E questo meccanismo perverso sarebbe dovuto alla mera acquisizione della denuncia che, da mera forma di notizia di reato, viene indebitamente assunta a mezzo di prova (anzi a prova "regina") della commissione dello stesso da parte dello straniero, tanto da poter elidere la garanzia del sindacato giurisdizionale su di un'attività amministrativa comunque incidente sulla libertà personale di quest'ultimo. Né può soccorrere, a tal proposito, la proposizione della domanda di protezione internazionale (art. 10 *bis*, comma 6, t.u.i.) perché, se è vero che determina la sospensione del procedimento penale nelle more della concessione o meno di questa peculiare causa estintiva del reato, è altrettanto vero che non dispiega i medesimi effetti in relazione a quello amministrativo di espulsione (vedi nota n. 12).

La seconda considerazione concerne l'ammissibilità del *bis in idem* nel caso lo straniero rientri nel territorio statale prima del termine previsto nel provvedimento di espulsione (art. 10 *bis*, comma 5, t.u.i.: da notare, poi, che non esiste un'analogia disposizione per l'ipotesi di rientro a seguito del respingimento con accompagnamento alla frontiera). Il rinvio all'art. 345 c.p.p. certifica, in una sorta di interpretazione autentica, la qualifica come condizione di procedibilità "innominata", e non anche come condizione obiettiva di punibilità, della "presenza del reo nel territorio dello Stato". Vedi, in tal senso, la Consulta che la definisce come una condizione di procedibilità "atipica" (Corte Costituzionale, ordinanza 7 aprile 2006, n. 142; ordinanza 7 aprile 2006, n. 143) e la giurisprudenza di legittimità che, privilegiando la dimensione speculare della fattispecie (*recte*: l'assenza del reo dal territorio dello Stato), la definisce una condizione di improcedibilità (Cass. Pen., Sez. I, sentenza 4 maggio 2004). Nell'ipotesi in cui lo straniero rientri prima del decorso del termine prescrizionale previsto per il fatto di immigrazione clandestina nonché prima del termine previsto nel provvedimento di espulsione (*recte*: commetta il fatto di "reingresso clandestino" di cui all'art. 13, commi 13 e 13 *bis*, t.u.i.), scatterà automaticamente un concorso materiale eterogeneo tra i due fatti di reato. Il disegno legislativo appare dunque molto chiaro: l'espulsione amministrativa è il prezzo da pagare per la definizione favorevole del procedimento penale ma, se la prima sconta l'ineffettività, la sentenza "premiata" di non luogo a procedere diviene *tamquam non esset*.

<sup>(79)</sup> Come per il respingimento, anche per l'espulsione sono presenti numerosi fattori ostativi *lato sensu* umanitari: vedi ad esempio, gli artt. 19, comma 1, t.u.i.; 19, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; 33, paragrafo 1, della Convenzione di Ginevra.

L'espulsione amministrativa, seguendo un ordine graduato decrescente di autorità e di *arbitrium*, può essere disposta:

- dal ministro dell'interno, «per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato» (art. 13, comma 1, t.u.i.)<sup>(80)</sup>;
- dal prefetto, nelle ipotesi di ingresso e soggiorno clandestino ovvero di peculiare sovrapposizione tra il tipo “straniero” e quello “sospetto” (art. 13, comma 2, t.u.i.)<sup>(81)</sup>.

La prima è sempre una *misura* di prevenzione; la seconda può essere tanto una *sanzione* amministrativa (art. 13, comma 2, lett. a-b, t.u.i.)<sup>(82)</sup> quanto una *misura* di prevenzione (art. 13, comma 2, lett. c, t.u.i.)<sup>(83)</sup>. Il provvedimento nasce

---

Ma, anche nelle suddette ipotesi, sono previste apposite deroghe, nei confronti dei soggetti considerati per le più svariate ragioni come “pericolosi”, che rendono inoperativi tali fattori (artt. 19, comma 2, t.u.i.; 32 e 33, paragrafo 2, della Convenzione di Ginevra). Infine, sono sempre vietate le espulsioni “collettive” di stranieri (art. 4 del Protocollo n. 4 addizionale alla CEDU; 19, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea).

<sup>(80)</sup> La procedura della preventiva notizia al presidente del consiglio dei ministri ed al ministro degli affari esteri viene fedelmente ricalcata su quella del vecchio art. 150 t.u.l.p.s. ove il ministro dell'interno, per motivi di ordine pubblico, procedeva all'espulsione dello straniero di passaggio o residente nel territorio statale, di concerto con il ministro degli affari esteri e col consenso dell'allora capo del governo. Vedi *amplius* A. JANNITTI PIROMALLO, *Manuale*, cit., p. 529 ss..

<sup>(81)</sup> L'esplicito riferimento, al fine di procedere ad espulsione, al difetto di respingimento (art. 13, comma 2, lett. a, t.u.i.) sembra assumere natura pleonastica posto che il provvedimento di espulsione risulta normativamente incompatibile con quello del respingimento.

Ferme restando le cautele prescritte dal *favor familiae* nelle ipotesi di espulsione per ingresso o soggiorno clandestino dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto (art. 13, comma 2 *bis*, t.u.i.), si deve notare come sia riproposta anche in sede di espulsione la peculiare ipotesi di “desistenza volontaria” che, in tal caso, assumerà le vesti di causa estintiva dell'illecito amministrativo (vedi, per il fatto di immigrazione clandestina, la nota n. 19).

Nel t.u.l.p.s., invece, l'espulsione prefettizia era subordinata al duplice requisito dell'autorizzazione del ministro dell'interno e della condanna irrevocabile per delitto ovvero della mera denuncia per l'inosservanza delle disposizioni concernenti il soggiorno degli stranieri. Nondimeno, nel difetto degli estremi per procedere all'espulsione, l'art. 152 t.u.l.p.s. prevedeva l'istituto dell'allontanamento: «i prefetti delle province di confine possono, per motivi di ordine pubblico, allontanare, mediante fogli di via obbligatorio, dai comuni di frontiera, nel caso di urgenza, riferendone al ministro, gli stranieri di cui all'art. 150 [...]. Per gli stessi motivi, i prefetti hanno facoltà di avviare alla frontiera, mediante foglio di via obbligatorio, gli stranieri che si trovano nelle rispettive province». Vedi *amplius* A. JANNITTI PIROMALLO, *Manuale*, cit., p. 531 ss..

<sup>(82)</sup> Come nelle ipotesi di ingresso e soggiorno clandestino (art. 13, comma 2, lett. a-b, t.u.i.), in quelle previste in tema di soggiorno (art. 5, comma 7, t.u.i.) ovvero in quelle di “reingresso clandestino” (artt. 235, comma 3, c.p. e 13, commi 13 e 13 *bis*, t.u.i.).

<sup>(83)</sup> Come nelle ipotesi di sovrapposizione tra il tipo “straniero” e quello “sospetto” (art. 13, comma 2, lett. c, t.u.i.) ovvero in quelle previste in tema di soggiorno *ex* art. 9, comma 10, t.u.i..



con le forme del decreto motivato immediatamente esecutivo. A questo punto l'esecuzione questoria<sup>(84)</sup> prevede due possibili epiloghi: nelle ipotesi più gravi, la

---

Naturalmente, e questo vale anche per l'espulsione ministeriale, quando il provvedimento *de quo* assume la veste di *misura* di prevenzione nei confronti di uno straniero "regolare", la conseguente revoca del permesso di soggiorno si atteggia a mera appendice esecutiva della misura stessa.

<sup>(84)</sup> Quando lo straniero è sottoposto a procedimento penale ma non si trova *in vinculis*, e salve le previste ipotesi di deroghe di natura "sanzionatoria" (vedi *amplius* la nota successiva), per eseguire l'espulsione il questore deve ottenere il nulla osta dell'autorità giudiziaria procedente. Il *favor expulsionis* non tollera ritardi né ostacoli per cui il comma 3 dell'art. 13 t.u.i. prescrive che il nulla osta può essere negato soltanto «in presenza di inderogabili esigenze processuali valutate in relazione all'accertamento della responsabilità di eventuali concorrenti nel reato o imputati in procedimenti connessi, e all'interesse della persona offesa». Due ulteriori disposizioni dimostrano come, nell'attuale normativa, il nulla osta divenga, *per facta concludentia*, una sorta di atto dovuto: presupponendo che le esigenze processuali sopra cennate siano sempre di natura "temporanea", «l'esecuzione del provvedimento è sospesa fino a quando l'autorità giudiziaria comunica la cessazione delle esigenze processuali»; inoltre, «il nulla osta si intende concesso qualora l'autorità giudiziaria non provveda entro sette giorni dalla data di ricevimento della richiesta».

Come si vede, non vi è alcun riferimento all'effettività del diritto alla difesa dello straniero ovvero alla necessità di un previo accertamento della *sua* responsabilità penale. Appare un mero palliativo la possibilità concessa allo straniero di ottenere un permesso di soggiorno ai fini di esercitare il diritto alla difesa *ex art. 17 t.u.i.*, posto che il suo rilascio, ponendosi in evidente contrasto con la natura "inviolabile" del diritto alla difesa, risulta subordinato alla "autorizzazione" del questore (oltretutto, di un soggetto non terzo né imparziale!). Sembra, al contrario, che l'unico correttivo del rigore della normativa possa essere rappresentato dall'immediato proscioglimento in merito ai sensi dell'art. 129, comma 1, c.p.p..

Suscita perplessità ancor più forti la possibilità di ottenere il nulla osta ricorrendo al meccanismo del silenzio assenso, degradando dunque un provvedimento giurisdizionale che prelude ad una declaratoria di improcedibilità alla stregua di un mero atto amministrativo: vedi però, per la natura di atto amministrativo, Corte Costituzionale, sentenza 27 dicembre 1991, n. 492. Se, come si ritiene più corretto, il nulla osta deve essere considerato un provvedimento giurisdizionale, allora il meccanismo del silenzio assenso è oltretutto inammissibile stante la violazione dell'obbligo di motivazione di ogni provvedimento giurisdizionale ai sensi dell'art. 111, comma 6, Cost..

Infine, il riferimento alla sentenza di non luogo a procedere (art. 13, comma 3 *quater*, t.u.i.) viene svincolato ancora una volta dal suo "naturale" contesto procedimentale atteso che potrebbe essere "forzatamente" pronunciata dal g.i.p. in sede di indagini preliminari (in tal caso, per le aporie costituzionali dell'interruzione del procedimento penale, vedi la nota n. 27). Ad onor del vero, non sarebbe la prima volta che una sentenza di non luogo a procedere viene pronunciata in sede di indagini preliminari: vedi, ad esempio, la sentenza per irrilevanza del fatto pronunciata in sede di diritto penale minorile (art. 27, comma 1, l.m.). D'altro canto, «il legislatore ben può introdurre delle modifiche al sistema processuale e quindi consentire la pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere in base a una richiesta del pubblico ministero diversa da quella di rinvio a giudizio o da altra norma di promovimento dell'azione penale prevista dall'art. 405 comma 1 c.p.p.». Vedi Cass. Pen., Sez. I, sentenza 4 maggio 2004. Si deve inoltre osservare come, nel comma in questione, la sentenza di non luogo a procedere, a seguito di avvenuta esecuzione dell'espulsione, possa essere pronunciata soltanto «se non è ancora stato emesso il provvedimento che dispone il giudizio». Il riferimento a questo "termine" procedimentale non significa che, se la prova dell'avvenuta esecuzione giunge in sede dibattimentale, il giudice provvederà con la "diversa" sentenza di non doversi procedere bensì, come sostiene il Giudice delle Leggi, che l'esecuzione dell'espulsione deve avvenire in ogni caso prima della pronuncia del provvedimento *de*

convalida del giudice “onorario” legittima l’accompagnamento alla frontiera<sup>(85)</sup>; in quelle meno gravi, la concessione prefettizia di un termine per uscire dal territorio statale, richiesto dallo straniero, legittima il c.d. “rimpatrio volontario”<sup>(86)</sup>.

L’autorità giudiziaria, in tema di espulsione, gode invece di un invidiabile arsenale<sup>(87)</sup>. Così è possibile distinguere:

---

*quo*, pena la prosecuzione del procedimento penale. Vedi Corte Costituzionale, ordinanza 7 aprile 2006, n. 142.

<sup>(85)</sup> Mentre nel t.u.l.p.s. era prevista per l’espulsione esclusivamente tale modalità esecutiva, nell’impianto originario del t.u.i. vigeva, tra accompagnamento alla frontiera e c.d. “rimpatrio volontario”, un rapporto di regola ad eccezione. Attualmente, attesa l’afflittività dell’accompagnamento alla frontiera, tale rapporto viene invertito e si procede alla elencazione, di natura tassativa anche se fin troppo “abbondante”, delle ipotesi legittimanti tale *modus procedendi*.

Nel caso di inosservanza delle misure “pseudo” cautelari questorie diverse dal trattenimento presso il c.i.e., si configurerà una fattispecie delittuosa che legittimerà, senza necessità del previo nulla osta dell’autorità giudiziaria, la convalida dell’esecuzione della disposta espulsione secondo la modalità più gravosa (artt. 13, comma 4, lett. e; 14, comma 1 *bis*, t.u.i.).

Al fine di evitare l’ineffettività del provvedimento di espulsione, è previsto come *extrema ratio* che, nell’ipotesi di impossibilità materiale o normativa dell’accompagnamento alla frontiera, il questore – sulla falsa riga della disciplina del c.d. “rimpatrio volontario” - ordini allo straniero di uscire dal territorio statale (art. 14, comma 5 *bis*, t.u.i.). L’inosservanza di questo provvedimento, salvo giustificato motivo, è sanzionata da ben due fattispecie delittuose che, collocate secondo una progressione criminosa ed accertate secondo le forme del rito acceleratorio onorario, legittimeranno, senza necessità del previo nulla osta dell’autorità giudiziaria, la convalida dell’esecuzione della disposta espulsione secondo la modalità più gravosa (art. 14, commi 5 *ter*-5 *sexies*, t.u.i.). Ipotesi di “giustificato motivo” riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità, ma che rischia di rendere totalmente ineffettiva la tutela penale accordata *in subiecta materia*, è la (“fisiologica”) carenza di mezzi economici da parte dello straniero per lasciare il territorio statale: vedi Cass. Pen., Sez. I, sentenza 8 maggio 2009, n. 23812. Non riconosce tale “giustificato motivo” in relazione alla figura del c.d. migrante economico, invece, Corte Costituzionale, ordinanza 29 settembre 2004, n. 302; ordinanza 2 marzo 2004, n. 80; sentenza 13 gennaio 2004, n. 5.

Vedi, infine, per le ipotesi di “reingresso clandestino” le note n. 41 e 42.

<sup>(86)</sup> Che, se inosservato, configurerà la contravvenzione di cui all’art. 650 c.p. e, se l’inosservanza è altresì priva di un giustificato motivo, legittimerà (previo nulla osta dell’autorità giudiziaria) la convalida dell’esecuzione della disposta espulsione secondo la modalità più gravosa (art. 13, comma 4, lett. d, t.u.i.).

Nel caso di inosservanza delle modalità esecutive disposte dal questore per il c.d. rimpatrio volontario, si configurerà una fattispecie delittuosa che legittimerà, senza necessità del previo nulla osta dell’autorità giudiziaria, la convalida dell’esecuzione della disposta espulsione secondo la modalità più gravosa (artt. 13, commi 4, lett. e, e 5.2, t.u.i.).

<sup>(87)</sup> Laddove, poi, l’espulsione giudiziale sia sempre eseguita con accompagnamento alla frontiera (vale a dire nelle ipotesi in cui assume la veste di misura di sicurezza, di sanzione sostitutiva ovvero di misura alternativa alla detenzione), si origina un peculiare (e, forse, non voluto) eccesso garantistico per cui al primo sindacato giurisdizionale, terminante col provvedimento di espulsione, ne segue immancabilmente un altro, di competenza del giudice di pace, per la convalida della modalità esecutiva più gravosa della suddetta espulsione. Oltretutto, laddove l’espulsione giudiziale sia disposta come misura di sicurezza, vi sarebbe addirittura un triplo sindacato giurisdizionale: quello del giudice di cognizione, in punto di irrogazione della misura di sicurezza; quello del magistrato di sorveglianza, in punto di esecuzione della stessa; ed

- l'espulsione, *in ogni caso*, del minore straniero<sup>(88)</sup>;
- l'espulsione come misura di sicurezza<sup>(89)</sup>;
- l'espulsione come sanzione sostitutiva<sup>(90)</sup>;

---

infine quello del giudice di pace, in punto di convalida della modalità esecutiva più gravosa per eseguire la suddetta espulsione.

<sup>(88)</sup> Il *favor minoris*, pertanto, impone che l'espulsione *amministrativa* del minore straniero sia sempre disposta, su richiesta del questore, dal tribunale dei minorenni (art. 31, comma 4, t.u.i.). E l'adozione, da parte di questa autorità giudiziaria, di provvedimenti di natura amministrativa non costituisce, invero, ipotesi eccezionale (ad esempio, art. 25 regio decreto legge 20 luglio 1934, n. 1404).

<sup>(89)</sup> Stante l'eterogeneità del panorama normativo, risulta necessaria una coordinazione sistematica. L'art. 235 c.p. concerne tanto lo straniero quanto il cittadino di uno Stato Membro dell'Unione Europea e richiede una condanna alla reclusione per un tempo non inferiore ai 2 anni. L'art. 312 c.p. concerne tanto lo straniero quanto il cittadino di uno Stato Membro dell'Unione Europea e richiede una condanna, alla reclusione per un tempo inferiore ai 2 anni, per uno dei delitti contro la personalità dello Stato. Al contrario, l'art. 15 t.u.i., limitatamente allo straniero, consente l'espulsione in caso di condanna, alla reclusione per un tempo inferiore ai 2 anni, per un delitto passibile di arresto, obbligatorio o facoltativo, in flagranza diverso da uno dei delitti contro la personalità dello Stato. Infine, l'art. 86 t.u.s., limitatamente allo straniero, consente l'espulsione in caso di condanna, alla reclusione per un tempo inferiore ai 2 anni, per un delitto in materia di stupefacenti diverso da uno dei delitti passibili di arresto, obbligatorio o facoltativo, in flagranza.

<sup>(90)</sup> Alla "classica" funzione sostitutiva della pena detentiva breve (art. 16, comma 1, t.u.i.) si affianca una peculiarissima, ed assolutamente inedita nel sistema sanzionatorio, funzione sostitutiva della pena pecuniaria (artt. 16, comma 1, t.u.i. e 62 *bis* g.d.p.).

Ferma l'attuale natura pleonastica dell'art. 62 *bis* g.d.p., mero rinvio *ad abundantiam* alla disciplina prevista dal t.u.i., non convince la limitazione normativamente imposta dal primo comma dell'art. 16 t.u.i., ai fini dell'irrogazione dell'espulsione come sanzione sostitutiva, alla condanna irrevocabile per un "reato non colposo". In effetti, posto che lo straniero "irregolare" deve comunque essere espulso, non si comprende perché tale trattamento sanzionatorio "di favore" (*recte*: l'irrogazione della sanzione sostitutiva) non possa essere disposto anche nei confronti degli stranieri "irregolari" che, *coeteris paribus*, risultino condannati, senza usufruire del c.d. patteggiamento, per un reato *colposo*. Con l'inevitabile conseguenza che, in questa ipotesi normativa senza dubbio "più lieve", l'espulsione amministrativa sarà eseguita soltanto dopo l'esecuzione della pena detentiva.

Senza considerare, poi, un ulteriore disallineamento, sul versante sanzionatorio, tra la possibilità di irrogazione della espulsione come sanzione sostitutiva ovvero come misura di sicurezza. Invero, a parità di condanna ad una pena detentiva "breve", lo straniero "regolare" ma accertato come socialmente pericoloso non potrà mai beneficiare dell'espulsione come sanzione sostitutiva e l'espulsione come misura di sicurezza sarà eseguita soltanto dopo l'esecuzione della pena detentiva (artt. 211, comma 1, c.p. e 15 t.u.i.).

Oltretutto, risulta plausibile l'interrogativo se l'espulsione come sanzione sostitutiva costituisca davvero un beneficio per lo straniero "irregolare" posto che il decantato "risparmio" della sanzione penale sostituita viene però "saldato" con l'irrogazione di una espulsione giudiziale che, in palese violazione del principio di tipicità delle pene, non prevede alcun tetto edittale massimo di durata.

Aporie ancora più insidiose presenta il secondo comma dell'art. 16 t.u.i. laddove prescrive che l'espulsione giudiziale «è eseguita dal questore anche se la sentenza non è irrevocabile». Attesa la natura penale della sanzione sostitutiva, in tal caso la "consueta" presunzione di colpevolezza assume, in violazione del secondo comma dell'art. 27 Cost., colorito penale e non più amministrativo. Inoltre, appare evidente che - se in sede di impugnativa vengono a mancare i requisiti richiesti dal primo comma dell'art. 16 t.u.i. (ad esempio, a causa di un aumento della

- l'espulsione come misura alternativa alla detenzione<sup>(91)</sup>.

Costituendo l'espulsione, amministrativa o giudiziale che sia, lo strumento

---

pena da irrogare che determini il superamento del tetto normativamente richiesto dei 2 anni) – l'espulsione giudiziale sarà stata disposta, ed altresì eseguita, *sine titulo*.

Infine, a proposito della natura giuridica della sanzione sostitutiva in esame, non convince la ricostruzione in termini di “misura amministrativa” effettuata dalla Consulta sulla base del richiamo, contenuto nell'art. 16 t.u.i., ai presupposti normativi dell'espulsione prefettizia ed alla competenza questoria della relativa esecuzione. Vedi Corte Costituzionale, ordinanza 28 luglio 1999, n. 369; ordinanza 15 luglio 2004, n. 226. Grazie a queste pronunce, il Giudice delle Leggi ha potuto concludere, stante la sua natura “amministrativa”, per l'inapplicabilità alla sanzione sostitutiva dello statuto costituzionale, sostanziale e procedimentale, proprio della pena. Eludendo, con un sol colpo, tutte le problematiche di precaria compatibilità costituzionale sopra evidenziate. Ma una simile conclusione sembra però prestare il fianco a tre osservazioni critiche. In primo luogo, non si comprende come l'irrogazione di una “misura amministrativa”, secondo una discrezionale “depenalizzazione” operata dal giudice, possa *sostituire* quella di una sanzione penale. In secondo luogo, non sembra conferente ai fini della natura amministrativa del provvedimento in questione il richiamo ai presupposti normativi dell'espulsione prefettizia atteso che, nel diritto penale (ulteriormente sanzionatorio) dell'immigrazione, tali presupposti sono condivisi dalla quasi totalità delle fattispecie incriminatrici e delle relative sanzioni *penali*. In ultimo, non sembra convincente a tali fini neanche il richiamo all'organo competente *in executivis* posto che l'argomentazione secondo cui la natura della sanzione dovrebbe discendere dalla natura di tale organo risulta viziata da tautologia.

