

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

7-8/2024

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti.

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Andrea Abbagnano Trione, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Enrico Mario Ambrosetti, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Enrico Basile, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Carlo Bonzano, Matilde Brancaccio, Carlo Bray, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Gaia Caneschi, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Carlotta Conti, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Jacopo Della Torre, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Stefano Finocchiaro, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Dèsirèe Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Giorgio Lattanzi, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Adelmo Manna, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Francesco Mazzacuva, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Bartolomeo Romano, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scarioina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia.

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Silvia Bernardi, Pietro Chiaraviglio, Beatrice Fragasso, Cecilia Pagella, Emmanuele Penco, Gabriele Ponteprino, Tommaso Trincherà.

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2023, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

PAPER

A. ZAMPINI, <i>Un percorso di rieducazione accidentato sul piano normativo, ma non incostituzionale. Spunti per la “messa in sicurezza” dell’art. 27-bis d.P.R. n. 448 del 1988.....</i>	5
G. RIZZO MINELLI, <i>La salvaguardia dell’ambiente marino tra diritto sovranazionale ed istanze punitive.....</i>	21
G. BIONDI, <i>L’applicazione delle pene sostitutive di pene detentive brevi nella fase di esecuzione del processo penale.....</i>	51
E. CIPANI, <i>La giurisprudenza recente in tema di mafie delocalizzate, mafie straniere e mafie autoctone: riemerge il problema (probatorio?) della esteriorizzazione del metodo mafioso.....</i>	103
N. GRANOCCHIA, <i>Prevedibilità ex lege dell’evento mortale e responsabilità oggettiva nell’omicidio preterintenzionale. Un primo spiraglio per la colpa in concreto si apre nella giurisprudenza della Quinta Sezione.....</i>	117

CONTRIBUTI

G.L. GATTA, <i>Morte dell’abuso d’ufficio, recupero in zona cesarini del ‘peculato per distrazione’ (art. 314-bis c.p.) e obblighi (non pienamente soddisfatti) di attuazione della direttiva UE 2017/1371.....</i>	135
G.L. GATTA, <i>La legge Nordio e il “soffocamento applicativo” del traffico di influenze illecite. Tra parziale abolitio criminis e profili di illegittimità costituzionale per violazione di obblighi internazionali.....</i>	145
M. NICOLINI, <i>La Cassazione ancora sull’autonomia dell’elemento soggettivo della preterintenzione: un contrasto ormai conclamato.....</i>	153
P. CHIARAVIGLIO, <i>La pericolosità per l’ordine pubblico del conducente prevenuto fra automatismi e giudizi individualizzati.....</i>	161
E. DOLCINI, <i>Le funzioni della pena nel pensiero di Franco Bricola.....</i>	171
P. BERNARDONI, <i>Messa alla prova nel processo minorile e decreto “Caivano”: il GUP di Genova afferma l’irretroattività delle modifiche normative.....</i>	179
G.L. GATTA, <i>Abuso d’ufficio e traffico di influenze dopo la l. 114/2024: il quadro dei problemi di diritto intertemporale e le possibili questioni di legittimità costituzionale.....</i>	187

7-8/2024

LE FUNZIONI DELLA PENA NEL PENSIERO DI FRANCO BRICOLA^(*)

di Emilio Dolcini

Nella prima presentazione di questo Convegno, che accompagnava il graditissimo invito a prendervi parte, era presente un *link* che mi ha consentito di vedere in anteprima un'intervista a Franco Bricola realizzata nel 1982 dal dott. Jacopo Onnis, per la Rai – Sede regionale della Sardegna, intitolata «La giustizia penale nella società che cambia». Di qui l'idea di adottare, per la mia relazione, la formula del “colloquio fantastico postumo”: o dell’“intervista impossibile”, per rifarmi ad un fortunato programma radiofonico degli anni 70, che ha avuto come autori personaggi della cultura quali Giorgio Manganelli, Umberto Eco, Alberto Arbasino e Italo Calvino. Nomi che dovevano rendere subito evidente la mia inadeguatezza rispetto a questo compito, tra l'altro per me del tutto inconsueto. Nondimeno, ho ceduto a quella tentazione: vi propongo quindi la mia relazione nella forma di un dialogo ideale con il prof. Bricola in tema di funzioni della pena. Ricostruirò il pensiero del Maestro sul tema attraverso le monografie giovanili e la voce «Teoria generale del reato», pubblicata per la prima volta nel Novissimo Digesto Italiano.