<sup>(91)</sup> Considerando che, in sede di esecuzione della pena, non può disporsi alcuna espulsione amministrativa, il provvedimento in esame, stante la (fisiologica) procedibilità *ex officio* nonché l'assenza di qualsivoglia finalità *lato sensu* rieducativa, “stona” con i peculiari profili propri delle misure alternative alla detenzione.

Ed appare utile ricordare la fondamentale sentenza del 16 marzo 2007, n. 78, della Consulta che, in sede di lettura costituzionalmente orientata degli artt. 47, 48 e 50 o.p., ha statuito che le misure alternative alle detenzione dell'affidamento in prova al servizio sociale e del regime di semilibertà non possono essere automaticamente precluse allo straniero clandestino per via del suo *status*. In effetti, una simile presunzione “dogmatica” assoluta di inidoneità di reinserimento sociale dello straniero clandestino, violerebbe gli artt. 2, 3 e 27, comma 3, Cost..

Punto saliente del ragionamento della Giudice delle Leggi riguarda la qualifica dell'esecuzione della pena detentiva alla stregua di titolo legittimante la “permanenza” nel territorio statale dello straniero clandestino. Pertanto, una volta accordatogli questo peculiare “permesso di soggiorno”, il legislatore non può poi rifiutare allo straniero clandestino, se ne ricorrono i presupposti normativi, la concessione delle misure alternative alla detenzione. Ed invero, «occorre considerare che, in realtà, è proprio la condizione di persona soggetta all'esecuzione della pena che abilita *ex lege* – ed anzi costringe – lo straniero a permanere nel territorio dello Stato; e ciò, tanto se l'esecuzione abbia luogo nella forma intramuraria, quanto se abbia luogo, invece – a seguito della eventuale concessione di misure alternative – in forma extramuraria. In altre parole, nel momento stesso in cui prevede che l'esecuzione della pena “prevalga”, sospendendone l'attuazione, sulla espulsione cui il condannato extracomunitario sarebbe soggetto, il legislatore adotta una soluzione che implica l'accettazione della perdurante presenza dello straniero nel territorio nazionale durante il tempo di espiazione della pena stessa. Da ciò consegue l'impossibilità di individuare nella esigenza di rispetto delle regole in materia di ingresso e soggiorno in detto territorio una ragione giustificativa della radicale discriminazione dello straniero sul piano dell'accesso al percorso rieducativo, cui la concessione delle misure alternative è funzionale». Questa pronuncia della Consulta convalida un orientamento della giurisprudenza di legittimità consolidatosi precedentemente nella pronuncia a Sezioni Unite del 28 marzo 2006, n. 14500.

prediletto per lo straniero, il legislatore ha predisposto un eccentrico arsenale penalistico per tutelarne l'effettività.

Laddove il previo provvedimento di espulsione sia caduto *in vacuo*, allora sorgono due fattispecie delittuose:

- il “reingresso clandestino” per inosservanza del termine contenuto nell'espulsione amministrativa (art. 13, comma 13, t.u.i.)<sup>(92)</sup>;
- il “reingresso clandestino” per inosservanza del termine contenuto nell'espulsione giudiziale (artt. 235, comma 3, c.p. e 13, comma 13 *bis*, t.u.i.)<sup>(93)</sup>.

Per questi delitti sono sempre previsti l'arresto obbligatorio in flagranza e le forme del rito direttissimo<sup>(94)</sup>.

---

<sup>(92)</sup> L'espulsione amministrativa dura per un periodo compreso tra i 3 ed i 5 anni, salvo nei casi più gravi in cui può essere previsto un termine superiore ai 5 anni (ma non viene specificato il tetto massimo di durata!) ovvero nei casi in cui interviene la speciale autorizzazione del ministro dell'interno in veste di causa estintiva dell'illecito amministrativo (art. 19 *bis* reg. att. t.u.i.). Ad ogni modo, i provvedimenti amministrativi di cui sopra, costituendo il presupposto giuridico della condotta di “reingresso clandestino”, possono determinare (ovvero, nel caso dell'autorizzazione ministeriale, annullare) l'“estensione temporale” della fattispecie incriminatrice in esame, in palese contrasto con la riserva assoluta di legge in materia penale. Senza considerare, poi, che tali provvedimenti risultano indirettamente incidenti anche sulla “durata temporale” della declaratoria di improcedibilità del reato “pregresso”, declaratoria invero “precaria” siccome revocabile fino al decorso del termine *de quo*.

<sup>(93)</sup> Ferma restando la natura pleonastica, limitatamente allo straniero, del terzo comma dell'art. 235 c.p., disposizione invero già ricompresa sotto l'art. 13, comma 13 *bis*, t.u.i., ai fini dell'espulsione giudiziale si deve ulteriormente distinguere: nel caso di misura di sicurezza, essa dovrebbe venir meno con la cessazione della pericolosità sociale dello straniero accertata in sede di riesame *ex art.* 208 c.p. (ma non si comprende come il magistrato di sorveglianza possa effettuare un simile riesame stante l'assenza dello straniero dal territorio statale); nel caso di sanzione sostitutiva, il periodo non può essere inferiore ai 5 anni (ma non viene specificato il tetto massimo di durata!); infine, nel caso di misura alternativa alla detenzione, il periodo è pari a 10 anni.

Pertanto, nel caso di “reingresso clandestino”, si assisterà rispettivamente al ripristino della misura di sicurezza, alla revoca della sanzione sostitutiva ovvero al ripristino dell'esecuzione della pena detentiva. Nel silenzio della legge, sembra ragionevole ritenere che i provvedimenti “favorevoli” (*recte*: la sanzione sostitutiva e la misura alternativa alla detenzione) possano essere nuovamente concessi.

Naturalmente, e laddove si ricomprendano la sanzione sostitutiva e la misura alternativa alla detenzione nel più ampio *genus* della sanzione penale, l'esecuzione di tutte e tre le tipologie di espulsione giudiziale potrebbe essere sospesa in caso di procedimento di revisione della sentenza irrevocabile di condanna (art. 635, comma 1, c.p.p.).

<sup>(94)</sup> Nonché, previo nulla osta dell'autorità giudiziaria, l'accompagnamento alla frontiera. Per la precisione, il comma 13 *ter* dell'art. 13 t.u.i. e l'art. 235, comma 3, c.p. statuiscono l'obbligatorietà dell'arresto dell'autore del fatto di reato «anche fuori dei casi di flagranza». Tuttavia, non è chi non veda come le condotte di “reingresso clandestino” si atteggiino, analogamente a quanto già analizzato a proposito di quelle dell'art. 10 *bis* t.u.i., a reato istantaneo ovvero a reato permanente. In entrambi i casi, quindi, l'arresto – tanto nell'ipotesi di ingresso, quanto in quella di soggiorno - avviene *sempre* in flagranza di reato. Pertanto, l'effetto delle

Giunti al termine dell'analisi del dato positivo circa la disciplina del tipo "straniero", risulta evidente come tale microsistema ami trincerarsi dietro all'impermeabile endiadi "irragionevolezza e discriminazione"<sup>(95)</sup>. Unitamente alle

---

disposizioni in esame è limitato ad incrementare l'elenco dei delitti per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza *ex art.* 380, comma 2, c.p.p..

L'obbligatorietà dell'adozione del rito direttissimo non consente, in punto di esercizio dell'azione penale, la sia pur minima discrezionalità in capo al pubblico ministero, neanche in caso di mancata convalida della misura pre-cautelare. Infine, nell'ipotesi di "reingresso clandestino", il concorso materiale eterogeneo di reati che ne segue (vedi *amplius* nota n. 27), stante il difetto di connessione tra i due procedimenti penali, comporterà che per il fatto di immigrazione clandestina si continuerà a procedere con le forme della presentazione immediata innanzi al giudice di pace laddove per il fatto di reingresso clandestino si procederà con le forme del rito direttissimo innanzi al tribunale in composizione monocratica.

<sup>(95)</sup> Ferme restando le numerose perplessità di ordine costituzionale, sollevate durante il paragrafo, in riferimento agli artt. 3, 10, 13 e 16 Cost., per suffragare quanto sostenuto nel testo si vuole infine, seppur brevemente, comparare la disciplina dell'ingresso e del soggiorno "clandestino" dello straniero "extracomunitario" con quella predisposta per lo straniero "comunitario" (artt. 20-22 decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30). Risalta in maniera lapalissiana la regola generale della minore severità del trattamento riservato nel complesso allo straniero "comunitario" anche se, ad onor del vero, non difettano disposizioni *gravius* rispetto a quelle proprie della regolamentazione già analizzata del tipo "straniero".

Non si può non notare il difetto di una fattispecie incriminatrice analoga a quella dell'art. 10 *bis* t.u.i.. Inoltre, nella disciplina dello straniero "comunitario" si coglie agevolmente l'ipocrisia della grammatica normativa che, nella vana speranza di confondere l'interprete, sostituisce al termine "espulsione" quello di "allontanamento" ed accuratamente evita di riprodurre l'"intimazione" del prefetto di lasciare il territorio statale nonché la menzione dell'"accompagnamento alla frontiera" disposta dal questore.

*Brevis*: in tema di misure di prevenzione inerenti l'ingresso ed il soggiorno, il respingimento ovvero l'allontanamento dello straniero "comunitario" è subordinato alla sussistenza di "motivi di sicurezza dello Stato", "motivi imperativi di pubblica sicurezza" o "altri motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza". Ed in luogo dell'*arbitrium* amministrativo, soccorrono disposizioni *ad hoc* che fungono da interpretazione autentica delle prime due categorie di "motivi", richiamando in particolare una peculiare sovrapposizione tra lo straniero "comunitario" e la qualifica di tipo "sospetto".

Limitatamente ai provvedimenti di allontanamento, poi, la regola generale è che «sono adottati nel rispetto del principio di proporzionalità e non possono essere motivati da ragioni di ordine economico, né da ragioni estranee ai comportamenti individuali dell'interessato che rappresentino una minaccia concreta, effettiva e sufficientemente grave all'ordine pubblico o alla pubblica sicurezza. L'esistenza di condanne penali non giustifica di per sé l'adozione di tali provvedimenti». Ulteriori garanzie sono poste a tutela delle "qualità" del soggiorno (ad esempio, se di durata ultradecennale) o del soggiornante (ad esempio, se minorenni). La competenza è ripartita tra ministro dell'interno e prefetto: al primo spetta l'allontanamento, per motivi imperativi di pubblica sicurezza, del soggiornante ultradecennale e del minore ovvero quelli disposti per motivi di sicurezza dello Stato; al secondo spetta l'allontanamento nelle ipotesi normative residuali. L'obbligo di motivazione del provvedimento può soccombere innanzi ai motivi inerenti la sicurezza dello Stato. In tema di esecuzione del provvedimento, la regola è il c.d. "rimpatrio volontario" – con termine non inferiore ad un mese ovvero, nei casi di comprovata urgenza, pari a 10 giorni - mentre l'accompagnamento alla frontiera, previa convalida giudiziale, è disposto soltanto laddove «l'ulteriore permanenza sul territorio è incompatibile con la civile e sicura convivenza». L'inosservanza del termine per il c.d. "rimpatrio volontario" configurerà la contravvenzione di cui all'art. 650 c.p. e legitimerà (previo nulla osta dell'autorità giudiziaria) la convalida dell'esecuzione del disposto allontanamento secondo la modalità più gravosa (art. 20,

considerazioni svolte in tema di tipo “sospetto”, oggetto principale dell’analisi del paragrafo che precede, le brevi riflessioni sul tipo “straniero” hanno avuto il pregio di contribuire a certificare la consistenza dogmatica del concetto di “sistema penale integrato” e della sua possibile traduzione nel diritto positivo. In conclusione, e dopo aver illustrato come il disvalore soggettivo scandisca puntualmente la disciplina di tutti gli istituti giuridici più importanti di questi due microsistemi, si può affermare senza remore che il legislatore, almeno quando

---

commi 4-12, decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30). Il difetto della garanzia del tribunale dei minorenni nonché la possibilità di omettere la motivazione del provvedimento, con tutte le conseguenze pregiudizievoli in tema di impugnativa dello stesso, costituiscono a ben vedere disposizioni *in peius* rispetto a quelle previste per lo straniero “extracomunitario”.

Ancora, il termine di allontanamento non può essere superiore a 10 anni in caso di motivi di sicurezza dello Stato ovvero a 5 anni nelle altre ipotesi normative. Lo straniero “comunitario”, decorsa almeno la metà del termine ed in ogni caso almeno 3 anni, può chiedere la revoca del medesimo provvedimento all’autorità amministrativa che lo ha predisposto (art. 20, comma 13, decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30).

Le fattispecie delittuose di “reingresso clandestino” prevedono una sensibile diminuzione di pena rispetto a quelle previste per lo straniero “extracomunitario”. È sempre previsto il rito direttissimo e l’accompagnamento alla frontiera ma non anche l’arresto obbligatorio dell’autore del fatto. La sanzione sostitutiva dell’allontanamento, eseguita anche se la sentenza di condanna non è irrevocabile, ha una durata compresa tra i 5 ed i 10 anni. Ma vi è una disarmonia tra l’inosservanza del provvedimento di allontanamento come sanzione sostitutiva e quella del medesimo provvedimento come misura di sicurezza che, invece, segue il medesimo (e più rigoroso) trattamento sanzionatorio disposto per lo straniero “extracomunitario” (art. 20, commi 14-16, decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30).

Altre disposizioni *in peius*, invece, risultano quelle che prevedono il termine di 48 ore per concedere, tramite il meccanismo del silenzio-assenso, il nulla osta dell’autorità giudiziaria ovvero quelle che non ne richiedono la necessità in relazione a procedimenti penali aventi ad oggetto delitti passibili di arresto obbligatorio in flagranza. Al contrario, l’autorizzazione questoria al reingresso nel territorio statale dello straniero “comunitario”, ai fini dell’esercizio del diritto alla difesa, risulta atto obbligatorio, salva «la presenza dell’interessato possa procurare gravi turbative o grave pericolo all’ordine pubblico o alla sicurezza pubblica» (art. 20 *bis* decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30).

Il nulla osta per l’esecuzione dell’allontanamento nonché la convalida della modalità esecutiva *gravius* dello stesso viene sempre rilasciato dal tribunale in composizione monocratica (art. 20 *ter* decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30).

Infine, il ricorso dello straniero “comunitario” avverso il provvedimento di allontanamento può contenere un’istanza sospensiva dell’esecuzione dello stesso. Il deposito di tale istanza già ottiene un primo effetto sospensivo, fino all’esito della decisione sull’istanza stessa, salvo che il provvedimento di allontanamento si fondi su di una precedente decisione giudiziale ovvero sia fondato su motivi di sicurezza dello Stato. Nondimeno, in caso di rigetto dell’istanza sospensiva, allo straniero “comunitario” è consentito l’ingresso nel territorio statale al fine di esercitare il diritto alla difesa, salvo che «la sua presenza possa procurare gravi turbative o grave pericolo all’ordine pubblico o alla sicurezza pubblica» (art. 22, commi 4 e 6, decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30). Pertanto, lo *status* privilegiato di straniero “comunitario” limita al minimo le ipotesi, piuttosto frequenti nella speculare disciplina dello straniero “extracomunitario”, di accoglimento del ricorso, tempestivamente presentato e fondato, ad espulsione già avvenuta.

decide di intervenire su determinati quanto delicati settori della criminalità, sembra privilegiare questa nuova tecnica legislativa.

**CONCLUSIONI: IL CONCETTO DI “PERICOLOSITÀ” COME CONCETTO  
DI POLITICA CRIMINALE. ALCUNE RIFLESSIONI SUI CONCETTI DI  
“PREVENZIONE CRIMINALE” E DI “DIRITTO PENALE D’AUTORE”**

SOMMARIO. — 1. IL DIRITTO DI POLIZIA QUALE ARMA POLITICA. LA CONTRADDIZIONE NORMATIVA TRA “NORMATIVITÀ” ED “EFFETTIVITÀ” DEL DIRITTO DI POLIZIA. LE SUE APORIE POLITICHE. I CONCETTI DI “SOSPETTO” E DI “ORDINE PUBBLICO”. ANALISI DOTTRINALE CIRCA LA COMPATIBILITÀ DELL’ATTUALE SISTEMA DI MISURE DI PREVENZIONE CON L’ASSETTO COSTITUZIONALE. DALLA “PERENNE EMERGENZA” ALLA POLITICA “PENALE”. I POSSIBILI RIMEDI: IL SISTEMA FERRIANO DEI SOSTITUTIVI PENALI ED IL CONCETTO “POSITIVO” DELLA PREVENZIONE CRIMINALE. — 2. SIGNIFICATI DELLA FORMULA “DIRITTO PENALE D’AUTORE”. INCONCILIABILITÀ LOGICA TRA IL “DIRITTO PENALE D’AUTORE” ED IL DIRITTO PENALE DEI POSITIVISTI. IL “DIRITTO PENALE D’AUTORE” COME DIRITTO DI POLIZIA “MASCHERATO”. L’“IPOCRISIA” DEL “DIRITTO PENALE DEL FATTO”. IL DIRITTO PENALE DEI POSITIVISTI AL VAGLIO DELLA CARTA FONDAMENTALE.

**1. IL DIRITTO DI POLIZIA QUALE ARMA POLITICA. LA CONTRADDIZIONE NORMATIVA TRA “NORMATIVITÀ” ED “EFFETTIVITÀ” DEL DIRITTO DI POLIZIA. LE SUE APORIE POLITICHE. I CONCETTI DI “SOSPETTO” E DI “ORDINE PUBBLICO”. ANALISI DOTTRINALE CIRCA LA COMPATIBILITÀ DELL’ATTUALE SISTEMA DI MISURE DI PREVENZIONE CON**



**L'ASSETTO COSTITUZIONALE. DALLA "PERENNE EMERGENZA" ALLA POLITICA "PENALE". I POSSIBILI RIMEDI: IL SISTEMA FERRIANO DEI SOSTITUTIVI PENALI ED IL CONCETTO "POSITIVO" DELLA PREVENZIONE CRIMINALE.**

Il capitolo che precede ha tentato di dimostrare come il concetto di "pericolosità", se calato nella dimensione dogmatica del sistema penale integrato, sembri animare microsistemi normativi colorati dal disvalore soggettivo dei "tipi" che la volontà politica del legislatore ha deciso di plasmare. Giunti alla conclusione del presente contributo, l'analisi che segue può infine concedersi alcune brevi ma interessanti riflessioni sui concetti di "prevenzione criminale", inteso nella sua tradizionale accezione di funzione speciale-preventiva "negativa", e di "diritto penale d'autore"<sup>(1)</sup>. Questi concetti, enunciati attraverso formulazioni astratte, acquisteranno, con il procedere dell'indagine, maggiore concretezza.

Nel secolo scorso, il JANNITTI PIROMALLO scriveva che «l'essenza della polizia è la libera ingerenza nei momenti opportuni: la sua attività non può essere calcolata come la vita stessa; essa non può essere ristretta nelle formule, né compresa nei precetti»<sup>(2)</sup>. Ma nell'attesa di comprendere quale sia questa giusta "dose" di prevenzione, si procede spediti verso l'incubo del regime poliziesco. È fisiologico che, nel risvolto "negativo" della prevenzione criminale, aleggi sempre lo spettro della *Staaträson*.

---

<sup>(1)</sup> In questo capitolo, in ossequio alla nomenclatura tradizionale, le osservazioni saranno riferite al "diritto di polizia" sebbene sembrerebbe più corretto discutere, dopo il profondo riassetto operato dalla Corte Costituzionale (su cui vedi *amplius* nel prosieguo del testo), di misure e di diritto "di prevenzione" piuttosto che di misure e di diritto "di polizia".

<sup>(2)</sup> L'autore opera una critica calzante a due tradizionali distinzioni elaborate in relazione ai concetti di "polizia amministrativa" e di "polizia di sicurezza". La prima distinzione, risalente al RANELLETTI, si fondava sulla precaria distinzione, oltretutto non rispondente ad alcuna osservazione sociologica della realtà fattuale, tra tutela "delle cose", oggetto della polizia amministrativa, e tutela "dei diritti", oggetto della polizia di sicurezza. Oltretutto, la configurazione della polizia di sicurezza come attività di "osservazione, prevenzione e repressione" contribuiva, soprattutto con l'ultimo riferimento, a creare problemi di collocazione tra "polizia di sicurezza" e "polizia giudiziaria". Non meno precario il criterio distintivo, accolto nel codice ROCCO, tra "conservazione" del corpo sociale, oggetto della polizia di sicurezza, e "prosperità" dello stesso, oggetto della polizia amministrativa. Distinzione riprodotta fedelmente, nell'ambito dei reati contravvenzionali, nei primi due capi del primo titolo del terzo libro. Anche se non è dato ben comprendere dove finisca la "conservazione" e dove cominci la "prosperità" perché, a ben vedere, la prima altro non è che un profilo connaturato e minore della seconda. Vedi *amplius* A. JANNITTI PIROMALLO, *Manuale delle leggi di pubblica sicurezza*, Milano, Giuffrè, 1953, p. 2 ss. e 16.

Nella sua veste di “arma politica”, un simile concetto di prevenzione consente di selezionare intere classi di soggetti ed etichettarle come classi “pericolose” per il modello politico dominante<sup>(3)</sup>. E tutto ciò al riparo da

---

<sup>(3)</sup> Nell’argomentazione di cui al testo viene sottesa l’autorevole posizione del BOBBIO che suole classificare le misure di polizia tra quelle negative, di natura preventiva, tipicamente di controllo e di preclusione. Vedi N. BOBBIO, voce *Sanzione*, cit., p. 532.

Che le misure di prevenzione, espressione di una forma contingente di potere politico, determinino delle c.d. sacche di immunità sociali, lo afferma esplicitamente il BRICOLA che, a differenza del suo maestro NUVOLONE, conclude come le «misure di prevenzione e criminalità dei colletti bianchi sono termini fra di loro incompatibili!». Vedi F. BRICOLA, *Forme di tutela «antedelictum» e profili costituzionali della prevenzione*, in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, Zanichelli, 1997, p. 45. Nello stesso senso il monito del BARBERA: «le misure *antedelictum* hanno come finalità precipua quella di pervenire la commissione di reati da parte delle persone che vi sono sottoposte (o, sia pure, di punire persone solo sospette); ma non assumono, nell’ordinamento, la funzione di «bonifica» generica di certi ambienti in cui opera la delinquenza». Vedi A. BARBERA, *Sulla legittimità*, cit., p. 330.

Nell’analisi del BECK, tesa a verificare la “distribuzione” sociale dei rischi, tale distribuzione risulta assumere una tendenza inversamente proporzionale alla elevatezza delle classi sociali. Così, il povero ha più rischi mentre il ricco può permettersi di “comprare” la sicurezza e l’assenza di rischio. Sebbene col processo di globalizzazione si sconti una sorta di “democrazia del rischio”, l’esposizione al rischio risulta sempre riservata alle classi più povere. Vi è quindi una sorta di osmosi sociale tra il “ricevere” rischi dalla società ed il “produrli” all’interno della stessa. Vedi U. BECK, *Risikogesellschaft*, trad. it. di W. Privitera e C. Sandrelli, *La società del rischio*, Roma, Carocci, 2000, p. 46 ss..

A tal proposito, risulta calzante, sebbene dai forti toni propri dello stile dell’autore avverso ad ogni forma di statalismo inteso come dominio dell’uomo sull’uomo, l’immagine evocata dal Bakunin a proposito della struttura e funzione dell’impero pan-russo: «per un ristretto numero di individui, forse qualche migliaio, alla testa dei quali sta l’imepratore con la propria augusta famiglia e tutta l’illustre servitù, questo impero è un’inesauribile fonte di ricchezze escluse beninteso quelle dell’intelligenza e della morale umana; per un circolo più vasto, ma si tratta sempre di una piccola minoranza, composto di qualche decina di migliaia d’individui, ufficiali superiori, funzionari civili, e ecclesiastici, ricchi possidenti, commercianti, capitalisti e parassiti, esso è un protettore generoso, indulgente e tollerante dell’assai lucrativo furto legale; per la gran massa degli impiegatucoli, sempre insignificante rispetto alla gran massa del popolo, un’avara nutrice e per gli innumerevoli milioni d’individui, il popolo che lavoro, naturalmente una perfida matrigna, un oppressore spietato e un tiranno omicida». Vedi M.A. BAKUNIN, *Государственность и анархия*, trad. it. di N. Vincileoni e G. Corradini, *Stato e anarchia*, Milano, Feltrinelli, 1996, p. 77 ss..

A suffragio dell’intima relazione tra il concetto di prevenzione (generale o speciale) “negativa” e quello di “repressione”, sia sufficiente richiamare questo passo del BARATTA circa la correlativa tecnica di “selezione” della c.d. popolazione criminale. «Il funzionamento della giustizia penale è altamente selettivo, sia per quanto riguarda la protezione accordata a beni ed interessi, che per quanto concerne il processo di criminalizzazione ed il reclutamento della clientela del sistema (la cosiddetta popolazione criminale). Esso è diretto quasi esclusivamente contro le classi popolari ed in particolare contro i gruppi sociali più deboli, come risulta evidente dalla composizione sociale della popolazione carceraria, nonostante che i comportamenti socialmente negativi siano diffusi tra tutti gli strati sociali e le violazioni più gravi di diritti umani avvengano ad opera di individui appartenenti ai gruppi dominanti o facenti parte di organismi statali o di organizzazioni economiche private, legali o illegali». Vedi A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in AA. VV., *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, a cura di A. Baratta, Edizioni Scientifiche Italiane, 1985, p. 445. Nello stesso senso il DONINI per cui la realtà carceraria

“ingombranti” e “diseconomiche” garanzie, sostanziali e procedurali, di stampo squisitamente penale. Quando poi l’intolleranza garantistica si accompagna a picchi considerevoli di afflittività, spesso superiori a quelli propri della pena, risulta agevole denunciare il noto stereotipo della “truffa delle etichette”<sup>(4)</sup>.

Da tali premesse, seppur stilizzate in poche note essenziali, si può cogliere come l’attuale sistema di misure preventive, in relazione al contesto costituzionale in cui si colloca, sembri recitare un ruolo che non gli spetta<sup>(5)</sup>. Ed il diritto penale “resta” a guardare.

---

esprime il portato di un autentico diritto penale d’autore, ove alla “menzogna” del diritto penale sostanziale del fatto si sostituisce la “sincerità” del diritto penale processuale dell’autore: «la *legge penale* seleziona *i fatti* di reato da perseguire – è vero – però *i pubblici ministeri e i giudici* selezionano, dopo la commissione dei fatti, gli *autori* che dovranno essere perseguiti, o dovranno esserlo prima di altri. La selezione processuale dell’autore è un dato che emerge in ogni ordinamento, sia esso governato da opzioni di obbligatorietà o di discrezionalità dell’azione penale». Da qui la peculiare concezione del procedimento penale come “causa di giustificazione” di “fatti di reato” (*recte*: gli invasivi atti tipici di tale procedimento) commessi dagli organi pubblici. Vedi M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cassazione Penale*, 2006, p. 761 ss. e p. 775 ss.. Per la distinzione tra “cifra dell’inefficienza”, corrispondente al *dark number* della criminologia, e “cifra dell’ingiustizia”, relativa alle varie restrizioni subite dagli innocenti, come costi fisiologici della fallibilità di ogni sistema penale, vedi L. FERRAJOLI, *Diritto*, cit., p. 193 ss..

<sup>(4)</sup> *Cliché* normativo elaborato per la prima volta dal BRICOLA che configura le misure di prevenzione, per via della natura afflittiva, come sanzioni di natura penale (ad eccezione di quelle irrogate nei confronti dei minori, per via della finalità prevalentemente rieducativa): vedi F. BRICOLA, *Forme*, cit., p. 35 ss..

Ora, se con questa formula si intende avanzare una critica di natura *politica* alle scelte operate dal legislatore *in subiecta materia*, nonché la completa sfiducia circa il frequente ricorso a tale tipologia di provvedimenti, allora questa può essere totalmente condivisa. Perché, come chioserebbe il NUVOLONE, «certo, come la pena, anche la misura di prevenzione può essere strumento di oppressione politica; ma – riteniamo – non più della pena». Vedi P. NUVOLONE, *Misure*, cit., p. 644.

Ma se con tale formula si intende qualificare le misure di prevenzione, *per via del contenuto afflittivo*, come sanzioni di natura penale, allora questa non può essere condivisa per due rilievi critici. In primo luogo, salvo scadere in una deprecabile tautologia, si dovrebbe previamente dimostrare che soltanto la sanzione penale possa avere un contenuto di matrice afflittiva (vedi nota n. 79 del terzo capitolo). In secondo luogo, quello che sembra decisivo ai fini della qualificazione della risposta statale come sanzione di natura *penale*, lungi dal ricorso ad una particolare “etichetta” ovvero al contenuto afflittivo di tale risposta, risiede nel rilievo se questa risposta interviene o meno dopo l’accertamento definitivo della commissione di un fatto qualificato come “di reato”. Di talché, sul piano squisitamente normativo, è costituzionalmente ammissibile anche un diritto amministrativo (sanzionatorio) d’autore. Pertanto, *e nonostante possano dividerne il contenuto afflittivo*, le misure di prevenzione non possono essere qualificate come sanzioni di natura penale.

<sup>(5)</sup> G. NEPPI MODONA, *Misure di prevenzione e presunzione di pericolosità*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1975, p. 3097, parla di una progressiva attribuzione al settore della prevenzione di quei compiti che la giustizia penale non riesce più ad assolvere: «in altre parole, in un momento in cui la disfunzione del sistema giudiziario impedisce un corretto e garantistico intervento degli

A ben vedere, l’unica preoccupazione politica di un concetto “negativo” di prevenzione criminale risulta quella di rimanere intrappolato nella logica del “das Beste oder Nichts”: più il diritto di “polizia” assume connotati garantistici, maggiore sarà la sua ineffettività. Questo perché, come in un gioco di vasi comunicanti, mentre nel diritto penale la regola aurea è “in dubio pro reo”, nel diritto di polizia la regola aurea sembra quella speculare “in dubio contra civem”.

Il NUVOLONE, a proposito di questa intima contraddizione normativa, già aveva rilevato che «dalla soluzione del problema dei rapporti tra principio della prevenzione criminale e principio di legalità soprattutto in questi casi, e quindi dalla definizione del concetto di discrezionalità del giudice e di tutti i suoi limiti, dipende, a nostro avviso, l’avvenire del diritto penale. Infatti, ove si accettasse indiscriminatamente l’esigenza della prevenzione caso per caso a giudizio del magistrato, sulla base ipotetica di una necessaria prevalenza dell’interesse sociale sul diritto di libertà dell’individuo, si aprirebbero le porte ai più gravi arbitrii, consapevoli o inconsapevoli, e mancherebbe ogni criterio sicuro per la stessa identificazione dell’interesse sociale. Mentre, d’altro lato, esigendo in ogni caso che il giudice sia vincolato a una rigida fattispecie legale, si frustrerebbe in radice ogni possibilità di prevenzione speciale. In entrambe le ipotesi la scienza del diritto penale, in quanto scienza del diritto e in quanto scienza delle pene e delle misure di prevenzione, dovrebbe dichiarare il suo fallimento»<sup>(6)</sup>.

Questo peculiare effetto normativo “a valle” altro non è che il preciso portato delle cause politiche configuratesi “a monte”: quello che maggiormente

---

strumenti della repressione penale, si escogitano delle scorciatoie per perseguire, ricorrendo alle misure di prevenzione, ovviamente con maggiore superficialità ed approssimazione, comportamenti penalmente qualificabili; le misure di prevenzione vengono così a svolgere non una funzione preventiva, come il loro *nomen iuris* starebbe ad indicare, ma un ruolo sussidiario ed alternativo alla giustizia penale».

<sup>(6)</sup> P. NUVOLONE, *Il controllo*, cit., p. 245. Questa relazione inversamente proporzionale tra “normatività” ed “effettività” del diritto di polizia, veniva già magistralmente scolpita dal ROSSI: «è difficile assegnare alla polizia regole positive, contenere la sua azione entro confini tracciati rettamente. Essa esige una libera azione individuale, più libera, più continua e meno solenne di quella della giustizia: essa non si lascia sottomettere alle medesime forme, non sopporta le medesime guarentigie. Una troppo rigida controlleria la paralizza. Ci sembra assai dubbioso che si possa mai dirigere e contenere in un modo soddisfacente l’azione della polizia con regole generali e positive. Essa sarà sempre o poco o troppo poco fornita di libertà». Vedi P. ROSSI, *Traité*, cit., p. 116 e, per una “comparazione garantistica” tra diritto penale e diritto di polizia, F. GRISPIGNI, *La pericolosità*, cit., p. 118 ss..

colpisce di un concetto “negativo” di prevenzione criminale, in effetti, è come ogni sua possibile traduzione normativa sconti sempre due aporie politiche.

La prima concerne, più precisamente, la causa politica, o meglio la “genesi” politica, di questi soggetti considerati come “pericolosi” e che, storicamente, sono sempre stati oggetto di interventi ablatori in chiave di profilassi del successivo ed eventuale reato. Se il giudizio di “pericolosità” è un giudizio di contraddizione tra il soggetto e la società, e se il primo è parte integrante della seconda, ciò significa in ultima analisi che il giudizio di contraddizione si risolve tra la società e se stessa. In altri termini, il soggetto “pericoloso” da cui la società intende difendersi è stato da lei creato e plasmato alla stregua di un procedimento di “etichettamento” normativo in cui sono proiettati tutti i “vizi sociali”. Così che quando la società fronteggia tale soggetto si trova in realtà a fronteggiare se stessa, certificando al contempo i suoi “errori” e riflettendo in se stessa le situazioni di diseguaglianza già esistenti e consolidatesi<sup>(7)</sup>.

---

<sup>(7)</sup> In sintesi, la società crea e (tenta di) risolve(re) il problema della pericolosità. Questa dimensione “ecologica” si coglie agevolmente all’interno delle “forme” del procedimento penale. Se l’art. 101, comma 1, Cost. enuncia, in via generale, che «la giustizia è amministrata in nome del popolo», l’art. 546, comma 1, lett. a, c.p.p. specifica che «la sentenza contiene: a) l’instestazione “in nome del popolo italiano”...». Ne consegue, da un punto di vista “ecologico”, che la giustizia penale è amministrata in nome di quel popolo che ricomprende, tra le sue fila, anche colui che da quella giustizia viene condannato.

Come sottolinea il DONINI, sebbene ridimensioni la portata nonché dubiti della legittimità costituzionale di una simile immagine, «in un certo senso, tutto il diritto penale, che è il ramo del diritto più autoritario e intollerante, può essere visto come una risposta punitiva che tende a escludere il reo, prima eventualmente di reinserirlo nel contesto sociale: il diritto penale, in quanto esclude delle persone, le separa dalla normalità sociale e quindi le combatte, trattandole in qualche misura come nemici, perché invece di *dialogare con* il colpevole, *lotta contro* di esso». Vedi M. DONINI, *Il diritto*, cit., p. 763.

Il processo di etichettamento in termini di “pericolosità” costituisce, prima ancora che una scelta di politica criminale, una valutazione di natura squisitamente sociale. Il BECK ha focalizzato la sua analisi sulla valutazione sociale del “pericolo”, ossia del *prius* logico di ogni giudizio di pericolosità. Soffermandosi in particolare sulle scelte circa quale valore sia meritevole di una tutela anticipata e sulla base di quale grado di pericolo, l’autore sottolinea un peculiare dualismo tra “razionalità sociale” e “razionalità scientifica” che si risolve, in ultima analisi, in «un dialogo tra sordi. Una parte pone interrogativi cui gli esperti dei rischi non rispondono, e l’altra dà risposte che così come sono non vanno al nocciolo di quanto era stato chiesto, non ottenendo altro effetto che quello di rafforzare le paure». Ove si deve ricordare come per BECK la scienza sia da considerare in un’accezione da lui definita “nobile”, vale a dire una scienza priva di vincoli nei confronti del processo di modernizzazione. Versione speculare di quella scienza che, per la dimostrata cecità economica nei confronti della valutazione del rischio, ama nascondersi dietro al “paravento” della spiegazione scientifica causale, per cui tutto ciò che non può essere

La seconda aporia rilevata concerne, al contrario, l’effetto politico prodotto: la tutela dai pericoli, spesso soltanto *percepiti* e non anche reali, comporta sempre una rinuncia, più o meno grande, alla propria libertà con il “pericolo” (questo sì, reale!) che per evitare il “peggio” si possa addivenire ad una situazione ancora peggiore. Tutto ciò sta alla base delle enormi difficoltà riscontrate inevitabilmente in sede di tecnica legislativa di costruzione delle fattispecie “sintomatiche” di pericolosità. Ed invero, essendo queste sganciate dalla commissione ovvero dalla prova<sup>(8)</sup> della commissione di un fatto di reato (e talvolta di un “fatto” vero e proprio), neanche affidarsi alle mani del più esperto e navigato legislatore potrebbe garantire in maniera rassicurante la tutela del cittadino.

Il conto per avere una società (percepita come) sicura è molto salato e si paga in termini di privazioni, più o meno invasive, della libertà personale. Barattare l’ultima per guadagnare, anche solo parzialmente, la prima suona come una resa giuridica e, prima ancora, politica<sup>(9)</sup>. Significa, in altri termini barattare una moneta dal valore inestimabile con una di conio comune.

---

rigorosamente spiegato in termini eziologici non “esiste”, ovvero ama perpetuare l’imbroglio dei “valori massimi consentiti”, per cui diviene legittimo, ad esempio, inquinare o avvelenare ma soltanto in piccola dose. Vedi U. BECK, *Risikogesellschaft*, cit., p. 38 ss. e p. 75 ss..

<sup>(8)</sup> Rilievo fortemente sottolineato dal BRICOLA, in particolare in relazione all’indiziato di appartenere ad una associazione mafiosa. In questi casi, sarebbe l’insufficienza del dato probatorio a far scattare la misura. Vedi *amplius* F. BRICOLA, *Forme*, cit., p. 31 ss.. Già il NUVOLONE distingueva, all’interno dell’impianto originario dell’art. 1 legge TAMBRONI, disposizioni “nettamente preventive”, nelle quali vengono enucleate “situazioni soggettive di pericolosità ante delictum”, e disposizioni che costituiscono “surrogati di disposizioni repressive” in quanto le descritte condotte criminose risultano insufficientemente provate. «Come tali, queste disposizioni non si inquadrano, se non assai debolmente, in un sistema di difesa sociale, e costituiscono, invece, un indice dell’insufficienza degli organi dello Stato che presiedono all’accertamento dei reati e della scarsa cooperazione dei cittadini legati dalla paura o dall’omertà. *Il diritto penale del sospetto si sostituisce al diritto penale della certezza*». Vedi *amplius* P. NUVOLONE, *Legalità*, cit., p. 198 ss..

<sup>(9)</sup> Anche se, avvalorando una nota tesi del NUVOLONE, potrebbe obiettarsi che la funzione preventiva «appartiene alla stessa essenza logica dello Stato» e che il suo fondamento normativo risieda proprio nella tutela dei diritti fondamentali accordata dall’art. 2 Cost.. Vedi P. NUVOLONE, voce *Misure*, cit., p. 634 e, nello stesso senso, E. GALLO, voce *Misure di prevenzione*, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. XX, Milano, Giuffrè, 1990, p. 1 ss.. A ben vedere, una simile premessa sembra assumere contorni tautologici perché dà per dimostrato – *recte*: l’ammissibilità costituzionale di un sistema di misure preventive – proprio ciò che, in realtà e sul piano del dettato costituzionale, andava dimostrato: vedi *amplius* G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Vol. VIII, Torino, Utet, 1994, p. 111.

L’intuizione del NUVOLONE non è tuttavia priva di profili interessanti laddove sembra ipotizzare la sussistenza di una sorta di “meta-diritto” senza il quale tutti gli altri diritti fondamentali, costituzionalmente sanciti, rimarrebbero mere declamazioni di principio. Questo

Ed è questa l'essenza del diritto di polizia che, tradizionalmente, si configura come il regno normativo del "sospetto"<sup>(10)</sup>. Concetto dogmaticamente inafferrabile quanto quello con cui fedelmente si accompagna: l'ordine

---

"meta-diritto" - quasi una sorta di "diritto all'effettività degli altri diritti" - assomiglierebbe molto a quel diritto "alla sicurezza", senza ulteriori specificazioni, che l'art. 5 CEDU cristallizza a fianco al "diritto alla libertà". Un simile interrogativo viene posto anche dal PULITANÒ che, in tema di tutela dei diritti fondamentali, evidenzia la tensione tra un concetto di sicurezza "securitaria" o attraverso lo Stato da un concetto di sicurezza "liberale" o dallo Stato. Vedi D. PULITANÒ, *Sicurezza*, cit., p. 548 ss.. E potrebbe costituire, altresì, un supporto di rango costituzionale a quella peculiare disciplina procedimentale che è costituita dal segreto di Stato. Disciplina, invero in forte dissonanza col diritto alla difesa sancito dall'art. 24 Cost., che neanche è dotata di uno statuto generale, limitandosi ad afferire esclusivamente ad alcuni precisi istituti, come la testimonianza (art. 202 c.p.p.) ed il sequestro probatorio (art. 256, commi 3-5, c.p.p.). E tutto ciò senza scomodare le concezioni statolatriche tanto care all'ARDIGÒ ed al suo "*salus patriae lex suprema esto*" (su cui vedi *amplius* la nota n. 23 del secondo capitolo). Né, d'altro canto, richiamare il noto principio del realismo politico per cui "il fine giustifica i mezzi", erroneamente ricondotto al MACHIAVELLI sebbene nelle opere dell'illustre fiorentino una simile formula non compaia mai. Chi, al contrario, concepiva lo Stato come mezzo a scopo (*recte*: il mantenimento ed il progresso di una comunità di esseri viventi omogenei di fisico e d'anima), era l'HITLER quando il 24 febbraio 1920 illustrò le 25 tesi del programma del suo "partito operaio tedesco nazional-socialista" nel salone della Birreria reale a Monaco. Ove l'"intossicazione" che aveva avvelenato la Germania poteva compendiarsi nell'ottuso parlamentarismo borghese, negli ebrei "distruttori di civiltà" e nel socialismo internazionale (e per ciò non patriottico). Vedi A. HITLER, *Mein Kampf*, trad. it. di A. Hitler, *La mia battaglia*, Milano, Bompiani, 1937, p. 39 ss..

Vedi, infine, per il difetto di un necessario rapporto logico tra la doverosità (*recte*: la giustizia) del "fine" e la doverosità (*recte*: la giustizia) dei "mezzi", H. Kelsen, *Allgemeine*, cit., p. 39.

<sup>(10)</sup> Concetto affine a quello di "pericolo", ma da esso dogmaticamente distinto, è quello di "sospetto". Anch'esso si atteggia a concetto di relazione e, se strutturalmente anche il sospetto è un giudizio, esso differisce da quello di pericolo sotto un aspetto quantitativo ed uno qualitativo. Il grado di giudizio è meno pregnante, non essendo necessariamente richiesta la probabilità; il metro di giudizio è a sfondo soggettivistico, non essendo necessariamente richiesta la massima di esperienza.

Una felice sintesi di tale concetto è quella del PETROCELLI per cui il sospetto risulterebbe l'antecedente psicologico del giudizio di pericolosità. Di talché, il diritto di polizia, per cui è sufficiente il sospetto, diviene l'antecedente normativo del diritto penale, per cui si richiede almeno il pericolo.