Le domande verranno poste da Giulia Mentasti, assegnista di diritto penale nell'Università di Milano, alla quale devo anche il *powerpoint* che verrà proiettato durante il nostro dialogo (e che qui compare in allegato).

Da parte mia, mi calo – con imbarazzo – nel ruolo del prof. Bricola.

Mio è il testo di questa *pièce* teatrale: sono io il responsabile.

1. *Carissimo Maestro, nella sua ricchissima produzione scientifica la voce Teoria generale del reato non ha un pendant in una voce Teoria generale della pena, benché anche la teoria della pena trovi indicazioni altrettanto importanti e altrettanto innovative nei suoi scritti: in alcuni scritti cd. minori, ma soprattutto nella splendida monografia La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali, un testo fondamentale – una Bibbia – nella mia formazione di giurista.*

Le chiedo: quali i rapporti tra teoria generale della pena e teoria generale del reato?

«L'istituto della pena non è estraneo... alla teoria generale del reato... La presa di posizione costituzionale sui fini delle sanzioni criminali (art. 27 co. 3 Cost.) ... può

^(*) Testo dell'intervento tenuto dall'Autore, prof. Emilio Dolcini, in occasione del convegno “Ricordando Franco Bricola. L'eredità scientifica e culturale di un Maestro a trent'anni dalla sua scomparsa”, tenutosi il 28-29 maggio 2024 presso l'Aula Magna, complesso di S. Cristina, dell'Università di Bologna.

essere produttiva di ripercussioni nel processo di determinazione degli stessi connotati essenziali dell'illecito penale»¹.

«La svalutazione dell'articolo 27 co. 3 Cost., la cui portata viene spesso limitata al terreno dell'esecuzione della pena, e la scarsa considerazione per le rifrangenze che esso presenta sulla struttura del reato, giustificano la scarsa permeabilità della dottrina generale del reato da parte dei principi costituzionali»².

«Teoria generale del reato e funzione della pena», ribadisco, «non sono due momenti concettuali distinti, posto che dal fine costituzionalmente attribuito alla pena può derivare una connotazione globale e sostanziale dello stesso illecito penale» (quella che io designo come “concezione teleologica del reato”)³.

In altri termini: la normativa costituzionale sulla funzione della pena contribuisce a delineare il volto costituzionale del reato nel nostro sistema positivo⁴.

Teoria del reato e teoria della pena, in un approccio metodologicamente corretto, devono assumere la Costituzione come riferimento primario: in tale prospettiva, interagiscono profondamente tra loro.

2. Affrontiamo allora il nostro tema più da vicino. Le domando: quale contributo può dare l'art. 27 co. 3 Cost., in sinergia con l'art. 27 co. 1, all'individuazione del volto costituzionale del reato?

«La funzione rieducativa della pena ex art. 27 co. 3 Cost. sarebbe in grado di fondare il divieto di responsabilità penale per fatto altrui anche in assenza dell'art. 27 co. 1, essendo evidente che nessuna funzione rieducativa può perseguire una pena la quale colpisca un soggetto diverso dall'autore materiale del fatto»⁵ (p. 51).

«La costituzionalizzazione del principio *nulla poena sine culpa*... viene desunta sia dall'art. 27 co. 1, sia... dall'articolo 27 co. 3... La funzione rieducativa della pena, ... comunque intesa, contrasterebbe *prima facie* con una responsabilità penale per fatti non psichicamente riportabili almeno nella forma della colpa al soggetto da 'rieducare'»⁶ (p. 53).