Non è, dunque, sufficiente limitarsi a porre in evidenza il *minus* quantitativo del sospetto rispetto al pericolo, il primo descritto in termini di possibilità ed il secondo di probabilità: così, invece, G. BATTAGLINI, *La natura*, cit., p. 1289 ss.. Parla invece di "sospetto di pericolosità" A. DE MARSICO, *Delle misure*, Vol. I, cit., p. 860 ss.. Argomentando in tal senso, però, risulta pleonastico il riferimento, in norme come l'art. 4 t.u.l.p.s., alle persone pericolose o sospette posto che, con un argomento *a minori ad maius*, sarebbe normativamente sufficiente il riferimento soltanto a quest'ultime. Come sottolinea il PETROCELLI, «il sospetto è un fenomeno tutto individuale, e può sorgere anche al di fuori di quel fondamento di esperienza che è la base del giudizio di probabilità nel pericolo». Questa conclusione, che non nega al giudizio di sospetto una propria base ed un proprio metro e grado, ma soltanto li diversifica rispetto a quelli del giudizio di pericolosità, avvalorata oltretutto la formula "fondati sospetti" - tipica ad esempio dell'art. 157, comma 1, t.u.l.p.s. - ove si procede ad una seconda e successiva valutazione rispetto al primo giudizio "sommario" di pericolo. Vedi B. PETROCELLI, *La pericolosità*, cit., p. 33 ss..

pubblico<sup>(11)</sup>. Irrinunciabili segni distintivi della prevenzione criminale nel suo risvolto tipicamente “negativo”, la politica malleabilità di questi concetti

---

<sup>(11)</sup> Solitamente lo studio del concetto di “ordine pubblico” è stato svolto in sede penale limitandosi a riprendere e sviluppare le distinzioni classiche: i delitti contro la “pubblica tranquillità” del CARRARA sanciscono la differenza tra danno “mediato” al sentimento di sicurezza dei cittadini, proprio della commissione di ogni fatto di reato, e danno “immediato” a tale sentimento, proprio soltanto di tali peculiari fattispecie. Il classico esempio di delitto contro la “pubblica tranquillità” era costituito dall’incendio. Nel trapasso alle codificazioni successive (tanto nel codice penale sardo del 1859, che introduce “i reati contro la pubblica tranquillità”, quanto nelle codificazioni successive – il codice ZANARDELLI ed il codice ROCCO – che conoscono i “reati contro l’ordine pubblico”), queste fattispecie subiranno un processo di oggettivizzazione perdendo il contatto col riferimento al sentimento di sicurezza dei cittadini (l’unico residuo si rinviene nella sentenza interpretativa di rigetto della Corte Costituzionale, n. 23 aprile 1974, n. 108, in riferimento all’istigazione a disobbedire alle leggi nonché alla pubblica intimidazione *ex art.* 421 c.p.) ed assumendo la veste, costituzionalmente problematica, dell’anticipazione della punizione di *qualsiasi* specie di reato. Questo rilievo viene messo in risalto dalla contemporanea presenza, nella rubrica della prima sezione con cui si apre il libro sulle fattispecie contravvenzionali, tra i concetti di “pubblica tranquillità” e di “ordine pubblico”. Senza considerare che l’introduzione nel codice ROCCO dei delitti contro la personalità dello Stato sembra aver determinato una sovrapposizione parziale, almeno per quanto concerne il concetto di ordine pubblico “ideale”, proprio con i delitti “rubricati” contro l’ordine pubblico. Di talché, da un concetto squisitamente “materiale” di ordine pubblico (*orde dans la rue*), proprio della tradizione classica, si giunge ad una ambigua commistione tra questo ed il concetto “ideale” di ordine pubblico. Vedi C. FIORE, voce *Ordine pubblico (diritto penale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXX, Milano, Giuffrè, 1980, p. 1085 ss..

In ordine alla definizione di ordine pubblico come oggetto giuridico del reato, i vari tentativi finora operati risultano mere parafrasi dei brani della Relazione Ministeriale: così, si riferisce alla “conservazione” del corpo sociale il JANNITTI PIROMALLO, al “buon assetto e regolare andamento della vita sociale nello Stato” il MANZINI, alla “pace pubblica” l’ANTOLISEI. Vedi A. JANNITTI PIROMALLO, *Manuale*, cit., p. 37 ss.; V. MANZINI, *Trattato*, cit., Vol. VI, a cura di P. Nuvolone, p. 157 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., Parte Speciale, Vol. II, p. 237 ss..

Il CORSO conclude *in subiecta materia* che le indicazioni di fondo che possono trarsi dalla Costituzione sono due: l’unico concetto di ordine pubblico recepito dalla Carta Fondamentale è quello “materiale”, come si desume dai concetti normativamente “affini” di sicurezza o incolumità pubblica di cui agli artt. 14, comma 3, 16, comma 1, 17, comma 3, e 41, comma 2, Cost.; il concetto di ordine pubblico “materiale” costituisce una fonte di limitazione delle libertà tassativamente elencate dalle disposizioni sopra cennate, non assurgendo a «limite generale di tutte le situazioni giuridiche di libertà» alla stregua di una clausola finale di chiusura. La *ratio* della scelta costituzionale, limitata al solo limite dell’ordine pubblico nella sua accezione “materiale”, risiederebbe nella “dominabilità” delle situazioni sottese a tale concetto, situazioni che postulano la compresenza ed il contatto di più persone fisiche. Se l’unico concetto di ordine pubblico costituzionalmente recepito è quello “materiale”, allora stona l’evidente eccezione costituita dalla XII disposizione finale alla Costituzione che, al suo primo comma, vieta «la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista». Non rinvenendosi in tale partito alcuno dei tre limiti sanciti dall’art. 18 Cost. in ordine alla libertà di associazione, sembra che la disposizione finale in questione tuteli l’ordine pubblico nella sua accezione “ideale”. Vedi *amplius* G. CORSO, voce *Ordine pubblico (diritto pubblico)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXX, Milano, Giuffrè, 1980, p. 1061 ss..

Si deve osservare che la conclusione del CORSO, *illo tempore* politicamente e giuridicamente condivisibile, è attualmente normativamente inaccoglibile posto il richiamo al concetto di ordine pubblico “ideale” contenuto in numerose norme di diritto internazionale pattizio: vedi, ad esempio, in relazione alle “misure necessarie in una società democratica”, gli artt. 8, paragrafo 2; 9, paragrafo 2; 10 paragrafo 2; 11, paragrafo 2, CEDU; 2, paragrafo 3, Protocollo addizionale n. 4



normativi denuncia agevolmente come questi si risolvano presto in formule buone per tutto, tanto facili quanto poco scientifiche, di cui l'illusoria profondità serve a ricoprire il vuoto dell'idea e, soprattutto, l'asservimento alla Ration di Stato.

Non è un caso che, dopo l'abuso grammaticale nella normativa del regime, la Carta Fondamentale rifugga dalla formula "ordine pubblico", sconosciuta al dettato costituzionale.

Quando si eleva a sistema i concetti di "sospetto" e di "ordine pubblico", si legittima dunque l'autorità amministrativa a recitare monologhi giuridici in tema di prevenzione criminale<sup>(12)</sup>. Così l'art. 1 t.u.l.p.s. recita: «l'autorità di pubblica

alla CEDU; 12, paragrafo 3; 14, paragrafo 1; 18, paragrafo 3; 19, paragrafo 3; 21 e 22, paragrafo 2, del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Pertanto, il concetto di "ordine pubblico", cacciato dalla "porta" del diritto costituzionale, rientra dalle "finestre" del diritto internazionale pattizio.

La giurisprudenza della Consulta, discostandosi apertamente dalle elaborazioni dottrinali sopra cennate, ha prediletto in numerose pronunce una nozione "ideale" di ordine pubblico, coincidente col vigente regime costituzionale ed assunto ad autonomo "bene" che, condividendone il rango supremo, può comportare una limitazione di tutti indistintamente i diritti costituzionalmente garantiti: vedi, *ex multis*, Corte Costituzionale, sentenza 16 marzo 1962, n. 19; sentenza 8 luglio 1971, n. 168; sentenza 29 dicembre 1972, n. 199.

Diffida di tale nozione di ordine pubblico "costituzionale", utilizzato spesso dalla giurisprudenza della Corte per ratificare *ex post* fattispecie incriminatrici di dubbia legittimità costituzionale, il FIORE che osserva correttamente come, se proprio si vuole elaborare un concetto di ordine pubblico "costituzionale", debba farsi rientrare all'interno di esso anche la tutela del dissenso nonché ogni intervento statale per assicurare l'uguaglianza sostanziale: «un concetto di ordine pubblico che, di fatto, comprime l'espressione del dissenso e ostacoli il mutamento, sia pure in nome della sicurezza, rischia sempre di risolversi, prima o poi, nella tutela dell'ideologia e degli interessi dei gruppi che detengono il potere». Vedi *amplius* C. FIORE, voce *Ordine pubblico*, cit., p. 1096 ss.. E come ricorda il DWORKIN, sviluppando un'intuizione del NOZACK, l'esistenza dei diritti "verso lo Stato" (*recte*: i diritti fondamentali) «sarebbe in pericolo proprio se questo fosse in grado di vanificare tali diritti richiamandosi al diritto della maggioranza democratica per attuare il suo volere. [...]. Se diciamo che una società ha diritto a fare qualsiasi cosa nell'interesse generale, o ha diritto a preservare qualunque tipo di condizione la maggioranza desidera, significa che questi sono tipi di diritti che forniscono una giustificazione per violare tutti i diritti che potrebbero entrare in conflitto con lo stato. E con ciò li avremmo annullati». Vedi R. DWORKIN, *Taking*, cit., p. 278.

Coglie nel segno anche l'osservazione del MOCCIA per cui l'ordine pubblico "ideale", concretizzato nella meta-norma dell'art. 54 Cost., costituirebbe la *ratio* delle varie figure criminose laddove l'ordine pubblico "materiale" si atterrebbe ad oggetto giuridico di alcuni specifici fatti di reato. Vedi *amplius* S. MOCCIA, voce *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. XXII, Milano, Giuffrè, 1990, p. 1 ss..

<sup>(12)</sup> Nel suo grande ottimismo, dopo aver distinto una educazione "intellettuale" da una del "cuore", in connubio inscindibile tra di loro, sostiene nella sua apologia, con grande ammirazione, che «il Personale dell'Amministrazione è sempre forte nell'adempimento del suo dovere. Le ostilità della pubblica stima non giungono a lui, e se vi giungono, non sono raccolte. Egli sa che i conforti non sono per lui, e a sue spese impara a rinunciarvi, senza rimaner fiaccato. Sentinella vigile e imperterrita delle leggi e del pubblico bene, sacrifica con fermezza adamantina ogni passione ed accresce di novello amore le opere sue». Vedi, U. ELLERO, *L'educazione nella Pubblica Sicurezza*, Udine, Del Bianco, 1897, p. 9.

sicurezza veglia al mantenimento dell’ordine pubblico»<sup>(13)</sup>. L’evanescenza normativa di questa disposizione maschera come discrezionalità amministrativa quella che in realtà si atteggia a preoccupante *arbitrium* delle autorità di pubblica sicurezza<sup>(14)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> Naturalmente, in un’accezione “materiale” del concetto ed oltretutto dai confini normativi più ristretti atteso che compare, nell’elencazione di cui all’art. 1 t.u.l.p.s., assieme al riferimento alla “sicurezza” ed alla “incolumità dei cittadini”. La descrizione “provvidenziale” con cui si apre lo statuto del diritto di polizia rasenta il dettaglio omnicomprensivo. I predicati verbali sono quanto mai significativi: l’autorità di pubblica sicurezza “veglia” al mantenimento dell’ordine pubblico, alla sicurezza dei cittadini, alla loro incolumità e alla tutela della proprietà; “cura” l’osservanza delle leggi e dei regolamenti generali e speciali dello Stato, delle province e dei comuni (e, dopo la Costituzione, anche delle regioni), nonché delle ordinanze delle autorità; “presta” soccorso nel caso di pubblici e privati infortuni; “provvede” alla bonaria composizione, per mezzo dei suoi ufficiali ed a richiesta delle parti, dei dissidi privati.

Per FERRAJOLI in questo diritto penale e processuale preventivo ed autoritario, che si affianca a quello ordinario e garantistico, rientrano cinque tipologie di provvedimenti amministrativi: la custodia cautelare in carcere, le misure di sicurezza, le misure di prevenzione, le misure cautelari di polizia giudiziarie le misure di ordine pubblico (divise in misure d’ordinaria amministrazione poliziesca e misure d’eccezione). Vedi L. FERRAJOLI, *Diritto*, cit., p. 795 ss..

Da notare, comunque, che il concetto di ordine pubblico “materiale” è il sostrato di tutte le ordinanze c.d. “necessitate”, a contenuto generale, emanate dal prefetto ex art. 2 t.u.l.p.s. ovvero quelle, a contenuto vincolato, emanate dal sindaco quale autorità locale ovvero ufficiale di governo ex artt. 50, commi 5 e 6, e 54, commi 4-7, t.u.e.l.. Per i problemi derivanti dall’ampiezza di potere riconosciuta al prefetto dai vecchi artt. 19 e 20 t.u.e.l. del 1934 (norme non più riprodotte nel t.u.e.l. del 2000 ove l’art. 54, comma 11, attribuisce al prefetto soltanto il potere di sostituzione in caso di inerzia del sindaco) e per le questioni afferenti al collegamento tra queste norme, ritenute di competenza surrogatoria, e l’art. 2 t.u.l.p.s., ritenuta di competenza funzionale, vedi *amplius* A. JANNITTI PIROMALLO, *Manuale*, cit., p. 51 ss..

I profili di dubbia legittimità costituzionale delle ordinanze c.d. “necessitate”, la cui violazione configura la contravvenzione di cui all’art. 650 c.p., sono state autorevolmente compendiate in questa osservazione del GIANNINI: queste ordinanze sono «provvedimenti amministrativi che, in quanto previsti dalle norme, stanno nel principio di legalità, ma costituiscono un’eccezione rispetto alla regola della tipicità; la potestà d’ordinanza è perciò una potestà di creare provvedimenti atipici, al di fuori della previsione normativa, e pertanto, sotto tal profilo, necessariamente derogatori, senza tuttavia che ciò possa significare che il titolare del potere d’ordinanza abbia un’assoluta libertà di scelta». Vedi M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1993, p. 270 ss.. La Consulta si occupò *ex professo* delle ordinanze del prefetto ex art. 2 t.u.l.p.s. suffragandone la natura di provvedimento amministrativo, e non anche di atto normativo, e limitandone il ricorso ai casi di riserva “relativa” di legge costituzionalmente sancita ed in presenza dell’indicazione di criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell’organo amministrativo. Vedi Corte Costituzionale, sentenza 2 luglio 1956, n. 8; sentenza 27 maggio 1961, n. 26.

Altri esempi di ordinanze c.d. “necessitate” sono quelle del prefetto in materia di assistenza farmaceutica locale, ai sensi dell’art. 129, comma 1, t.u.l.s., e del ministro dell’interno in materia di epidemia infettiva, ai sensi dell’art. 261 t.u.l.s.. Sembrano invece da ricondursi al concetto di ordine pubblico “ideale”, con conseguente dubbia legittimità costituzionale, le ordinanze c.d. “necessitate” emanate - una volta dichiarato lo stato di pericolo pubblico ovvero lo stato di guerra - dal prefetto, dal ministro dell’interno o dalle autorità militari.

<sup>(14)</sup> Già la Corte Costituzionale, nel dichiarare il contrasto con l’art. 16 Cost. del primo comma dell’art. 157 t.u.l.p.s., laddove consentiva il rimpatrio obbligatorio sulla base del mero sospetto, ammoniva: «il sospetto, anche se fondato, non basta, perché, muovendo da elementi di

Attualmente, lo strumento della coercizione, fisica o morale, postula sempre un dialogo costituzionale tra l'autorità di pubblica sicurezza ed il giudice: la radice più profonda del diritto di polizia – fondata sul *climax* del sistema tripartito: c.d. “rimpatrio obbligatorio”, “ammonizione” e “confino di polizia” – rappresenta ormai un arsenale antiquato<sup>(15)</sup>. Ma la “rassicurante” veste

---

giudizio vaghi ed incerti, lascerebbe aperto l'adito ad arbitrii, e con ciò si trascenderebbe quella sfera di discrezionalità che pur si deve riconoscere come necessaria all'attività amministrativa, perché le leggi e, tanto meno, la Costituzione non possono prevedere e disciplinare tutte le mutevoli situazioni di fatto né graduare in astratto e in anticipo le limitazioni poste all'esercizio dei diritti». Vedi Corte Costituzionale, sentenza 23 giugno 1956, n. 2.

<sup>(15)</sup> Vedi, per un'ampia disamina di questi istituti, ricca di riferimenti giurisprudenziali, A. JANNITTI PIROMALLO, *Manuale*, cit., p. 547 ss. e 579 ss..

Le tappe che consacrarono la genesi delle attuali misure di prevenzione furono principalmente due. In primo luogo, il forte ridimensionamento dell'istituto del c.d. “rimpatrio obbligatorio”, falcidiato nei suoi tre commi per inosservanza della riserva di giurisdizionalità *ex art. 13 Cost.*, laddove prevedeva l'esecuzione del rimpatrio “per traduzione”, e nel primo comma per inosservanza della libertà di circolazione *ex art. 16 Cost.* (vedi nota che precede). Vedi Corte Costituzionale, sentenza 23 giugno 1956, n. 2. Riteneva costituzionalmente legittimo il presupposto fattuale della condotta “sospetta”, sul rilievo che questa sarebbe concretizzata e comprovata dalla successiva mancata auto-identificazione documentale, vale a dire da un elemento che attiene alla pubblica sicurezza, P. NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1953, p. 135.

In secondo luogo, la totale “asportazione”, per inosservanza della riserva di giurisdizionalità dell'art. 13 Cost., dell'istituto della ammonizione, qualificato come una vera e propria «degradazione giuridica in cui taluni individui, appartenenti a categorie di persone che la legge presume socialmente pericolose, magari designati come tali dalla pubblica voce, vengono a trovarsi per effetto di una pronuncia della pubblica autorità». Vedi Corte Costituzionale, sentenza 3 luglio 1956, n. 11.

Da questi fondamentali arresti giurisprudenziali emersero due indicazioni degne di rilievo: l'elaborazione ancora incerta del concetto di “libertà personale” che la Corte Costituzionale fa coincidere, nella prima pronuncia, con l'habeas corpus di anglosassone derivazione mentre sembra estenderne, nella seconda, l'ambito di applicazione ricomprendendo anche la libertà di circolazione e di soggiorno; l'implicita conferma della legittimità costituzionale del *sistema* delle misure di prevenzione, risultando imposta soltanto la corretta ripartizione, in sede di irrogazione della misura ed a seconda della natura coercitiva o meno della stessa, tra autorità giudiziaria ed autorità amministrativa.

L'AMATO sottolinea come, con queste pronunce, sia stata la Costituzione ad adattarsi alle misure di prevenzione, politicamente irrinunciabili, e non anche il contrario: «la strada comunque era stata tracciata. La Costituzione non veniva intesa come preclusiva delle misure. L'innovazione che sembrava richiesta in base ad essa si riduceva, da un lato (ma non necessariamente) ad una minor genericità dei presupposti applicativi, dall'altro ad una spartizione di competenze: le misure «meno» gravi alla pubblica sicurezza, le «più» gravi al giudice. Il sistema, così, restava in piedi nella sua intierezza». G. AMATO, *sub art. 13*, in *Commentario della Costituzione*, Vol. II, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1977, p. 30 ss..

La distinzione, tracciata dalla giurisprudenza costituzionale, tra misure di prevenzione coercitive, da ricollocare sotto l'art. 13 Cost. che richiede il necessario intervento dell'autorità giudiziaria, e misure di prevenzione non coercitive (meramente obbligatorie), da ricollocare sotto l'art. 16 Cost. che ritiene sufficiente l'intervento dell'autorità amministrativa, è così divenuto patrimonio “comune” nonostante non possa nascondersi la precarietà correlata all'elasticità con cui si interpreta il concetto di “libertà personale”. In ossequio a tale *discrimen* è stata modellata la

giurisdizionale, cucita forzatamente sulle misure di prevenzione (di natura coercitiva), non ha però sopito il dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa il corretto inquadramento della pericolosità *ante delictum* all’interno della cornice costituzionale.

Al riguardo potrebbero compendiarsi tre distinti indirizzi dogmatici. Il primo dichiara costituzionalmente inammissibile qualsiasi sistema di misure di prevenzione connotate da afflittività, siccome sganciate da un sicuro riferimento normativo quale l’accertamento della previa commissione di un fatto di reato<sup>(16)</sup>.

---

legge TAMBRONI con cui il legislatore ha disciplinato nuovamente la materia, nonché tutta la serie elefantia e scoordinata di novelle legislative *in subiecta materia* e fino all’emanazione del recentissimo “codice antimafia”. La continuità normativa, infatti, sta tutta qui: all’autorità amministrativa spetta il c.d. “rimpatrio obbligatorio” (esclusivamente con foglio di via) e l’avviso orale (il successore della diffida); all’autorità giudiziaria spetta la sorveglianza speciale (il successore dell’ammonizione), “aggravata” o meno dal divieto di soggiorno ovvero dall’obbligo di soggiorno (il successore del confino di polizia).

<sup>(16)</sup> È la nota posizione di ELIA secondo cui l’art. 13 Cost., lungi dal legittimare il c.d. “vuoto dei fini”, costituirebbe una norma processuale di rango costituzionale di natura “servente” (*recte*: strumentale) alle finalità sottese a precise norme costituzionali e, in particolare, agli artt. 25, 27, 30 e 32 Cost.. La tesi dell’illustre costituzionalista muove dal rilievo, invero tutto da dimostrare, che le misure di prevenzione, per via della loro natura afflittiva, devono necessariamente essere ricomprese all’interno di quella norma “completa”, siccome regolante ogni risposta statale di contenuto afflittivo, che è l’art. 25, comma 2 e 3, Cost.. Da ciò discenderebbe, proprio per l’estraneità di tali misure ai disposti costituzionali sopra citati, l’illegittimità costituzionale *tout court* del sistema preventivo così come attualmente disciplinato. Unica deroga, che sembra essere ammessa dall’autore per la sua natura “eccezionale”, sarebbe costituita da quelle misure di prevenzione adottate nella lotta alla delinquenza mafiosa. Deroga invero inspiegabile in una concezione rigorosamente logico-normativa come quella dell’ELIA. Vedi L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 7 ss. e 29 ss.; ID., *Le misure di prevenzione tra l’art. 13 e l’art. 25 della Costituzione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1964, p. 948 ss.. A conseguenze ancora più estreme giunge il BRICOLA che, a differenza dell’ELIA, considera il concetto di “libertà personale” di cui all’art. 13 Cost. come ricomprensivo anche della libertà di circolazione e di soggiorno *del singolo individuo* (ric conducendo all’art. 16 Cost. quella della *generalità dei consociati*), così da concludere circa l’illegittimità costituzionale di misure di prevenzioni quali, ad esempio, il c.d. rimpatrio obbligatorio tramite foglio di via. Vedi F. BRICOLA, *Forme*, cit., p. 79 ss.. In senso conforme anche il MOCCIA, per cui la misura di prevenzione rappresenta «la sanzione più problematica che un ordinamento ispirato ai principi garantistici dello stato sociale di diritto possa conoscere». Vedi S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 75. Ed anche il Bettiol, per cui «le misure *ante delictum* sono incostituzionali e sopportabili solo in tempi di emergenza in nome di una *necessitas quae legem non habet*». Vedi G. BETTIOL, *Verso un nuovo romanticismo giuridico*, in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 1980, p. 245 ss..

In questo indirizzo può anche essere collocato il “primo” AMATO secondo cui non era costituzionalmente ammissibile l’attribuzione, in capo all’autorità amministrativa, di un potere di giudicare la “personalità morale” dei consociati: vedi G. AMATO, sub *art. 13*, cit., p. 38 ss.. L’autore, nondimeno, muterà il proprio pensiero per accreditare il terzo indirizzo dottrinale richiamato nel testo.

A questo primo indirizzo la Corte Costituzionale ha tenacemente reagito consolidando un granitico orientamento in cui il c.d. “principio di prevenzione” viene elaborato ed assunto a «regola fondamentale di ogni ordinamento, accolta e riconosciuta dalla nostra Costituzione»<sup>(17)</sup>. E, circa il profilo della tassatività nella descrizione delle fattispecie “sintomatiche”, la Corte ha più volte sostenuto che «dalle indicate finalità delle misure di prevenzione deriva che l’adozione di esse può essere collegata, nelle previsioni legislative, non al verificarsi di fatti singolarmente determinati, ma a un complesso di comportamenti che costituiscano una “condotta”, assunta dal legislatore come indice di pericolosità sociale. Discende, pertanto, dalla natura delle dette misure che nella descrizione delle fattispecie il legislatore debba normalmente procedere con criteri diversi da quelli con cui procede nella determinazione degli elementi costitutivi di una figura criminosa, e possa far riferimento anche a elementi presuntivi, corrispondenti però sempre a comportamenti obiettivamente identificabili. Il che non vuol dire minor rigore, ma diverso rigore nella previsione e nella adozione delle misure di prevenzione, rispetto alla previsione dei reati e alla irrogazione delle pene»<sup>(18)</sup>.

Il secondo indirizzo deferisce tutte le misure di prevenzione di natura personale, siccome fondate su di un giudizio di disvalore, sotto l’art. 13 Cost. relegando sotto l’art. 16 Cost., in ossequio alla *littera legis*, soltanto i

---

<sup>(17)</sup> Vedi Corte Costituzionale, sentenza 5 maggio 1959, n. 27.

<sup>(18)</sup> Vedi Corte Costituzionale, sentenza 23 marzo 1964, n. 23. In questo contesto giurisprudenziale si inserisce quella peculiare chiave di lettura, offerta dal NUVOLONE, secondo cui la legalità “preventiva” si differenzerebbe, per il saggio di discrezionalità concessole, da quella “repressiva”. In altri termini, nella prima le “maglie” interpretative sarebbero più larghe siccome la tassatività sarebbe una prerogativa soltanto della seconda. Ma per il NUVOLONE una simile costruzione non soffrirebbe alcun problema di compatibilità costituzionale atteso che, come un sorta di vasi comunicanti, ogni qualvolta diminuisce il livello della “legalità” si assiste ad un corrispondente aumento della “giurisdizionalità”. In conclusione: «il tema di certezza del diritto si pone, perciò, in quanto concerne la prevenzione, in termini assai diversi da quelli tradizionali del diritto penale. La certezza del diritto è qui certezza di premesse legislative generali, di criteri di giudizio valido per l’ordinamento giuridico, di finalità che l’ordinamento giuridico riconosce». Vedi *amplius* P. NUVOLONE, voce *Misure*, cit., p. 633 ss.. Ove è grande l’equivoco, sia politico che giuridico. Politico, perché il legislatore, spogliandosi della sua funzione, ne investe il giudice: l’arbitrio risulta, in questa costruzione, soltanto spostato. Giuridico, perché la differenza tra i concetti di “prevenzione” e “repressione” non risiede tanto nell’ossequio o meno della tassatività nella descrizione dei loro presupposti applicativi quanto nell’accertamento della previa commissione di un fatto di reato. A tal proposito, ELIA sostiene che «meno giustificabile era, come vedremo poi, che a questo intervento giurisdizionale si attribuisse la virtù taumaturgica di ovviare ai danni derivanti dall’attenuazione necessaria del principio di legalità». Vedi *amplius* L. ELIA, *Libertà*, cit., p. 43 ss..

provvedimenti preventivi di natura “impersonale” (*recte*: riferiti a porzioni del territorio statale), che inibiscono la circolazione o il soggiorno ad un numero indeterminato di soggetti per motivi vincolati alla sanità o alla sicurezza pubblica<sup>(19)</sup>.

---

<sup>(19)</sup> Vedi A. BARBERA, *Pari dignità sociale e valore della persona umana nello studio del diritto di libertà personale*, in *Justitia*, 1962, p. 122. Ma la Corte Costituzionale, ribadendo la sua originaria ripartizione di competenza tra misure di prevenzione “coercitive” o meramente “obbligatorie” (sentenza 30 giugno 1960, n. 45; sentenza 28 dicembre 1962, n. 126), ha obiettato che la locuzione “in via generale” presente nel dettato dell’art. 16 Cost. non si riferisce al destinatario “indeterminato” della misura bensì alla “portata” della previsione legislativa che quella misura dispone. Pertanto, «i motivi di sanità e di sicurezza possono anche derivare, e più frequentemente derivano, da esigenze che si riferiscono a casi individuali, accertabili dietro valutazioni di carattere personale. Si pensi alla necessità di isolare individui affetti da malattie contagiose o alla necessità di prevenire i pericoli che singoli individui possono produrre rispetto alla sicurezza pubblica. Il fatto che l’art. 16 accomuni, mettendole sullo stesso piano, le ragioni di sanità e di sicurezza è indice che non può trattarsi solo di ragioni di carattere generale, non essendo pensabile che motivi di sanità attinenti alla pericolosità di singoli individui possano non essere validi ai fini delle limitazioni consentite dalla norma costituzionale. Ed anche il fatto che lo stesso art. 16 escluda le restrizioni determinate da ragioni politiche conferma che le limitazioni possono essere adottate per motivi di carattere individuale, non essendo concepibile una misura ispirata da motivi politici se non in vista dei personali convincimenti e comportamenti di individui e di gruppi. D’altra parte, se il costituente avesse avuto la volontà di circoscrivere le limitazioni ai soli casi di carattere generale, avrebbe certamente preveduto, magari imponendo particolari garanzie, la possibilità di adottare provvedimenti di carattere individuale almeno nei casi urgenti. E sarebbe strano il fatto che, mentre per le restrizioni della libertà personale l’art. 13 prevede che la legge indichi i casi urgenti in cui l’autorità di pubblica sicurezza può intervenire, l’art. 16 avrebbe escluso in via assoluta che la legge possa statuire limitazioni alla libertà di circolazione e di soggiorno che non siano di carattere generale». Limitatamente alle argomentazioni della parte motiva, concorda anche l’AMATO che, invero, si interrogava sulla incerta collocazione, a seguire la dottrina richiamata nel testo, di tutti quei provvedimenti che, al tempo stesso, si fossero presentati come personali ma non esplicitanti un giudizio di disvalore. Vedi G. AMATO, sub *art. 16*, in *Commentario della Costituzione*, Vol. II, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1977, p. 114 ss..

Ma, del medesimo arresto sopra riportato, risulta decisivo questo passo: «nella vastissima sfera dei suoi compiti pubblici l’Amministrazione è chiamata ad emettere una numerosa serie di atti le cui ripercussioni sulla stimabilità delle persone possono essere rilevanti: si pensi agli atti relativi a decadenze, dimissioni, divieti, sanzioni amministrative, fra le quali, relevantissime, quelle disciplinari, che possono giungere alla destituzione di pubblici dipendenti ed alla radiazione dagli albi professionali. Ben potrebbe il legislatore attribuire al giudice la competenza di adottare qualcuno di questi atti; ma non ha fondamento la tesi secondo cui tutti gli atti del genere debbano essere affidati esclusivamente al giudice. Le leggi ed i principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa stabiliscono le garanzie formali e sostanziali che spettano al cittadino nei confronti dell’Amministrazione quando trattisi di provvedimenti inerenti alle persone; ma ciò non significa che, nell’ambito della legittimità costituzionale, sia necessario che tali garanzie siano sempre poste nelle mani del giudice. Questi ne conoscerà dopo; ed uno degli elementi essenziali del suo esame consisterà nel rilevare se quelle garanzie siano state o non rispettate dall’organo amministrativo. Si può concludere che dall’insieme delle norme ora esaminate non si può dedurre l’esistenza di un principio generale di ordine costituzionale, che affermi la necessità dell’intervento del giudice in tutti i casi in cui nell’interesse della pubblica Amministrazione si debba procedere ad atti da cui derivi o possa derivare una menomazione della dignità della persona. In sostanza, o tali atti sono ammissibili in base all’art. 3 della Costituzione, e allora anche le autorità amministrative possono

Infine, l'ultimo indirizzo riconduce il sistema delle misure di prevenzione sotto quello delle misure di sicurezza, a loro volta ricondotte nell'alveo dell'ampio *genus* delle sanzioni "criminali"<sup>(20)</sup>. Sennonché, la coincidenza della finalità preventiva non può di certo "cancellare" il decisivo rilievo che la prognosi di pericolosità afferente alle misure di sicurezza, come già rilevato nel capitolo che precede, risulti strutturata in modo affatto diverso da quella afferente alle misure di prevenzione.

Osservando i vari tentativi dottrinali esperiti, e le correlative "reazioni" del Giudice delle Leggi, il BRICOLA sapientemente ricostruisce l'incerta oscillazione della giurisprudenza costituzionale – nell'applicazione ora dell'art. 25, comma 3, Cost., ora della coppia degli artt. 13 e 16 Cost. - svelando l'intento legittimatorio delle relative pronunce<sup>(21)</sup>. Ed invero, ogni qualvolta la Corte si è trovata a risolvere profili di illegittimità costituzionale per difetto di tassatività dei presupposti applicativi delle misure di prevenzione, è stata solita ricorrere allo stratagemma del "diverso grado di tassatività" della riserva di legge, cercando normativo conforto nel terzo comma dell'art. 25 Cost.. Ogni qualvolta, al contrario, si è trovata a risolvere profili di illegittimità costituzionale per difetto

---

emetterli, salvo che in virtù di altre norme o principi costituzionali la competenza non debba essere affidata al giudice, o non sono ammissibili e allora neppure una sentenza del giudice potrebbe adottarli». Vedi Corte Costituzionale, sentenza 30 giugno 1964, n. 68, e, per un'analisi critica, L. ELIA, *Le misure*, cit., p. 944 ss..

<sup>(20)</sup> Vedi Corte Costituzionale, sentenza 30 giugno 1964, n. 68; sentenza 22 dicembre 1980, n. 177. In senso conforme, vedi M. GALLO, *Appunti*, cit., Vol I, p. 5; E. GALLO, voce *Misure*, cit., p. 1; P. NUVOLONE, voce *Misure*, cit., p. 633 ss.; I. CARACCIOLI, *I problemi*, cit., p. 217 ss.. Contrario a questa assimilazione, muovendo naturalmente dalla sua ricostruzione della natura delle misure di prevenzione, F. BRICOLA, *Forme*, cit., p. 31 ss..

Suggestiva ma inaccoglibile la tesi del SABATINI che - nel vigore della sola legge TAMBRONI - intendeva ricondurre la fattispecie "sintomatica" di pericolosità alla base della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza sotto il "fatto" di c.d. quasi-reato previsto dall'art. 202, comma 2, c.p., così da fare "acquistare" alla suddetta sorveglianza la natura di misura di sicurezza personale. In realtà, sembra più corretto ricondurre la fattispecie "sintomatica" *de qua* nella categoria degli "stati" giuridicamente rilevanti. Mentre una simile tesi potrebbe riacquistare validità, ad esempio, limitatamente agli "atti preparatori". Nondimeno, resterebbe insuperabile il rilievo circa la differenza strutturale tra le due prognosi di pericolosità. Vedi *amplius* G. SABATINI, voce *Misure*, cit., p. 773.

<sup>(21)</sup> Quello che il BRICOLA intende sottolineare, a prescindere dal dato normativo di riferimento delle argomentazioni della Consulta, è il carattere assoluto della riserva di legge dei tre disposti costituzionali citati nel testo. Con conseguente violazione non soltanto sul piano della descrizione dei presupposti applicativi delle misure in esame, ma altresì sul diverso piano della scelta tra le varie misure in concreto irrogabili nonché tra la scelta delle modalità esecutive delle stesse. Vedi *amplius* F. BRICOLA, *Forme*, cit., p. 45 ss..

di giurisdizionalità nel procedimento di irrogazione di tali misure, è stata solita ricorrere al binomio “coercizione-obbligatorietà”, estrapolato dalla peculiare interpretazione degli artt. 13 e 16 Cost..

Avviando questa prima parte delle riflessioni alla sua conclusione, potrebbe sostenersi, quale facile soluzione dei numerosi e complessi profili sollevati in tema di prevenzione criminale di matrice “negativa”, una maggiore osservanza delle predisposte garanzie, sostanziali o procedurali, di rango costituzionale.

Ed invero l’*incipit* del secondo comma dell’art. 13 Cost. - «in casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge»<sup>(22)</sup> - evidenzia in maniera cristallina la direttiva prescelta in materia di diritto di polizia: il massimo di sicurezza ottenibile col minimo di lesione delle libertà. E ciò prescindere dal rilievo che l’osservanza di una simile regola potrebbe condurre a risultati “politicamente” e “statisticamente” insufficienti. A tal proposito, sia sufficiente ricordare i punti fermi dello statuto del diritto di polizia elaborato dall’ANCEL: «1) détermination et définition rigoureuses d’une variété spéciale, nettement précisée, d’état dangereux; 2) délimitation de cette notion d’état socialement dangereux au moyen d’une formule légale soigneusement et strictement libellée; 3) reconnaissance par la loi d’un droit d’intervention préventive de l’Etat uniquement dans des limites légalement et très strictement fixées; 4) instauration de conditions précises relatives à l’exercice de ce droit d’intervention par un système comportant des garanties d’ordre judiciaire et procédural qui devront même, en principe, être celles du droit commun»<sup>(23)</sup>.

Ma una ferrea riconduzione sui binari costituzionali dell’attuale sistema di prevenzione criminale comporta, celandosi dietro una sorta di “palliativo” giuridico, una rilevante contraddizione sul piano politico. Invero, “misure di prevenzione” e “garanzie costituzionali” sembrano essere, per riprendere ed

---

<sup>(22)</sup> La struttura di tale disposto ricorda molto, in relazione ai presupposti applicativi delle misure di prevenzione (sebbene il carattere di “eccezionalità” sostituisca quello di “straordinarietà”), quella dell’art. 77 Cost. in tema di decretazione d’urgenza. Non è chi non veda come, in entrambi i casi, uno dei tre poteri dello Stato si spoglia, anche se nella fase “iniziale” e soltanto per un periodo temporale delimitato, della sua funzione costituzionale “originaria”.

<sup>(23)</sup> Vedi *amplius* M. ANCEL, *La nouvelle*, cit., p. 271.



avvalorare la contraddizione normativa illustrata all'inizio del paragrafo, termini normativamente incompatibili. Una misura di prevenzione "garantistica" suona come una sorta di ossimoro normativo: già il BRICOLA si riferiva alla legge TAMBRONI come ad una «legge eccezionale di "sospensione delle garanzie costituzionali del cittadino"»<sup>(24)</sup>.

Al fine di precisare meglio questo rilievo, si vuole osservare che - se il legislatore intendesse perseguire, *con mezzi costituzionalmente legittimi*, determinati finalità in campo criminale - potrebbe (*recte*: dovrebbe) usufruire degli schemi garantistici già predisposti per la tecnica di costruzione delle fattispecie incriminatrici nonché per il procedimento di "sicurezza" e per quello penale. Il *furor* delle misure di prevenzione serve proprio a sgretolare la garantistica muraglia cinese che lo stesso legislatore ha eretto e che nel campo della prevenzione criminale, in una sorta di peculiare effetto *boomerang*, sembra paralizzarne l'attività. In ultima analisi, contornare di garanzie, sostanziali e procedimentali, le misure di prevenzione significa snaturare i "Rumpelkammer von Begriffen" di bindinghiana memoria e trasformarle in una superfetazione delle misure di sicurezza ovvero delle pene.

Le considerazioni che precedono evidenziano quella che il MOCCIA ha dipinto, con un ossimoro quanto mai efficace, come il male cronico del diritto penale. Vale a dire quella "perenne emergenza"<sup>(25)</sup> che delegittima i poteri

---

<sup>(24)</sup> Ma il rilievo può essere, attualmente, deferito al c.d. codice antimafia. Vedi F. BRICOLA, *Forme*, cit., p. 30.

<sup>(25)</sup> Ove l'autore specifica, limitatamente alle misure di prevenzione antimafia, oggetto privilegiato della sua analisi, quei caratteri che, estesi *mutatis mutandis* all'intero impianto dell'attuale c.d. codice antimafia, sono propri di una legislazione di emergenza: approssimazione (improvvisazione), caoticità (difetto di coordinamento), rigorismo repressivo, simbolicità, difetto di garanzie, clemenzialismo indulgenziale, involuzione della disciplina probatoria, strumento del decreto legge. Vedi *amplius* S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 53 ss., e, prima ancora: «in effetti il disegno delle forze eversive era proprio quello di imporre allo Stato una svolta autoritaria, e la risposta andava data, invece, rafforzando la democraticità delle istituzioni e privilegiando l'uso efficiente degli strumenti di controllo già esistenti, in un quadro di rimozione delle cause politico-sociali del fenomeno e non di mera repressione, espressiva di inefficienza e di un'inquietante involuzione in rapporto alla tutela dei diritti della persona». Vedi S. MOCCIA, voce *Ordine*, cit., p. 2.

Già il FIORE osservava come, nella legislazione di emergenza, il concetto di ordine pubblico, tutelato sia in senso "materiale" che "ideale", veniva esaltato così che «l'ordine pubblico, da interesse meritevole di tutela tende a divenire lo "scopo" dell'intero ordinamento giuridico». Vedi C. FIORE, voce *Ordine*, cit., p. 1099 ss..

dell’autorità giudiziaria, figura semplicemente “tollerata”, e fa riaffiorare lo spettro della redistribuzione di invasivi poteri all’autorità di pubblica sicurezza.

Ma se è vero che un moderno sistema penale – e tali argomentazioni beneficiano delle osservazioni sociologiche<sup>(26)</sup> - non può fare a meno della funzione preventiva, e se è altrettanto vero che più un ordinamento giuridico impronta la sua “forma” repressiva ad un modello garantistico, più necessita di ossigeno normativo per muoversi sul “versante” preventivo, allora il delicato compito dell’interprete diviene quello di vagliare quale “tipologia” di prevenzione criminale risulti compatibile con l’assetto normativo predisposto dalla Carta Fondamentale. In effetti, assumere una posizione di favore nei confronti di un preventivo intervento statale in tema di lotta alla criminalità, non implica logicamente un giudizio positivo sulla concreta disciplina delle misure di prevenzione, siccome ancora molto lontane dai modelli teorici di prevenzione criminale costituzionalmente accettabili.

L’analisi del diritto di polizia mostra come, anche sotto il più ampio profilo della coerenza interna o sistematica, fattore di rilievo che costituisce una sorta di cartina tornasole della credibilità e della razionalità complessiva della disciplina in esame, si debba concludere che, dopo le considerazioni svolte nel capitolo che precede, l’attuale sistema di misure di prevenzione non può aspirare ad essere il “candidato” costituzionale ideale.

E, a proposito del connotato repentino ed ipertrofico della “legislazione di emergenza”: «la frenesia moderna che si estrinseca nella continua legiferazione non tiene conto del fondamento e della natura della legislazione, che sta appunto in questa stabilità della volontà. Poiché la natura dell’uomo non può consentire

---

<sup>(26)</sup> Che affascinano anche il BRICOLA, secondo cui la necessità giuridica di una prevenzione criminale «si rafforza quanto più il sistema positivo penale appare improntato, da un lato, al criterio di necessaria lesività del fatto criminoso e, dall’altro, al ripudio di ogni forma di incriminazione di meri stati soggettivi». Vedi F. BRICOLA, *Forme*, cit., p. 74 ss..

Sebbene le argomentazioni del BRICOLA colgano nel segno, rimane sempre piacevole l’utopistica considerazione, squisitamente normativa, che la “vera” funzione preventiva risiederebbe in una funzione repressiva “certa”, vale a dire in una giustizia penale di cui sia assicurata l’effettività.

che la codificazione positiva consti di leggi eterne, sia almeno l'ordinamento giuridico composto di leggi stabili, di leggi *longeve*»<sup>(27)</sup>.

Arginare la fiumana preventiva appare dunque un'impresa attualmente impossibile siccome politicamente inappagante. E la deriva, questa volta in ossequio al linguaggio del BRICOLA, dalla politica "criminale" ad una politica "penale"<sup>(28)</sup> determina quella cronica schizofrenia del legislatore, più sensibile alle istanze dell'opinione pubblica (*recte*: al consenso dell'elettorato attivo) che a raffinate esegesi normative. Si avverte dunque l'impellente esigenza, o meglio la necessità, di ridisegnare l'ottica normativa da cui muovere un'analisi del concetto di "prevenzione criminale". Ed un modello astrattamente configurabile dovrebbe prevedere una sinergia di provvedimenti politici e giuridici o, con il linguaggio dei classici, di provvedimenti di prevenzione "indiretta" o "remota" e di prevenzione "diretta" o "prossima"<sup>(29)</sup>.