Dalla funzione rieducativa della pena discende, infine, «la necessità costituzionale della possibilità di conoscere la legge penale come presupposto di colpevolezza»⁷ (p. 15).

In sintesi: l'art. 27 co. 3 Cost. contribuisce a fondare il divieto di responsabilità penale per fatto altrui, il divieto della responsabilità oggettiva, l'inclusione della

¹ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, 1974, estratto da *Nss. Dig. It.*, vol. XIX, 1973, p. 25. Le citazioni presenti in questo scritto si riferiscono all'estratto. La voce *Teoria generale del reato* è ora reperibile anche in F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, 1997, p. 539 ss.

² F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 22.

³ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 38.

⁴ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 8.

⁵ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 51.

⁶ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 53.

⁷ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 15.

conoscenza/conoscibilità della legge penale tra gli elementi costitutivi della colpevolezza.

3. Proseguiamo dunque portando lo zoom sull'art. 27 co. 3 Cost., nella parte in cui stabilisce che «le pene... devono tendere alla rieducazione del condannato». Rieducazione è formula che si presta a interpretazioni molto diverse, diverse, tra l'altro, a seconda del grado di attenzione che l'interprete ponga all'insieme della normativa costituzionale: rieducazione come rigenerazione morale del condannato, o come trasformazione coattiva della sua personalità, o altro ancora.

Le domando: come va intesa, a suo giudizio, la formula costituzionale 'rieducazione'?

Il concetto di rieducazione non va ricostruito dall'interprete alla luce della propria *Weltanschauung*, né alla luce delle norme penali ordinarie, ma deve assumere «una propria autonoma e oggettiva dimensione costituzionale»⁸.

«La funzione rieducativa della pena, ... anche perché legata al concetto di "trattamento", implica necessariamente una delimitazione della illiceità penale a una sfera selezionata di valori»⁹: implica cioè che «l'illecito penale possa concretarsi esclusivamente in una significativa lesione di un valore costituzionalmente rilevante»¹⁰, tale in forma esplicita o anche implicita¹¹.

La funzione rieducativa della pena va interpretata come «tendenza... a dare o ridare al reo una sensibilità per i valori costituzionali offesi, ossia per i significati preminenti del contesto in cui dovrà tornare ad operare»¹²: «la rieducazione connota il reinserimento dell'individuo nel contesto sociale, con la rinsaldata consapevolezza di quei valori che egli ha dimostrato di non conoscere appieno, per cause non sempre da lui dipendenti, attraverso la trasgressione»¹³.

«Questa funzione della pena... ha, come ovvio presupposto per la sua attuazione, il fatto che nel trattamento il reo non venga privato del godimento dei diritti costituzionali estranei a quelli rigorosamente menomati dall'esecuzione della pena detentiva»¹⁴: in altri termini, la funzione rieducativa presuppone una pena detentiva – se a quella facciamo riferimento, come la pena che, piaccia o non piaccia, rimane al centro del nostro sistema sanzionatorio – tale da incidere sulla sola libertà personale (e sui diritti della persona il cui sacrificio sia coesenziale alla privazione della libertà personale).

4. Ci ha illustrato, poco fa, caro professore, alcune implicazioni del principio costituzionale della rieducazione del condannato relative al reato. Guardiamo ora alla pena (in

⁸ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 11.

⁹ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 15.

¹⁰ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 15 s.

¹¹ «Rilevanza costituzionale di un bene... significa assunzione del medesimo tra i valori esplicitamente o implicitamente garantiti dalla carta costituzionale»: così F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 16.

¹² F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 17.

¹³ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, vol. I, *Nozione e aspetti costituzionali*, 1965, p. 358 (ora anche in *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000, p. 511 ss.).

¹⁴ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 17.

particolare, alla pena nel momento della comminatoria legale): che cosa è in grado di dirci, su questo terreno, il principio costituzionale della rieducazione del condannato?

La funzione rieducativa della pena concorre con il principio di inviolabilità della libertà personale (art. 13 Cost.) a fondare l'idea della pena come *extrema ratio*¹⁵.

Una riflessione sul finalismo rieducativo coinvolge anche il tema della proporzionalità della pena. «Il limite che vincola il legislatore nella fase di formazione della norma penale... attiene... anche alla graduazione della sanzione penale... La restrizione della libertà personale potrà adottarsi in misura crescente secondo l'importanza del bene costituzionale offeso. Ne discende la proponibilità di eccezioni di illegittimità costituzionale per sproporzione tra la misura della pena e la significatività del valore offeso»¹⁶.

5. Spostiamo l'attenzione sulla fase applicativa e sulla fase esecutiva della pena. Quali le implicazioni del principio costituzionale della rieducazione relative a queste fasi della dinamica punitiva?

«La funzione di prevenzione speciale (o rieducativa) è... destinata a prevalere in sede di applicazione (scelta del tipo e della misura) ed esecuzione della pena»¹⁷. Così scrivevo nella voce *Teoria generale del reato*, dove peraltro non ho sviscerato questo aspetto.

Mi rifaccio dunque, per dare una risposta alla tua domanda, alla monografia sulla discrezionalità. In quella sede affermavo che discende dall'art. 27 co. 3 Cost. l'esigenza che la pena venga adeguata dal giudice, oltre che al fatto, alla personalità del reo¹⁸. «La rieducazione quale connotato teleologico della pena non è criterio che si aggiunga a quelli indicati dall'art. 133 c.p., ma... metro per la valutazione dei medesimi»¹⁹: è il metro, dunque, alla stregua del quale valutare la gravità del reato e la capacità a delinquere dell'agente; prima ancora, è il metro per la valutazione dei singoli indicatori di cui all'art. 133 co. 1 e co. 2 c.p., individuando, di volta in volta, quelli in concreto più significativi.

6. Molto abbiamo parlato, sin qui, di rieducazione. La rieducazione (come componente della più ampia categoria 'prevenzione speciale'), peraltro, non è certamente l'unica legittima finalità della pena: su questo punto c'è totale consenso nell'inesauribile dibattito sulle funzioni della pena. L'uniformità di opinioni si esaurisce però su questo punto: tra le questioni aperte, da sempre, c'è quella relativa al ruolo della retribuzione.

Le domando, dunque, se lei ritiene che, accanto alla rieducazione, nella teoria della pena un ruolo competa anche alla retribuzione.

¹⁵ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 15.

¹⁶ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 18.

¹⁷ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 82, nt. 6.

¹⁸ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 91 s.

¹⁹ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 92.

Rispondo in senso affermativo: il «contenuto retributivo della sanzione» (penale) è «ineliminabile»²⁰.

Concordo con il mio maestro, Pietro Nuvolone, il quale così scrive nel suo Manuale: «Alla pena che, nella sua essenza logica, rimane un castigo per un male commesso, e quindi retributiva, si aggiunge storicamente una funzione utilitaristica di modifica in senso sociale della personalità del reo»²¹.

Questo, a mio avviso, il rapporto tra retribuzione e rieducazione: «Per evitare che la pena assuma una funzione di mera retribuzione (con repressione della pura disobbedienza) o di mera rieducazione (con repressioni di semplici stati soggettivi o atteggiamenti personali sintomatici di pericolosità) l'equilibrio tra le due funzioni deve avvenire radicando l'incriminazione su un fatto offensivo dell'interesse tutelato... In sostanza la polivalenza dei fini della pena rappresenta una saldatura fra il momento garantista o liberale della retribuzione... e le aperture 'sociali o solidariste' della rieducazione»²².

La mia, dunque, è una concezione plurifunzionale della pena, nella quale hanno un ruolo sia la retribuzione, sia la rieducazione.

7. Chiarito che retribuzione e rieducazione sono, entrambe, legittime finalità della pena nell'intera dinamica punitiva, le domando, caro professore, quale sia lo specifico ruolo che compete alla retribuzione. Il mio quesito coinvolge anche la fase giudiziale della dinamica punitiva: la fase cioè in cui è il giudice che deve stabilire la specie e il quantum della pena.