Nel sistema ferriano, che per la sua raffinatezza non merita di essere accostato al dedalo inestricabile di "leggine" che contraddistingue l'attuale sistema preventivo, la prevenzione "indiretta" o "remota" ricopriva un ruolo di primo piano tramite il fondamentale istituto dei "sostitutivi penali".

---

<sup>(27)</sup> Questo perché la "specificità etica" del diritto risiede proprio nel valore assoluto della "certezza", vale a dire nella celebrazione oggettiva del concetto di "giustizia". La frenesia citata nel testo, ed annoverata tra le minacce "di fatto" (*recte*: non teoretiche) contro la certezza del diritto, «elide la fiducia nella volontà dello Stato quale volontà permanente e costante, che è il solo vero carattere dello Stato etico». Vedi F.L. DE OÑATE, *La certezza del diritto*, a cura di G. Astuti, Milano, Giuffrè, 1968, p. 67 ss.. Occorre, però, precisare la concezione eticistica dello Stato secondo l'autore. Per il DE OÑATE, "Stato etico" e "Stato totalitario" sono due concetti ove l'individuo non viene superato ovvero assorbito ma, al contrario, in una sorta di sintesi tra "individuo" e "società" (vale a dire, l'"individuo sociale"), ove l'individuo, pur mantenendo la sua unicità, «deve porre a se medesimo, sul piano etico, il problema dell'altro, degli altri, e dell'unità maggiore che di fatto risulta dalla loro coesistenza» (p. 113). E conclude: «erroneamente una superficiale concezione dello Stato etico può ritenere che l'eticità dello Stato possa in qualche modo elidere l'esigenza della legalità. Il valore della volontà dello Stato come volontà etica, cioè come volontà che è consapevole di se medesima e del proprio inserirsi nel mondo storico, risulta dalla conquistata oggettività della forma della legge. La volontà dello Stato deve manifestarsi nello Stato etico come volontà *certa*, ossia come volontà coerente con se medesima nel tempo, attraverso la quale la molteplicità dei voleri singoli assume *legittimità e certezza*» (p. 142).

<sup>(28)</sup> «Per la politica penale il diritto penale è l'unico mezzo utilizzabile, per la politica criminale, viceversa, il diritto penale svolge soltanto il ruolo di *extrema ratio* rispetto alla politica sociale». Vedi F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)*, in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, Zanichelli, 1997, p. 101 ss..

<sup>(29)</sup> Anche se, nella tradizione classica, la prevenzione diretta o prossima veniva considerata come l'equivalente del diritto di polizia.

Questi non costituivano, tecnicamente, né misure né tantomeno sanzioni ma, piuttosto, provvedimenti di schietta natura politica finalizzati ad un duplice scopo: “sostituire” la sterilità della pena con l’efficacia della profilassi sociale così da “trasformare” la giustizia penale, unilateralmente repressiva, prima ancora in una difesa preventiva contro il delitto<sup>(30)</sup>.

Il FERRI comprese sin da subito come una tale forma di prevenzione criminale, lungi dall’essere un mero “accessorio” alla materia penale, ne costituiva parte integrante e, in particolare, il primo tassello: “sostituzione” e “trasformazione” sembrano dunque le parole chiave dell’istituto dei sostitutivi penali.

Dunque una nuova “filosofia” politica, in campo penale, tesa a rifuggire la consueta incarnazione dell’allarme sociale in un becero feticismo repressivo. La sinergia diviene completa se, accanto al sistema dei sostitutivi penali, si affianca un concetto “positivo” di prevenzione criminale che affondi le radici normative in precisi disposti costituzionali come, a seguire l’attenta analisi del BRICOLA, gli articoli 3, comma 2, 30, 32 e 38 Cost.: «in tale quadro la prevenzione non è più

---

<sup>(30)</sup> Lungi dal costituire meri interventi di depenalizzazione, ovvero provvedimenti di stampo etico-demagogico, questo complesso sistema prevedeva provvedimenti di ordine economico, politico, civile ed amministrativo, familiare ed educativo. Vedi *amplius* E. FERRI, *Sociologia*, Vol. I, cit., p. 546 ss.. L’illustre autore non nasconde come l’intuizione del sistema dei sostitutivi penali risulti fortemente debitrice dal suo studio delle opere dei classici e, in particolare, di quelle del CARMIGNANI e del ROMAGNOSI i quali, però, in ossequio al ferreo ermetismo dogmatico classico, si occuparono sempre *incidenter tantum* della materia della prevenzione, “indiretta” o “diretta” che fosse.

Basti pensare che il primo dedica alla prevenzione “indiretta” soltanto poche pagine della sua imponente opera, soffermandosi su di un paragrafo rubricato “del piacere come incentivo al mantenimento, ed alla perfezione dell’ordine, o de’ premj e delle ricompense come mezzi di preventiva difesa” (vedi G. CARMIGNANI, *Teoria*, cit., Vol. III, p. 355 ss.) mentre il secondo brevemente concludeva «che i mezzi, onde prevenire i delitti, non possono mai essere né diversi, né distinti da quelli, che promovono la sociale virtù...Quindi, allorché trattasi di annoverare i mezzi, onde prevenire i delitti, farebbe d’uopo percorrere tutte le leggi, ed i provvedimenti politici, economici, morali, religiosi, e della pubblica opinione, segnandone la tendenza secreta a produrre l’allontanamento delle tentazioni solleticanti al misfatto. Esame fatto si trova che l’arte di prevenire i disordini è una cosa, della quale il Legislatore si occupa in secreto, nel mentre che egli sembra limitarsi a particolari regolamenti, i quali non sono, che il centro della Volta, della quale i costumi, più lenti a nascere, formano in fine la ferma, ed inconcussa chiave» (vedi G. ROMAGNOSI, *Genesi*, cit., III ed., § 881).

*direttamente* rivolta ad impedire il crimine, ma è rivolta a garantire precise istanze del singolo e *indirettamente* a rimuovere le cause del reato»<sup>(31)</sup>.

Soltanto così l'approccio monotematico all'analisi del concetto di "prevenzione criminale" si arricchisce configurando un intervento statale decisamente variegato. Il programma, senza dubbio, risulta molto complesso e di incerta effettività ma l'ottimismo del maestro positivista è contagioso: «il legislatore, che ha il compito di conservar sano il corpo sociale, deve imitare il medico, che vuol mantener sano il corpo individuale: ricorrere il meno possibile, e nei soli casi estremi, e nei limiti della più stretta necessità, ai mezzi violenti della chirurgia; fidare in limitata misura nell'efficacia troppo problematica dei farmaci ed affidarsi invece ai sicuri e continui servigi dell'igiene»<sup>(32)</sup>.

Di talché, soltanto laddove la duplice prevenzione, indiretta e diretta "positiva", avrà disatteso il suo compito si potrà addivenire alla prevenzione diretta negativa ovvero, quale *extrema ratio*, alla repressione.

---

<sup>(31)</sup> Che ricorda come ogni riforma pratica deve muovere dal punto focale, totalmente condivisibile, che concerne la fisiologica redistribuzione dei poteri "esecutivi" dalla autorità di pubblica sicurezza, tradizionalmente estranea a funzioni propulsive e solidaristico-integrative, a strutture sociali *ad hoc*. È evidente, oltretutto, l'intimo collegamento tra un tale concetto di "prevenzione" e l'istituto dei sostitutivi penali: «la categoria dei «sostitutivi penali», cara all'impostazione positivista, andrebbe oggi ristiudiata da una dottrina meno distolta da schemi esclusivamente concettualistici, muovendo proprio dall'art. 3 cpv. Cost.». Vedi F. BRICOLA, *Forme*, cit., p. 88 ss..

<sup>(32)</sup> Le metafore cliniche, care al FERRI in ossequio alle "cliniche criminali" (*recte*: le carceri ed i manicomi criminali) del suo maestro ELLERO, sono però riprese anche dal BOBBIO che, a proposito della perdita della funzione repressiva del diritto penale, conclude: «una società in cui la scienza medica abbia sviluppato tutte le sue potenzialità nel rimuovere le cause delle malattie è una società senza ospedali così come una società in cui le scienze sociali, dalla psicologia alla pedagogia, siano riuscite a rimuovere le cause dei conflitti sarebbe una società senza prigionieri». Vedi E. FERRI, *Sociologia*, Vol. I, cit., p. 546 ss.; N. BOBBIO, *Dalla struttura*, cit., p. 79.

**2. SIGNIFICATI DELLA FORMULA “DIRITTO PENALE D’AUTORE”. INCONCILIABILITÀ  
LOGICA TRA IL “DIRITTO PENALE D’AUTORE” ED IL DIRITTO PENALE DEI POSITIVISTI. IL  
“DIRITTO PENALE D’AUTORE” COME DIRITTO DI POLIZIA “MASCHERATO”. L’“IPOCRISIA”  
DEL “DIRITTO PENALE DEL FATTO”. IL DIRITTO PENALE DEI POSITIVISTI AL VAGLIO  
DELLA CARTA FONDAMENTALE.**

Rimangono, a conclusione del capitolo e del contributo, alcune riflessioni in tema di “diritto penale d’autore”. La chiarezza circa il contenuto di questa formula è preliminare ad ogni altra considerazione successiva. Se con tale espressione si vuole intendere una tecnica di costruzione della fattispecie incriminatrice ove la sanzione colpisce non la commissione di un “fatto” bensì la qualifica di uno “stato”, come ad esempio la “pericolosità” del soggetto, allora il sistema positivistico risulta affatto estraneo ad un simile paradigma<sup>(33)</sup>. Se, al contrario, con tale espressione si vuole intendere un modello di sistema penale in cui, oltre alle considerazioni attinenti la dimensione oggettiva e soggettiva

---

<sup>(33)</sup> Nella costruzione di un ideale sistema penale garantistico, il FERRAJOLI pone come solida base iniziale del c.d. diritto penale minimo, ossia massimamente condizionato e limitato, il c.d. convenzionalismo penale che richiede, in particolare, «il carattere *formale* o *legale* del criterio di definizione della devianza» ed altresì «il carattere *empirico* o *fattuale* delle ipotesi di devianza legalmente definite». Se il primo fattore comporta la riserva di legge in materia penale, il secondo connota tale riserva come “assoluta” imponendo così al legislatore una tecnica di costruzione delle fattispecie incriminatrici improntata al principio di tassatività. La portata della natura garantistica del c.d. convenzionalismo penale – che l’autore racchiude nella massima hobbesiana “*auctoritas, non veritas facit legem*” – si traduce nel divieto di norme penali a carattere “costitutivo” anziché di carattere “regolativo”. Soltanto nelle prime, infatti, si punisce a prescindere dalla sussistenza di una condotta che, empiricamente accertabile, costituisca di queste fattispecie la premessa per la produzione delle relative conseguenze giuridiche. Nell’analisi del *pendant* normativo del sistema penale garantistico, vale a dire il sistema penale autoritario, la base iniziale dello stesso viene rinvenuta nel c.d. sostanzialismo penale, vale a dire il rovescio della medaglia del già illustrato c.d. convenzionalismo penale, ove si assiste ad «una svalutazione del ruolo della legge come criterio esclusivo ed esaustivo di definizione dei fatti devianti»: in questo caso, «*veritas, non auctoritas facit legem*». Ma tra le esemplificazioni che l’autore porta «tra le figure più nefaste del moderno oscurantismo penale», a fianco dei parti nazisti del *Willensstrafrecht* e del *Tätertyp* nonché degli stalinisti *враги народа*, inserisce, ed una simile scelta non può essere condivisa, anche il delinquente naturale di marca lombrosiana (vedi le considerazioni svolte nel terzo paragrafo del secondo capitolo e, in particolare, nella nota n. 64). Ad ogni modo, la distinzione di tecnica legislativa sopra cennata viene schematizzata nella relazione inversamente proporzionale che in un sistema penale avvinca la garantistica incorporazione “limitativa”, propria del livello normativo superiore, e l’autoritaria incorporazione “potestativa”, propria del livello normativo inferiore ovvero del livello giurisdizionale. Vedi *amplius* L. FERRAJOLI, *Diritto*, cit., p. 6 ss., 356 ss., 368 ss. e 508 ss. e 730 ss.

dell'illecito penale, assumono normativa rilevanza anche quelle inerenti le qualità fisiche e morali del reo, allora le argomentazioni che seguono proveranno a dimostrare come non soltanto, storicamente, la materia penale “classica” sia sempre stata normativamente sensibile ad alcune peculiarità attinenti la sfera del reo ma come, attualmente, una simile risposta differenziata – *recte*: individualizzata, secondo un connubio sinergico tra il “fatto di reato” ed il suo “autore” - sia quella costituzionalmente più corretta ai sensi del combinato disposto degli artt. 3, comma 2, e 27, comma 1, Cost..

Una delle più grandi incongruenze della mistificazione normativa che riconduce il sistema penale positivistico nel terreno del “diritto penale d'autore” è stata quella di sottovalutare il rilievo per cui la «colpevolezza» che colora tutta una vita, come amava definirla il BETTIOL<sup>(34)</sup>, postula sempre la sussistenza del libero arbitrio in capo all'individuo. La possibilità di dare un libero indirizzo allo sviluppo della propria personalità – ma il discorso potrebbe essere esteso *mutatis mutandis* anche all'affine profilo della rieducazione cui deve tendere la finalità

---

(34) Il BETTIOL distingue le ipotesi di “colpevolezza per la condotta di vita” o “Lebensführungsschuld”, come ad esempio l'ubriachezza abituale e la recidiva, da quelle di “colpevolezza d'autore” o “Täterschuld”, come nella delinquenza terroristica. Riguardo alle prime ipotesi, poi, l'autore non rinviene neanche una violazione del principio del *ne bis in idem*. In entrambi i casi, comunque, l'art. 133 c.p. consentirebbe una ricca valutazione della personalità del reo ai fini della graduazione della risposta sanzionatoria.

Questa concezione del BETTIOL è più positivista di quanto possa apparire. Essa, invero, si fonda sull'accertamento della commissione di un fatto di reato da cui muovere un'indagine circa l'individualizzazione della risposta sanzionatoria. In tal senso, infatti, il BETTIOL intende il diritto penale dell'atteggiamento interiore o *Gesinnungsstrafrecht* da non confondersi, come ricorda l'autore, col *Gefühlsstrafrecht*, stante la sua metodologia irrazionale e appunto sentimentale. Vedi G. BETTIOL, *Diritto*, cit., p. 311 ss.; ID., *Sulla colpavolezza d'autore e Colpevolezza normativa e pena retributiva oggi*, in *Gli ultimi scritti 1980 – 1982 e la lezione di congedo 6-5-1982*, Padova, Cedam, 1984, p. 86 ss. e 102 ss.; ID., *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 1980, p. 101 ss..

Contro la “colpevolezza per la condotta di vita”, si scaglia anche il DOLCINI perché, in particolare, l'occasione della commissione di un fatto di reato non può giustificare l'ampliamento della risposta sanzionatoria anche per una pregressa condotta. Oltre a sollevare il problema del possibile *bis in idem* (su cui vedi *amplius*, in relazione ai sintomi della capacità a delinquere, la nota n. 93 del sesto paragrafo del terzo capitolo; ed in relazione alla recidiva, la nota n. 124 del settimo paragrafo del terzo capitolo), l'autore considera come attraverso una simile tecnica potrebbe in concreto risultare “puniti”, attraverso la negativa costruzione della personalità dell'individuo, anche fatti penalmente non tipici. «Il concetto di colpavolezza per la condotta di vita è dunque inutilizzabile per il diritto. Se nondimeno il legislatore si ostinasse a farne uso, nella disciplina della commisurazione della pena, il risultato concreto darebbe una manipolazione, necessariamente arbitraria, da parte del giudice, dei dati che si ricavano dal quadro complessivo della personalità, motivata, senza possibilità di confutazione, con l'asserito carattere colpevole o incolpevole attribuito a ciascuno di essi». Vedi E. DOLCINI, *La commisurazione*, cit., p. 289 ss..

della sanzione penale - mal si concilia con l’espressione positivista del determinismo psicologico<sup>(35)</sup>. La centralità del “fatto di reato”, indiscussa premessa di ogni indagine penale di stampo positivista, smentisce poi qualsiasi tentativo di golpe al “diritto penale del fatto”: altro è punire l’autore *tout court*, altro è punire il fatto in relazione al suo autore<sup>(36)</sup>.

---

<sup>(35)</sup> Fortemente critico su tale finalità costituzionalmente sancita è il BETTIOL che, purista della retribuzione, nega alla pena qualsiasi connotato utilitaristico che rischierebbe di trasformare l’individuo, da valore “assoluto”, in “mezzo” rispetto al “fine” rieducativo. «Il criterio retributivo non è un «precipitato storico» di cui si possa domani fare a meno, ma è la *ragione stessa del diritto penale*, destinato diversamente a scomparire in un’atmosfera romantico-sentimentale che tutto confonde e disperde». Il BETTIOL critica il termine rieducazione dell’art. 27 Cost. perché richiama il concetto di “rieducazione sociale” ove la posizione dell’individuo viene subordinata a quello di uno Stato pedagogico al cui ethos il primo deve necessariamente conformare la propria coscienza individuale. Questo “relativismo penale” si atteggia così ad espressione politica di un sistema totalitario di origine hegeliana che ricomprende tra i suoi compiti anche la rieducazione del condannato e l’eventuale successivo e fruttuoso reinserimento dello stesso nella società. Oltretutto, all’equivocità del termine “rieducazione” si aggiunge il compromesso politico delle tre principali ideologie alla base del dettato costituzionale: «per la liberale la rieducazione dovrà esser liberata da ogni dogmatismo filosofico e religioso; per la cattolica essa deve essere improntata a un contenuto religioso confessionale; per la marxista deve essere un orientamento materialistico-classista». Il difetto di un criterio tendenzialmente sicuro nella determinazione degli orientamenti rieducativi rappresenta soltanto la conclusione di un procedimento argomentativo che muove dall’apriorismo secondo cui il condannato deve necessariamente essere rieducato. E l’autore conclude: «noi riteniamo che spetti, invece, all’esecuzione penale una funzione negativa, ma importantissima, quella di *non ostacolare attraverso le sue modalità il processo di ravvedimento del condannato*». Questo perché la “rieducazione” può avvenire esclusivamente in un contesto di assoluta libertà. Vedi G. BETTIOL, *Sulla rieducazione del condannato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1958, p. 633 ss..

Il FERRAJOLI ricorda come, tra i diritti inviolabili dell’uomo, vi sia senz’altro quello “ad essere se stessi e a rimanere tali”, vale a dire un diritto alla propria identità e libertà interiore, che risulta inevitabilmente compromesso dalla finalità tendenzialmente rieducativa cui tende la sanzione penale. Se può essere condivisa la critica del FERRAJOLI per cui «repressione ed educazione sono insomma tra loro incompatibili, come lo sono la privazione della libertà e la libertà medesima che dell’educazione forma la sostanza e il presupposto», non sembra tuttavia possibile l’estensione di una simile critica di ideologia correzionalistica alla corrente del positivismo, siccome logicamente incompatibile proprio con la concezione del determinismo psicologico e posto che un simile corrente risulta affatto estrema ad ogni postulato etico ovvero morale circa la finalità perseguita dalla sanzione (*recte*: dalla pena). Vedi L. FERRAJOLI, *Diritto*, cit., p. 259 ss..

<sup>(36)</sup> Come si è tentato di dimostrare attraverso l’analisi effettuata nel secondo capitolo. Interessante parallelismo può essere operato tra il diritto penale dei positivisti e la tecnica di costruzione di alcuni c.d. reati propri e, per la precisione, quelli ove acquista penale rilevanza il possesso di determinate qualità fisico-morali (su cui vedi *amplius* le considerazioni svolte in tema di capacità giuridico-penale effettuate nella nota n. 57 del terzo capitolo). In effetti, in queste ipotesi la rilevanza penale del “fatto”, ovvero la semplice modifica del *nomen iuris* del fatto di reato, è subordinata alla commissione dello stesso da parte di particolare figure soggettive. Ove dunque la connotazione dell’autore, nell’economia della rilevanza penale di una determinata condotta, diviene decisiva. Non può dunque condividersi la conclusione del BETTIOL che sostiene che «la qualità personale nei reati propri, se è tale da determinare un circolo chiuso con relativi diritti e doveri che non riguardano chi di tale qualità non è rivestito, non viene però nel reato



La dicotomia tra “diritto penale d’autore” e “diritto penale del fatto” ricorda la distinzione kantiana tra “ufficio della morale” o foro interno ed “ufficio del diritto” o foro esterno<sup>(37)</sup>. Il “diritto penale d’autore” annulla il secondo termine ed assume le sembianze di un diritto di polizia “mascherato”: con lo schema del Willensstrafrecht ovvero dello Zustandesstrafrecht, il ricorso alla sola legalità formale (*recte*: al principio di tipicità) serve a fingere ottimismo per lo strumento legale<sup>(38)</sup>. Ma in questa commedia degli equivoci, la legalità formale si

---

preso in considerazione a parte subiecti, ma a parte obiecti, nel senso che essa ha un rilievo in quanto si proietta nella configurazione concreta del fatto, in quanto dà un tono e un rilievo particolare all’azione. È questa azione che viene imputata e, attraverso la pena, espiata, non la qualifica personale che caratterizza l’azione soltanto. Il diritto penale dei reati propri è solo impropriamente un diritto penale che guarda all’autore, perché in concreto la pena viene raggiunta all’azione compiuta da un soggetto qualificato. Le qualità personali acquistano sotto tale aspetto un rilievo oggettivo». Vedi G. BETTIOL, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei “tipi” di autore*, Padova, Cedam, 1942, p. 12.

<sup>(37)</sup> E così tradotta, per il diritto penale, dal CARRARA: «la scienza penale assume allora tutta la sua nobile primazia come strumento della sovranità del diritto. Rispetta la morale, ma non se ne fa ciecamente alunna dove la missione propria non le impone di prestar l’opera sua a servizio di quella. Rispetta la politica, ma sdegnosamente ricusa servire di strumento alle sue prepotenti esigenze. Essa proclama in sé medesima l’ufficio di mera guardiana del diritto; ed ha trovato una volta per sempre il faro che illuminerà tutti i suoi passi così nell’azione come nella inazione». Vedi F. CARRARA, *Programma*, cit., Introduzione alla seconda sezione (Della pena).

Sebbene una tale dicotomia sia stata già criticata efficacemente dall’HART che rinviene, di contro, la distinzione tra norma morale e norma giuridica in quattro canoni: un certo grado di importanza, in punto di osservanza e di insegnamento, che deve contraddistinguere ogni norma morale; l’immunità di questa da mutamenti attraverso provvedimenti deliberati; il carattere necessariamente volontario dei crimini morali; la diversa e più invasiva forma di pressione esercitata per l’osservanza della norma morale. Vedi H.L.A. HART, *The concept of law*, trad. it. Di M.A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1965, p. 202 ss. e, per la configurazione in nuce di tale pentagramma, ID., *Legal and moral obligation*, trad. it. di V. Frosini, *Obbligazione morale e obbligazione giuridica*, in *Contributi all’analisi del diritto*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 190 ss.. A ciò, naturalmente, deve aggiungersi la possibilità, qualità esclusiva della norma giuridica, di poter eseguire coattivamente la sanzione predisposta in caso di inosservanza del precetto. Ove è grande la confusione kelseniana tra “contenuto” della sanzione e “coazione” (*recte*: “garanzia” della effettività della sanzione). Sembra incrinare questa dicotomia il BETTIOL che, muovendo da un’analisi sul concetto di “colpevolezza” in ambito penale, sostiene l’identità sostanziale tra il concetto di “diritto” e quello di “morale”: «non c’è dubbio che l’identità tra colpevolezza morale e colpevolezza giuridica risale alla tomistica, perché tra diritto e morale non c’è una differenza di sostanza. [...]. Le differenziazioni cominciano a manifestarsi dal settecento in poi, quando al diritto si attribuisce solo la sfera esteriore dell’agire e alla morale quella interna, con una divisione arbitraria perché i due momenti finiscono per immedesimarsi l’uno nell’altro». Vedi G. BETTIOL, *Colpevolezza*, cit., p. 48.

<sup>(38)</sup> Pertanto, si è molto lontani dal sistema elaborato dal FERRI che muoveva la propria analisi “soggettiva” soltanto dopo l’accertamento della commissione di un fatto di reato e che, ai sensi dell’art. 21 dell’omonimo Progetto, denotava il concetto di “pericolosità” con i crismi della scientificità e ne affidava la sua “misurazione” non all’autorità giudiziaria bensì ad un collegio peritale. Vedi *amplius* il sesto paragrafo del secondo capitolo. Naturalmente, applicando la teoria referenziale del significato elaborata dal FREGE al segno valutativo “pericolosità”, è inevitabile riconoscere di questo un significato “estensivo” o “denotativo” indeterminabile. Con la

traduce nella scusa per erigere un regime totalitario: concessa la parvenza dello Stato di diritto, in realtà si viene legittimando la più ferrea autorità. E la legalità sostanziale rischia di rimanere un dipinto sbiadito. Siamo molto lontani dall’ottimismo verso lo strumento legge riposto dal CALAMANDREI. Anzi, ne è stato tradito il pensiero: «senza la legge astratta non può esservi in concreto per alcuno quella sicurezza di poter vivere e pensare ed agire al coperto da violenza ed arbitri entro quella cerchia individuale che il diritto gli assegna, non vi può essere serenità di coscienza né tranquillità di focolare, non può pensarsi insomma quella zona di sovranità individuale garantita dal diritto entro la quale la libertà, da vaga ed abusata astrazione, può diventare, sotto qualunque regime basato sulle leggi, una rigorosa realtà giuridica»<sup>(39)</sup>.

---

conseguenza che le proposizioni normative che ricomprendono simili segni non sono né verificabili né falsificabili non avendo alcun valore di verità ed essendo tutt’al più argomentabili con riferimento ad altri valori.

Per una critica della dottrina positivista che, proprio attraverso l’istituto chiave della “pericolosità”, come ogni predicato dal significato estensivo indeterminabile, condurrebbe alla confusione, propria del “sostanzialismo giuridico”, tra “legittimazione esterna” o giustificazione, relativa a principi meta-giuridici, e “legittimazione interna” o legittimazione in senso stretto, relativa a principi giuridici, del diritto penale, vedi L. FERRAJOLI, *Diritto*, cit., p. 254 ss..

<sup>(39)</sup> Uno dei compiti del giurista, invero, è «sopra tutto far intendere alla gente che questa astrattezza delle leggi, la quale ai profani dà l’impressione ch’esse siano dei comandi a vuoto distaccati dalla realtà e troppo ipotetici per essere presi sul serio, è in realtà la formula logica della solidarietà e della reciprocità umana, che è la più efficace forza di coesione della società e la condizione essenziale d’ogni civiltà vera. C’è chi crede che il diritto voglia dire egoismo; in realtà il diritto quando si presenta formulato in leggi che tutti devono osservare, vuol dire altruismo. Poiché questa formulazione astratta delle leggi significa appunto che il diritto non è fatto per me o per te, ma per tutti gli uomini che vengano domani a trovarsi nella stessa condizione in cui io mi trovo. Questa è la grande virtù civilizzatrice e educatrice del diritto, del diritto anche se inteso come pure forma, indipendentemente dalla bontà del suo contenuto: che esso non può essere pensato se non in forma di correlazione reciproca; che esso non può essere affermato in me senza essere affermato contemporaneamente in tutti i miei simili; che esso non può essere offeso nel mio simile senza offendere me, senza offendere tutti coloro che potranno essere domani i soggetti dello stesso diritto, le vittime della stessa offesa. Nel principio della legalità c’è il riconoscimento della uguale dignità morale di tutti gli uomini, nell’osservanza individuale della legge c’è la garanzia della pace e della libertà di ognuno». Vedi P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, a cura di S. Calamandrei, Bari, Laterza, 2008, p. 84 ss. e 103 ss..

Sulla stessa linea di pensiero si assesta l’ottimismo del DE OÑATE: «di fronte all’immanità delle grandi strutture collettive contemporanee, il soggetto è a poco a poco andato smarrendosi, proprio allorché tentava di raggiungere la garanzia e la sicurezza delle quali sentiva a un tempo mancanza e necessità assoluta. Di fronte alla legge che gli appariva onnipotente e terribile, indifferente alla sua precisa particolare individualità, rigida ed astratta nella severità del suo comando, il singolo “impotente, povero ed isolato” (secondo la drammatica raffigurazione di Tocqueville) è indietreggiato ed è andato errando in cerca di rifugio, barricandosi dietro il diritto, il diritto che ciascuno porta con sé, che la realtà, che i fatti, che la vita portano con sé. --- E si è trovato non più di fronte alla legge, come volontà uguale e costante, cioè certa, ma di fronte ad

Come già chiosava il ROMAGNOSI «dunque sarebbe oltre il necessario al fine unico di ogni giusta pena, e quindi crudele il voler penetrare entro gli abissi dell'interno di un uomo, per applicare ad ogni lampo di reo pensiero, ad ogni sospiro illegittimo le trafitture della pena». E «seppure ciò fosse possibile, e in supplemento dell'ignoranza prodotta dalla tenebre, che avviluppano i cuori altrui, e li sottraggono a nostri sguardi, non si volesse creare una nuova atroce, e terribil arte di conghietturare sull'interno altrui all'incerto barlume di atti, di cenni e di andamenti; arte sol propria a spandere su tutti i volti il pallore, a gettare in tutti i cuori la desolazione della diffidenza, a rendere la stessa più incorrotta probità, e la virtù la più benefica, vittima de' più intraprendenti scellerati, e de' più infami calunniatori, onde rinnovare le scene sanguinose delle romane proscrizioni, fabbricare a' popoli le più orrende catene, a formare della Società tutta un gregge tremante di schiavi, e rendere uno Stato, deserto funebre, e tomba sempre aperta e per chi dovesse ubbidirvi, e per chi volesse comandarvi»<sup>(40)</sup>.

Soltanto in questi termini può essere configurato l'"autentico" statuto del "diritto penale d'autore". Per la precisione, dal punto di vista del destinatario della norma penale, lo schema è quello di un diritto penale ~~d'eccezione~~, del "nemico"<sup>(41)</sup> ovvero dell'"esclusione". Dal punto di vista del legislatore, invece, lo schema è quello di un diritto penale della "paura"<sup>(42)</sup> ovvero dell'"intolleranza"<sup>(43)</sup>.

---

una volontà continuamente rinnovantesi ed imprevedibile che si qualificava come diritto». F.L. DE OÑATE, *La certezza*, cit., p. 39 ss..

<sup>(40)</sup> Vedi G. ROMAGNOSI, *Genesi*, cit., §§ 578 e 579.

<sup>(41)</sup> Ove il "dialogo" che caratterizza il diritto penale "del cittadino" sparisce per lasciare il posto ad un diritto penale di "lotta" in cui l'immagine del nemico da combattere, almeno nelle versioni più estreme, arriva a coincidere con quella di una persona privata, sul "campo di battaglia", di alcuni diritti fondamentali. Vedi *amplius* M. DONINI, *Il diritto*, cit., p. 735 ss..

<sup>(42)</sup> Come ricorda il MOCCIA, nel diritto penale "simbolico" la legittimazione non è più la Costituzione bensì la paura. Paura come logoramento dei legami sociali, come sviluppo della diffidenza e della sfiducia. E si passa da un diritto penale "del cittadino" al diritto penale "del nemico", seguendo una logica prossima a quella della guerra sia nella terminologia adottata che nella simbologia espressa. Vedi *amplius* S. MOCCIA, *La perenne*, cit., p. 1 ss..

<sup>(43)</sup> La pregnanza semantica di questa parola è degna di un ulteriore rilievo. Invero, la tolleranza implica una relazione sociologica tra un soggetto che riveste una posizione di supremazia sociale, vale a dire il "tollerante", ed uno che riveste una posizione di subordinazione sociale, vale a dire il "tollerato". La tolleranza lascia le cose come stanno. Il soggetto "pericoloso" viene dunque tollerato ma, quando la misura di questa "tolleranza" risulta colma, allora lo stesso soggetto deve essere punito. La "tolleranza", in altri termini, nasconde l'anticamera del diritto penale di autore. Né potrebbe richiedersi una tolleranza estesa al massimo, ossia in modo illimitato, perché così tale concetto, perdendo ogni confine col suo concetto "opposto" crociano, si

Delimitato la portata del concetto di “diritto penale d’autore”, si vuole infine sottolineare come la speculare formula del “diritto penale del fatto” rasenti, in non poche ipotesi, l’ipocrisia normativa.

L’analisi di alcuni fondamentali istituti mostrano come, in realtà, il “diritto penale del fatto” abbia sempre considerato, in casi determinati, le qualità psico-fisiche dell’autore. Sia sufficiente pensare alla dicotomia, il cui valore numerico è fissato convenzionalmente dal legislatore del momento storico, tra crimine del *puer* e crimine del *senex*. A parità di fatto di reato commesso, invero, il primo ha sempre goduto, storicamente, di un trattamento sanzionatorio più mite, anche se giustificato in termini retributivi (*recte*: una sorta di minore “colpa morale” per via dell’“immaturità” dell’individuo), rispetto a quello riservato al secondo<sup>(44)</sup>.

Senza contare, poi, l’enorme imbarazzo dei “classici”, unitamente alle acrobazie dogmatiche tentate, per giustificare la collocazione all’interno di un “diritto penale del fatto” di istituti come la recidiva ovvero l’ubriachezza,

---

autodistrugge. In conclusione, si dovrebbe proclamare, per salvaguardare la tolleranza, il diritto “popperiano” di non tollerare gli intolleranti ovvero, come dice il RAWLS all’interno di uno schema di una costituzione giusta, vale a dire contraddistinta dai due principi di libertà e di differenza scelti razionalmente sotto il “velo dell’ignoranza” e nella “posizione originaria”, soltanto quando si ritenga ragionevolmente che siano posti in pericolo la sicurezza dei tolleranti ovvero le istituzioni di libertà. Vedi J. RAWLS, *A theory*, cit., p. 216 ss..

Riguardo alla relatività dei concetti di “sporco” e di “impuro”, la DOUGLAS ricorda che è definita come “sporca” quella cosa che contraddice o confonde le classificazioni a cui siamo legati, ossia le abitudini mentali, e genera una contaminazione. Da qui le equivalenze tra i concetti di “sporco” e quelli di “impuro” o “anomalo” o “anormale”. La fine antropologa conclude: «un certo sistema di classificazione deve necessariamente produrre delle anomalie e una certa cultura deve misurarsi con gli eventi che sembrano sfidare i suoi postulati; non può ignorare le anomalie che il suo schema produce, se non vuole correre il rischio di perdere la credibilità». Tra i provvedimenti da prendere in caso di anomalia, e quindi di assicurazione e di rafforzamento del sistema, c’è quello di etichettare la persona come pericolosa. Vedi M. DOUGLAS, *Purity and Danger. An Analysis of Concepts of Pollution and Taboo*, trad. it. Di A. Vatta, *Purezza e Pericolo*, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 77 ss..

<sup>(44)</sup> Per BETTIOL, «la legislazione minorile è un mondo a sé nel quale i singoli istituti possono plasmarsi e modellarsi secondo le proprie esclusive esigenze». Vedi G. BETTIOL, *Azione*, cit., p. 11.

Se si considera, poi, l’equivalenza tra i concetti di “imputabilità” e quello di “capacità giuridico-penale”, la circostanza attenuante dell’età infradiciottenne può costituire, ai sensi del combinato disposto con la norma che prevede una determinata fattispecie incriminatrice, il sostrato normativo di un peculiare reato “proprio” commesso dal minore. Vedi *amplius* la nota n. 57 del terzo paragrafo del terzo capitolo.

soprattutto quella di natura “abituale”<sup>(45)</sup>. Nonché di tutte quelle ipotesi criminose ove i moventi – come ad esempio la “causa d’onore”, nota anche dal codice ZANARDELLI – sono assurti a note essenziali della fattispecie.

Ecco svelata l’ipocrisia della formula “diritto penale del fatto”, vale a dire di un sistema che, pur definendosi come tale, in realtà non ha mai rinunciato a valutare normativamente anche le qualità psico-fisiche dell’agente. Ma una simile forma di “ipocrisia”, a ben vedere, dispiega effetti benefici posto che – e questa considerazione consente di introdurre l’argomentazione conclusiva - una concezione squisitamente oggettiva del diritto penale costituirebbe, come altra faccia della medesima medaglia, un sistema discriminante esattamente (*recte*: specularmente) come sarebbe quello derivante da una concezione squisitamente soggettiva.

«Tratta tutti i casi uguali in modo uguale»; benché sia necessario aggiungere a questa frase «e tratta i casi diversi in modo diverso», diceva HART<sup>(46)</sup>. Sembra dunque che la “differenziazione”, vale a dire il distinguo normativamente rilevante, costituisca proprio quel lato “nascosto” della giustizia che si professa come trattamento normativo “uguale” per tutti.

E questo perché in un diritto penale che si dichiara essere “oggettivo”, ove cioè protagonista del giudizio dovrebbe essere esclusivamente l’“azione”<sup>(47)</sup> e non

---

<sup>(45)</sup> Vedi *amplius* le considerazioni effettuate nelle note n. 118 e 119 del settimo paragrafo del terzo capitolo.

<sup>(46)</sup> Ma, correttamente, per non farla scadere a vuota formula, si deve conoscere con anticipo i casi che devono essere considerati come uguali e, di contro, quali “differenze” sono rilevanti. Vedi H.L.A. HART, *The concept*, cit., p. 185 ss..

«Nelle aule giudiziarie si legge che: «La legge è uguale per tutti». Non bisogna sorridere, come si usa, su questo motto: in esso è concentrata, si potrebbe dire, tutta la moralità della dogmatica giuridica. La importanza sociale, la missione umana dei giuristi è proprio questa: di far sì che leggi, buone o cattive, siano applicate in modo uguale ai casi uguali, senza parzialità, senza dimenticanze, senza favori. Tutta quanto la dogmatica giuridica, tutto quell’edificio di distinzioni e suddistinzioni di cui si compongono i sistemi dei giuristi, deve mirare essenzialmente a questo: a stabilire in anticipo dei criteri sicuri che valgano a mettere in evidenza le somiglianze e le dissimiglianze dei casi, e che possano servire, quando il caso si presenta, a classificarlo subito, senza esitazioni e senza debolezze, nella casella che la legge gli assegna. La dogmatica giuridica, anziché essere quel freddo giuoco dialettico che qualche critico ignaro afferma, è dunque nient’altro che uno strumento pratico per far diventare concreta quella volontà *costante* che le leggi enunciano per classi, quella uguaglianza giuridica che le leggi possono permettere soltanto in astratto». Vedi P. CALAMANDREI, *La fede*, cit., p. 103 ss..

<sup>(47)</sup> Naturalmente, comprensiva dei coefficienti psicologici, sebbene per un positivista e senza scomodare il finalismo welzeliano, risulta arbitrario dissociare, scientificamente e

anche le qualità psico-fisiche del suo “autore”, si può cogliere una aporia di rilievo costituzionale che attiene alla dimensione normativa (*recte*: al piano del “dover essere”) dell’indagine.

Ricorrendo ad un’utile esemplificazione, si potrebbero ipotizzare due fatti di omicidio doloso commessi con analogo *modus procedendi*. Ove l’unico fattore discriminante tra le due ipotesi criminose risiede nel movente: il primo omicidio viene commesso, da un delinquente primario, per vendicare l’onore di una figlia seviziata ed uccisa; il secondo viene commesso, da un delinquente recidivo, per mero capriccio sadico. Un diritto penale squisitamente oggettivo, di fronte a tali ipotesi, dovrebbe punire – siccome situazioni di vita omogenee in relazione al fatto di reato ed alle sue modalità di commissione – allo stesso modo<sup>(48)</sup>.

Tuttavia, così argomentando, si rischia di trattare normativamente allo stesso modo anche “autori” che, al contrario, non condividono situazioni di vita omogenee. In altri termini, un sistema penale esclusivamente basato sul “fatto di reato” ovvero sull’“autore” di esso, risulterebbe sempre contrario al principio di uguaglianza sostanziale. Se quest’ultimo impone di trattare normativamente allo stesso modo tutti e *soltanto coloro che si trovano nella medesima situazione di vita*, allora la visione unilaterale pecca sempre, vuoi per una discriminazione “soggettiva” (*recte*: a parità di fatto di reato commesso, non si tiene conto della “pericolosità” dei soggetti agenti) vuoi per una discriminazione “oggettiva” (*recte*: a parità di “pericolosità” dei soggetti agenti, non si tiene conto della commissione del fatto di reato da parte di uno di essi).

Tra diritto penale (esclusivamente) del fatto e diritto penale (esclusivamente) dell’autore, l’unico ugualitario sembra così un sistema misto ove, a fianco del fatto di reato, viva anche la personalità del suo autore. In altri termini, un diritto penale che sia al contempo del fatto e dell’autore. Il sistema

---

normativamente, la volontà dai motivi e dalla personalità dell’autore posto che è tutto l’“individuo” che si proietta nella sua “azione”.

<sup>(48)</sup> Salvo a voler forzare, sotto il vigore del codice ZANARDELLI, istituti come le circostanze attenuanti ovvero utilizzare la discrezionalità giudiziale all’interno della cornice edittale della pena, anziché in funzione retributiva, in funzione special-preventiva. Il quesito, naturalmente, non si ripropone sotto il vigore del codice ROCCO stante l’introduzione di istituti tipicamente positivistici, come ad esempio la capacità a delinquere ovvero il complesso ed eterogeneo campionario di circostanze aggravanti ed attenuanti di natura soggettiva.

positivistico traduce normativamente un'esatta osservazione scientifica: non esiste un fatto di reato in sé e per sé, valutabile al di fuori della persona che lo ha commesso, ma la fisionomia ed il valore del fatto stesso deriva dalla personalità del reo. Si potrebbe compendiare questa argomentazione con una formula di turatiana memoria: "non a tutti lo stesso, ma a ciascuno il suo".

Questa concezione di diritto penale postula una sintesi, e non un'antitesi, tra la concezione del Willensstrafrecht e quella dell'Erfolgsstrafrecht. Sposare soltanto un estremo di questa relazione rivela sempre una visione della materia parziale e non conforme al principio di uguaglianza sostanziale. Se questo risulta "tradizionalmente" pacifico se riferito in ordine al "diritto penale di autore", non meno evidente sembra risaltare se riferito in ordine al "diritto penale del fatto".

Questa conquista del positivismo<sup>(49)</sup> può infine rinvenire un ulteriore suffragio in un fondamentale precetto costituzionale. La Corte Costituzionale ha già rivelato le potenzialità insite nel disposto del primo comma dell'art. 27 Cost.. La significativa interpretazione evolutiva che ha contraddistinto questa disposizione, cominciata con l'affermazione del divieto di responsabilità per fatto altrui, ha condotto in ultimo la Corte a consacrare il principio di colpevolezza. Una terza tappa di tale processo ermeneutico ben potrebbe essere, allora, quella di una "personalità" della responsabilità penale intesa – secondo i dettami del genuino positivismo - come antropologicamente e sociologicamente "individualizzata".

Ad onor del vero, le potenzialità di matrice "positivistica" del primo comma dell'art. 27 Cost. erano già state colte da uno dei più strenui fautori del libero arbitrio: GIUSEPPE BETTIOL. A proposito del diritto penale del futuro, così concludeva: «diritto penale e personalità vengono quindi direttamente collegati da un nesso inscindibile. Un diritto penale moderno non può essere più inteso in termini oggettivo-meccanicistici ma in termini «personali» nel senso che solo dalle

---

<sup>(49)</sup> Nonostante si debbano denunciare anche alcuni eccessi "soggettivistici", come nelle ipotesi già analizzate di reato putativo e di reato impossibile. Vedi *amplius* nota n. 114 del sesto paragrafo del secondo capitolo.

caratteristiche, tendenze, atteggiamenti della personalità il fatto si illumina e si spiega»<sup>(50)</sup>.

- FINE -

---

<sup>(50)</sup> Nonostante il forte trasporto della deriva eticistica, nonché l’analisi svolta in tema di “colpevolezza per il fatto”, il BETTIOL è uno tra i pochi liberisti per cui l’importanza del valore “morale” della persona rileva, oltre che in sede di commissione del fatto di reato (*recte*: di accertamento della sussistenza del libero arbitrio in capo all’autore di esso), anche successivamente in sede di irrogazione della risposta sanzionatoria. Vedi *amplius* G. BETTIOL, *Sul diritto*, cit., p. 101 ss. e 114.