La retribuzione incide sui contenuti della pena: come dicevo, il carattere retributivo impone che la pena rappresenti un castigo.

Nel contempo, la retribuzione esprime un'istanza di garanzia individuale, che pure opera nelle diverse fasi della dinamica punitiva.

Per il *legislatore* la retribuzione fonda il divieto di reprimere la mera disobbedienza, consentendogli di incriminare solo fatti offensivi di un bene giuridico. Nel suo «significato genuinamente liberale», la retribuzione esprime l'esigenza che l'ordinamento giuridico penale reagisca soltanto alla «reale offesa di beni»²³. Assolvono ad una funzione limitatrice dell'intervento penale sia il concetto di 'retribuzione', sia il concetto di 'bene giuridico'.

Sempre in una logica di garanzia, la retribuzione pone poi un limite quantitativo alle scelte sanzionatorie del *giudice*: non gli consente di irrogare pene sproporzionate per eccesso rispetto alla gravità del reato – nelle sue componenti oggettive e soggettive – e alla personalità dell'autore.

Richiamo all'attenzione dei più giovani un progetto di riforma della parte generale del codice penale tedesco elaborato negli anni '60 del secolo scorso da un

²⁰ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 17, p. 53 e p. 82.

²¹ P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, II ed., 1982, p. 58.

²² F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 82.

²³ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 31.

gruppo di penalisti di grande statura, tra i quali Claus Roxin, Jürgen Baumann, Arthur Kaufmann, Peter Noll e Günther Stratenwerth. Mi riferisco all' *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches – Allgemeiner Teil*²⁴, al quale dall'intera Europa si guardava con enorme interesse. Segnalo in proposito un magistrale studio di Sergio Moccia dedicato al Progetto Alternativo e all'intera riforma del codice penale tedesco²⁵, frutto della dialettica tra *Entwurf 62*, *Alternativ-Entwurf* e Seconda legge di riforma del diritto penale (2.StrRG del 1969, in vigore dal 1975). Della Seconda legge di riforma, consentitemi di ricordare una traduzione italiana ad opera di Filippo Sgubbi, illustre docente di questo Ateneo²⁶. Nel § 2 dell' *Alternativ-Entwurf* si legge che le sanzioni penali servono alla tutela dei beni giuridici e al reinserimento dell'autore nella vita sociale: tutela dei beni giuridici (cioè, retribuzione) e risocializzazione come funzioni della pena. Il contenuto del § 2 AE si avvicina molto a quello che – nella mia lettura – è il contenuto dell'art. 27 co. 3 Cost. italiana²⁷.

Dunque, in estrema sintesi, retribuzione come connotato di afflittività della pena, ma anche come limite garantista alla potestà punitiva dello Stato.

8. *Sin qui, è rimasto ai margini della nostra conversazione il tema della funzione generalpreventiva della pena, un tema al quale lei ha dedicato pagine di cristallina chiarezza nella monografia sulla discrezionalità. Gli aspetti problematici riguardano soprattutto la fase giudiziale della dinamica punitiva: le domando, dunque, quale ruolo competa in questa fase alla prevenzione generale.*

Premesso che «la funzione di prevenzione generale della pena» (che si pone accanto alla funzione rieducativa e retributiva) «si attua sia nel momento astratto e comminatorio, sia in fase di applicazione giudiziale»²⁸, ritengo che «la tendenza – rilevata in alcune pronunce giurisprudenziali – ad attribuire un rilievo autonomo alla finalità di prevenzione generale, contribuendo a spostare il fuoco della valutazione su elementi estranei alla condotta e alla personalità dell'agente» incontri «un limite d'ordine costituzionale»²⁹. Dall'art. 27 co. 1 Cost. discende che «l'uomo non può mai essere considerato, nel sistema della responsabilità penale, come semplice mezzo per il perseguimento di finalità politico-criminali»³⁰. Ciò vale anche riguardo al *quantum* della pena, rendendo «inammissibile una prevenzione generale che, in sede giudiziale, superi il ruolo di mera *Nebenwirkung*»³¹.