## BIBLIOGRAFIA

ALEXY ROBERT, *Begriff und Geltung des Rechts*, trad. it. di F. Fiore, *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997

ALEXY ROBERT, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, trad. it. di C.M. Mazzoni e V. Varano, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, Giuffré, 1998

ALIMENA BERNARDINO, *La scuola critica di diritto penale*, Napoli, Pierro, 1894

ALMARAZ JOSÉ, *Pericolosità senza delitto? (rilievi di diritto penale comparato)*, Milano, Vallardi, 1936

ALTAVILLA ENRICO, *La subiettivizzazione del diritto penale nel progetto Rocco*, in *La Scuola Positiva*, 1928

ALTAVILLA ENRICO, *L'appartenenza del reato alla personalità psico-etica del suo autore*, Milano, Vallardi, 1933

ALTAVILLA ENRICO, *Il delinquente per tendenza, nella realtà e nella finzione legislativa*, Milano, Vallardi, 1939

ALTAVILLA ENRICO, *Il delinquente tipo*, Milano, Vallardi, 1943

ALTAVILLA ENRICO, *Psicologia giudiziaria*, Torino, Utet, 1949

ALTAVILLA ENRICO, *La dinamica del delitto*, Vol. I e II, Torino, Utet, 1953

AMATO GIULIANO, sub art. 13, in *Commentario della Costituzione*, Vol. II, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1977

AMATO GIULIANO, sub *art. 16*, in *Commentario della Costituzione*, Vol. II, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1977

AMBROSETTI ENRICO MARIA, *Recidiva e recidivismo*, Padova, Cedam, 1997

ANCEL MARC, *La défense social nouvelle*, Parigi, Cujas, 1966

ANGIONI FRANCESCO, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, Giuffré, 1994,

ANTOLISEI FRANCESCO, *Sul concetto del pericolo*, in *La Scuola Positiva*, 1914

ANTOLISEI FRANCESCO, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, Giuffré, 1928

ANTOLISEI FRANCESCO, *Pene e misure di sicurezza*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1933

ANTOLISEI FRANCESCO, *La capacità a delinquere*, in *Rivista Italiana di diritto Penale*, 1934

ANTOLISEI FRANCESCO, *Elementi di diritto penale. La parte generale*, Torino, Giappichelli, 1945

ANTOLISEI FRANCESCO, *Rilievi sui reati della stessa indole*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1948

ANTOLISEI FRANCESCO, *Scritti di diritto penale*, Milano, Giuffré, 1955

ANTOLISEI FRANCESCO, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1960 (ed. postuma)

ANTOLISEI FRANCESCO, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di L. Conti, Milano, Giuffré, 2003

ANTOLISEI FRANCESCO, *Manuale di diritto penale. Parte Speciale, Vol. II*, a cura di C.F. Grosso, Milano, Giuffré, 2008

ARDIGÒ ROBERTO, *La morale dei positivisti*, in *Opere filosofiche*, Padova, Draghi, 1892

BAKUNIN MICHAÏL ALEKSANDROVIČ, *Государственность и анархия*, trad. it. di N. Vincileoni e G. Corradini, *Stato e anarchia*, Milano, Feltrinelli, 1996

BARATTA ALESSANDRO, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in AA. VV., *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, a cura di A. Baratta, Edizioni Scientifiche Italiane, 1985

BARBERA AUGUSTO, *Pari dignità sociale e valore della persona umana nello studio del diritto di libertà personale*, in *Justitia*, 1962

BARBERA AUGUSTO, *Sulla legittimità costituzionale di misure di prevenzione nei confronti di persone pericolose per la «pubblica moralità»*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1969

BARBERA AUGUSTO, sub art. 2, in *Commentario della Costituzione*, Vol. I, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1975

BATTAGLINI GIULIO, *La natura giuridica delle misure di sicurezza*, in *Rivista di diritto penitenziario*, 1930

BECK ULRICH, *Risikogesellschaft*, trad. it. di W. Privitera e C. Sandrelli, *La società del rischio*, Roma, Carocci, 2000

BETTI EMILIO, *Di una teoria generale dell'interpretazione*, in *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, Giuffré, 1971

BETTI EMILIO, *Teoria generale della interpretazione*, Vol. I, a cura di G. Crifò, Milano, Giuffré 1990

BETTIOL GIUSEPPE, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei “tipi” di autore*, Padova, Cedam, 1942

- BETTIOL GIUSEPPE, *Sulla rieducazione del condannato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1958
- BETTIOL GIUSEPPE, *Diritto penale*, Palermo, Priulla, 1962
- BETTIOL GIUSEPPE, *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 1980
- BETTIOL GIUSEPPE, *Gli ultimi scritti 1980 – 1982 e la lezione di congedo 6-5-1982*, Padova, Cedam, 1984
- BOBBIO NORBERTO, voce *Sanzione*, in *N.D.I.*, vol. XVI, Torino, Utet, 1969
- BOBBIO NORBERTO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, a cura di M. G. Losano, Bari, Laterza, 2007
- BRICOLA FRANCO, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, Giuffré, 1961
- BRICOLA FRANCO, *La discrezionalità nel diritto penale*, Vol. I, Milano, Giuffré, 1965
- BRICOLA FRANCO, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, Zanichelli, 1997
- BURI MAXIMILIAN VON, *Über den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch: gesammelte Abhandlungen*, in *Beitrage zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuch*, Goldbach, Keip, 1997 (rist. anast. ed. 1894)
- BURI MAXIMILIAN VON, *Gefahr und Versuch in der zweiten Auflage der ersten Bandes der Normen*, in *Beitrage zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuch*, Goldbach, Keip, 1997 (rist. anast. ed. 1894)
- CALAMANDREI PIERO, *Fede nel diritto*, a cura di S. Calamandrei, Bari, Laterza, 2008
- CARACCIOLI IVO, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, Giuffré, 1970
- CARMIGNANI GIOVANNI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, vol. I - IV, Pisa, Nistri, 1831 – 1832

CARMIGNANI GIOVANNI, *Elementa iuris criminalis*, trad. it. di C. Dingli, *Elementi di diritto criminale*, Milano, Sanvito, ed. post. 1863

CARNELUTTI FRANCESCO, *Teoria generale del reato*, Padova, Cedam, 1933

CARNELUTTI FRANCESCO, *Teoria generale del diritto*, Roma, Foro Italiano, 1940

CARNEVALE EMANUELE, *Il naturalismo nel diritto criminale*, in *La giustizia penale*, 1896,

CARNEVALE EMANUELE, *Le due realtà nel diritto criminale: la realtà della legge e quella del mondo in cui opera*, Milano, Vallardi, 1938

CARRARA FRANCESCO, *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, Prato, Giachetti, 1886

CASALINUOVO ALDO, *La capacità a delinquere nella teoria del reato e della pericolosità*, Catanzaro, La Calabria giudiziaria, 1943

COMTE ISIDORE AUGUSTE MARIE FRANÇOIS XAVIER, *Cours de philosophie positive*, trad. it. di E. Zagarese, M. Maioli, P. Fiorentini Migliucci, *Corso di filosofia positiva*, Vol. I, a cura di F. Ferrarotti, Torino, Utet, 1967

CONTI UGO, *Diritto penale e suoi limiti naturali. (concetto della "pericolosità criminale")*, Cagliari, Dessì, 1912

COPPI FRANCO, voce *Professionalità (diritto penale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXXVI, Milano, Giuffré, 1987

CORSO GUIDO, voce *Ordine pubblico (diritto pubblico)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXX, Milano, Giuffré, 1980

CRISAFULLI VEZIO, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XIII, Milano, Giuffré, 1964

CROCE BENEDETTO, *Filosofia come scienza dello spirito*, Vol. II-IV, Bari, Laterza, 1917

- DE ASÚA LUIS JIMENEZ, *La pericolosità. Nuovo criterio per il trattamento repressivo e preventivo*, Torino, Bocca, 1923
- DE OÑATE FLAVIO LOPEZ, *La certezza del diritto*, a cura di G. Astuti, Milano, Giuffré, 1968
- DE MARSICO ALFREDO, *Delle misure amministrative di sicurezza*, in *Il codice penale illustrato articolo per articolo*, Vol. I, diretto da U. Conti, Milano, Giuffré, 1934
- DE MARSICO ALFREDO, *Premesse certe alla dogmatica delle misure penali*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1935
- DE MARSICO ALFREDO, *Diritto penale. Parte generale*, Napoli, Jovene, 1935
- DE MARSICO ALFREDO, *L'unità del diritto penale*, in *Foro Italiano*, 1935
- DE MAURO GIOVANNI BATTISTA, *Sul concetto di pericolosità*, Città di Castello, Unione arti grafiche, 1928
- DELL'ANDRO RENATO, voce *Capacità penale*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. VI, 1960
- DELL'ANDRO RENATO, *La recidiva nella teoria della norma penale*, Palermo, Priulla, 1950
- DOLCINI EMILIO, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, Cedam, 1979
- DONINI MASSIMO, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cassazione Penale*, 2006
- DOUGLAS MARY, *Purity and Danger. An Analysis of Concepts of Pollution and Taboo*, trad. it. Di A. Vatta, *Purezza e Pericolo*, Bologna, Il mulino, 1993
- DURKHEIM EMILE, *Les règles de la méthode sociologique*, trad. di F. A. Namer, *Le regole del metodo sociologico. Sociologia e filosofia*, Roma, Comunità, ed. post. 2001
- DWORKIN RONALD, *Taking rights seriously*, trad. it. di F. Oriana, *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982

ELIA LEOPOLDO, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, Giuffré, 1962

ELIA LEOPOLDO, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1964

ELLERO UMBERTO, *L'educazione nella Pubblica Sicurezza*, Udine, Del Bianco, 1897

FERRAJOLI LUIGI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 2004

FERRI ENRICO, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, Zanichelli, 1881

FERRI ENRICO, *Il diritto di punire come funzione sociale*, Torino, Loescher, 1882

FERRI ENRICO, *Socialismo e criminalità*, Torino, Bocca, 1883

FERRI ENRICO, *La teoria sociologica del Tarde*, in *Studi sulla criminalità ed altri saggi*, Torino, Bocca, 1901

FERRI ENRICO, *L'omicida nella psicologia e nella psicopatologia criminale. L'omicidio-suicidio. Responsabilità giuridica*, Torino, Utet, 1925

FERRI ENRICO, *Scuola criminale positiva e filosofia idealista*, in *La Scuola Positiva*, 1925

FERRI ENRICO, *I cattolici e gli scogli del libero arbitrio*, in *La Scuola Positiva*, 1928

FERRI ENRICO, *Principi di diritto criminale*, Torino, Utet, 1928

FERRI ENRICO, *Sociologia criminale*, Vol. I-II, a cura di A. Santoro, Torino, Utet, 1929

FEUERBACH PAUL JOHANN ANSELM RITTER VON, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positivien peinlichen Rechts*, Vol. I, Henningschen Buchhandlung, 1799, Vol. II, Tsché, 1800

- FIANDACA GIOVANNI, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Vol. VIII, Torino, Utet, 1994
- FIANDACA GIOVANNI – MUSCO ENZO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2009
- FINGER AUGUST, *Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht*, in *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16 August 1930*, Bd. I, hrsg. Von A. Hegler, Aalen, Scientia-Verlag, 1969
- FINGER AUGUST, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, Bd. I, Goldbach, Keip, 1997 (rist. anast. ed. 1904)
- FIORE CARLO, voce *Ordine pubblico (diritto penale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXX, Milano, Giuffré, 1980
- FLORIAN EUGENIO, *Note sulla pericolosità criminale*, in *La Scuola Positiva*, 1927
- FLORIAN EUGENIO, *Dogmatica penale e scuola criminale positiva*, Milano, Vallardi, 1932
- FLORIAN EUGENIO, *Trattato di diritto penale*, Vol. I-II, Milano, Vallardi, 1934
- FROSALI RAUL ALBERTO, *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma, Tipografica Editrice, 1933
- FROSALI RAUL ALBERTO, *Sistema di diritto penale italiano*, vol. I-III, Torino, Utet, 1958
- FROSALI RAUL ALBERTO, *Natura amministrativa delle misure di sicurezza giurisdizionali*, in AA. VV., *Studi in memoria di Guido Zanobini*, Vol. V, Milano, Giuffré, 1965
- GALIMBERTI TANCREDI, *Raffaele Garofalo e la genesi del concetto di pericolosità*, Milano, Vallardi, 1934



- GALIMBERTI TANCREDI, *Pericolosità sociale e criminale*, Milano, Società Editrice Libreria, 1937
- GALLO ETTORE, voce *Misure di prevenzione*, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. XX, Milano, Giuffré, 1990
- GALLO MARCELLO, *La persona umana nel diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1956
- GALLO MARCELLO, voce *Capacità penale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. II, Torino Utet, 1958
- GALLO MARCELLO, *I reati di pericolo*, in *Il foro penale*, 1969
- GALLO MARCELLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. I-III, Torino, Giappichelli, 1999 - 2007
- GAROFALO RAFFAELE, *Di un criterio positivo della penalità*, Napoli, Vallardi, 1880
- GAROFALO RAFFAELE, *Criminologia: studio sul delitto e sulla teoria della repressione*, Torino, Bocca, 1891
- GEMELLI AGOSTINO, *Le dottrine moderne della delinquenza*, Firenze, Libreria Editrice Fiorentina, 1908
- GEMELLI AGOSTINO, *Il progetto preliminare di un nuovo codice penale dal punto di vista della psicologia e della antropologia criminale*, in AA. VV., *Osservazioni intorno al "progetto preliminare di un nuovo codice penale (agosto 1927, anno V)"*, Milano, Vita e Pensiero, 1927
- GIANNINI MASSIMO SEVERO, *Diritto amministrativo*, Vol. II, Milano, Giuffré, 1993
- GORLA GINO, *L'interpretazione del diritto*, Milano, Giuffré, 1941
- GRAMATICA FILIPPO, *Principi di difesa sociale*, Padova, Cedam, 1961
- GRISPIGNI FILIPPO, *La natura giuridica dei provvedimenti relativi alle persone penalmente irresponsabili*, Milano, Vallardi, 1911

GRISPIGNI FILIPPO, *La responsabilità giuridica dei cosiddetti non imputabili*, in *La Scuola Positiva*, 1920,

GRISPIGNI FILIPPO, *La pericolosità criminale e il valore sintomatico del reato*, in *La Scuola Positiva*, 1920

GRISPIGNI FILIPPO, *Diritto penale italiano*, Milano, Giuffré, 1950

HALSCHNER HUGO, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Bd I, Goldbach, Keip, 1997  
(rist. anast. ed. 1881)

HART HERBERT LIONEL ADOLPHUS, *Legal and moral obligation*, trad. it. di V. Frosini, *Obbligazione morale e obbligazione giuridica*, in *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, Giuffré, 1964

HART HERBERT LIONEL ADOLPHUS, *The concept of law*, trad. it. Di M.A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1965

HITLER ADOLF, *Mein Kampf*, trad. it. di A. Hitler, *La mia battaglia*, Milano, Bompiani, 1937

KELSEN HANS, *Reine Rechtslehre*, trad. it. di M. G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966

KELSEN HANS, *Allgemeine Theorie der Normen*, trad. it. di M. Torre, *Teoria generale delle norme*, a cura di M. G. Losano, Torino, Einaudi, 1985

JANNITTI PIROMALLO ALFREDO, *Manuale delle leggi di pubblica sicurezza*, Milano, Giuffré, 1953

LATAGLIATA ANGELO RAFFAELE, *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli, Jovene, 1958

LOMBROSO CESARE, *Genio e follia*, Milano, Hoepli, 1877

LOMBROSO CESARE, *L'uomo delinquente in rapporto alla antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria*, Vol. I-III, Torino, Bocca, 1896 - 1897

- LONGHI SILVIO, *Sul così detto diritto penale amministrativo*, Milano, Società editrice Libreria, 1911
- MAGGIORE GIUSEPPE, *L'unità del mondo nel sistema del pensiero*, Torino, Bocca, 1913
- MAGGIORE GIUSEPPE, *Aspetti dogmatici nel problema della esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Rivista di diritto penitenziario*, 1934
- MAGGIORE GIUSEPPE, *Diritto penale. Parte generale*, Vol. I, Bologna, Zanichelli, 1949
- MANZINI VINCENZO, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. I-III-IV-VI, a cura di P. Nuvolone e G.D. Pisapia, Torino, Utet, 1981-1986
- MARINI GIULIANO, voce *Abitualità, professionalità e tendenza a delinquere*, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. I, Milano, Giuffré, 1992
- MAURACH REINHART, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Verlag, Karlsruhe, 1954
- MAURACH REINHART, *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil*, Verlag, Karlsruhe, 1956
- MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA E DEI CULTI, *Lavori preparatori*, Vol. V, Parte I, Roma, Mantellate, 1929
- MOCCIA SERGIO, voce *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. XXII, Milano, Giuffré, 1990
- MOCCIA SERGIO, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997
- MOLINARI PASQUALE VINCENZO, voce *Misure di prevenzione*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. II agg., Milano, Giuffré, 1998

- NEPPI MODONA GUIDO, *Misure di prevenzione e presunzione di pericolosità*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1975
- NICEFORO ALFREDO, *Adolfo Quetelet e la sociologia generale e criminale*, in *La Scuola Positiva*, 1925
- NUVOLONE PIETRO, *La capacità a delinquere nel sistema del diritto penale*, Piacenza, Del Maino, 1942
- NUVOLONE PIETRO, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, Priulla, 1947
- NUVOLONE PIETRO, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, Giuffré, 1953
- NUVOLONE PIETRO, *Il controllo del potere discrezionale attribuito al giudice per la determinazione delle pene e delle misure di prevenzione*, in *Jus*, 1958
- NUVOLONE PIETRO, *Il potere discrezionale del giudice in materia di sanzioni nel diritto penale italiano*, in *Stellung und Aufgabe des Richters im modernen Strafrecht: mélanges Oskar Adolf Germann*, Berna, Stämpfli, 1959
- NUVOLONE PIETRO, *Legalità e prevenzione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1964
- NUVOLONE PIETRO, *Trent'anni di diritto e procedurale penale*, Vol. I-II, Padova, Cedam, 1969
- NUVOLONE PIETRO, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXVI, Milano, Giuffré, 1976
- OLIVECRONA KARL , *La realtà del diritto. Antologia di scritti*, a cura di S. Castignone, C. Faralli e M. Ripoli, Torino, Giappichelli, 2000
- PACE ALESSANDRO, sub *art. 18*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1977
- PAGLIARO ANTONIO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffré, 2003

PAGLIARO ANTONIO, *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, Milano, Giuffré, 2009

PARESCHE ENRICO, voce *Interpretazione (filosofia)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXII, Milano, Giuffré, 1972

PESSINA ENRICO, *Elementi di diritto penale*, Napoli, Marghieri, 1871

PETROCELLI BIAGIO, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, Cedam, 1940

PONTI GIANLUIGI – MERZAGORA BETSOS ISABELLA, *Compendio di criminologia*, Milano, Cortina, 2008

PULITANÒ DOMENICO, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1983

PULITANÒ DOMENICO, *Sicurezza e diritto penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2009

QUETELET LAMBERT ADOLPHE JACQUES, *Sur la statistique morale et les principes qui doivent en former la base*, Bruxelles, Hayez, 1848

RADZINOWICZ LEON, *Ideology and crime*, trad. it. di F. Ferracuti, *Ideologia e criminalità*, Milano, Giuffré, 1968

RANIERI SILVIO, *La pericolosità criminale nel codice penale vigente*, Milano, Vallardi, 1933

RAWLS JOHN, *A theory of justice*, trad. it. di U. Santini, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 1982

RICCIO SILVIO, voce *Abitualità e professionalità nel reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. I, Torino, Utet, 1957

RICCIO SILVIO, voce *Recidiva*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XIV, Torino, Utet, 1967

- RICCIO SILVIO, voce *Tendenza a delinquere*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XVIII, Torino, Utet, 1971
- ROCCO ARTURO, *Sul così detto carattere “sanzionatorio” del diritto penale*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1910
- ROCCO ARTURO, *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, in *Opere giuridiche*, Vol. I, Roma, Foro Italiano, 1932
- ROCCO ARTURO, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, in *Scritti giuridici vari*, Roma, Foro Italiano, 1933
- ROMAGNOSI GIANDOMENICO, *Genesi del diritto penale*, I ed., Pavia, Stamperia del R.I. Monastero di S. Salvatore, 1791; III ed., Milano, Rusconi, 1824
- ROMANO MARIO - GRASSO GIOVANNI – PADOVANI TULLIO, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II – III, Milano, Giuffré, 1994 - 1996
- ROSSI PELLEGRINO, *Traité de droit pénal*, trad. it. di R.M., *Trattato di diritto penale*, Milano, Borroni e Scotti, ed. post. 1852
- ROXIN CLAUDIUS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd I, München, Beck, 1997
- SABATINI GUGLIELMO, *La pericolosità come stato subiettivo criminoso*, in *La Scuola Positiva*, 1921
- SABATINI GUGLIELMO, *La pericolosità criminale*, Catania, Zuccarello & Izzi, 1934
- SABATINI GIUSEPPE, *Misure di prevenzione nei confronti di persone pericolose per la sicurezza e la moralità*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. X, Torino, Utet, 1964
- SANTORO ARTURO, voce *Circostanze del reato. Diritto penale comune*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. III, Torino, Utet, 1959
- SCHOPENHAUER ARTHUR, *Essai sur le libre arbitre*, Parigi, Alcan, 1886

SPENCER HERBERT, *The principles of sociology*, trad. it. di A. Salandra e G. Salvadori, *Principi di sociologia*, Vol. I-II, a cura di F. Ferrarotti, Torino, Utet, 1988

STELLA FEDERICO, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, Giuffré, 2000

TARDE GABRIEL, *La philosophie pénale*, Lione, Storck, 1903

THON AUGUST, *Rechtsnorm und subjectives Recht: Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, trad. It. di A. Levi, *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*, Padova, Cedam, 1951

TRAPANI MARIO, *La divergenza tra il «voluto» e il «realizzato»*, Torino, Giappichelli, 2006

VASSALLI GIULIANO, *La potestà punitiva*, Torino, Utet, 1942

VASSALLI GIULIANO, *Funzioni e insufficienza della pena*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1961

VASSALLI GIULIANO, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei «delitti di Stato» nella Germania postnazista e postcomunista*, Milano, Giuffré, 2001