²⁴ *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches – Allgemeiner Teil, vorgelegt von J. Baumann u.a.*, 1966.

²⁵ S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale: l'Alternativ-Entwurf e l'esempio della Repubblica federale tedesca*, 1984.

²⁶ Cfr. *Indice penale*, 1972, p. 455 ss.

²⁷ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 31.

²⁸ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 85.

²⁹ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 87.

³⁰ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 88.

³¹ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 89.

7-8/2024

9. Uno dei risvolti della funzione retributiva della pena riguarda i suoi connotati di afflittività, che lei ha dichiarato ineliminabili: connotati che, tuttavia, mi sembra, possono ricollegarsi già alla funzione generalpreventiva della pena, comunque intesa, che della pena è la finalità primaria nella fase della comminatoria legale ed effetto accessorio nella fase giudiziale.

C'è davvero bisogno di parlare di retribuzione per dire che la pena deve essere afflittiva?

C'è davvero bisogno di fare riferimento alla retribuzione per esprimere l'esigenza di pene non sproporzionate per eccesso? Una pena sproporzionata per eccesso non può essere avvertita come giusta dal condannato: preclude ogni possibilità di adesione all'offerta di aiuto all'inserimento sociale che gli viene dall'ordinamento attraverso una pena finalizzata alla rieducazione.

Ma c'è di più. La retribuzione postula pene proporzionate sia verso l'alto, sia verso il basso: postula (anche) una pena che non scenda al di sotto del livello minimo corrispondente alla gravità del reato, nemmeno nel caso in cui – agli occhi del giudice – le istanze della rieducazione potrebbero essere soddisfatte da una pena più mite. In questa sfera, la retribuzione non svolge quel ruolo di garanzia individuale al quale lei chiama tale funzione della pena: la retribuzione è funzionale semmai alla tenuta del sistema, ossia alla prevenzione generale.

Di qui la mia domanda, al limite della provocazione: possiamo fare a meno, nella teoria della pena, dell'idea di retribuzione?

Concentro la mia risposta sul problema sostanziale che hai sollevato da ultimo: se il giudice possa scegliere una pena inferiore a quella corrispondente alla gravità del reato e alla capacità a delinquere del reo, una pena cioè sproporzionata per difetto.

A mio avviso, come ho sottolineato in precedenza³², «la funzione di prevenzione speciale o rieducativa è... destinata a prevalere in sede di applicazione – scelta del tipo e della misura – ed esecuzione della pena»: se dunque si delinea un'antinomia tra funzione rieducativa e funzione retributiva della pena, è la prima che deve prevalere, portando all'applicazione di una pena che si collochi, eventualmente, al di sotto della proporzione con la gravità del reato e la personalità dell'autore.

Forse, in definitiva, la questione di cui stiamo discutendo – se sia possibile fare a meno dell'idea di retribuzione – è più nominalistica che sostanziale: non incide su quelle che dovrebbero essere le scelte del giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale.

Aggiungo un richiamo a quanto scrivevo in saggio del 1984³³, nel quale mi pronunciavo a favore di un sistema depurato sia «dalle pulsioni etiche sollecitate dalla funzione retributiva», sia dai «sogni solidaristici alimentati dalla funzione rieducativa e risocializzante della pena»³⁴: alla retribuzione e alla rieducazione attribuisco il ruolo di criteri regolatori all'interno delle funzioni di prevenzione generale e di prevenzione speciale mediante intimidazione.

Comprendo, in definitiva, il dubbio che della formula 'retribuzione' si possa fare a meno, senza eccessivi rimpianti.

³² Cfr. *supra*, nt. 17.

³³ F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, 1984, ora F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, 1997, p. 1475 ss.

³⁴ F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale*, cit., p. 1523 ss.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**