

## LA TUTELA PENALE DELLA «DIGNITÀ UMANA»: TRA ESIGENZE DI GIUSTIZIA E DI PROTEZIONE DEL BENE GIURIDICO[1].

### 1. Premessa

Il problema della tutela penalistica della dignità umana esige che si chiarifichi lo stesso concetto di «dignità umana» nella sua specifica traduzione giuridico-penale, ossia sullo specchio riflesso costituito dalla repressione dei contegni che ne costituiscono la negazione; l'ordinamento italiano, in particolare, ha riformulato recentemente i delitti di schiavitù[2]. Di fronte a codesto sforzo di politica criminale, ho potuto riflettere, con rinnovato interesse e slancio critico, sui criteri in base ai quali il legislatore penale solitamente si interroga sui profili di offensività e di disvalore dei comportamenti da sottoporre alla comminatoria della sanzione penale.

Il problema ermeneutico, in effetti, ruota attorno all'esigenza di prevedere adeguate forme deontico-normative di caratterizzazione di un essenziale bene della persona, il quale, per quanto di natura spirituale e immateriale, dovrebbe costituire, nisi fallor, il nucleo cruciale di ogni politica di tutela dei beni nell'ordinamento, da quella civilistica a quella amministrativistica, da quella costituzionalistica a quella, che quivi ne occupa, di carattere penalistico. Quel problema, il quale s'è posto ai miei occhi sempre più come una vera e propria impasse teorica senza uscita, si può descrivere nei termini seguenti: a fronte del generalizzato riconoscimento del disvalore penale di comportamenti radicalmente lesivi dello statuto dignitario della persona (dai delitti di schiavitù alle manipolazioni genetiche, dai delitti contro l'identità personale a quelli relativi alle pratiche sugli embrioni), a riguardo dei quali la società moderna chiede che il giurista fornisca una pertinente lettura *sub specie iuris*, si posiziona un luogo comune, operante in senso contrario a cotale generalizzata rilevanza, il quale contrassegna «negativamente» le nuove forme di tutela dei beni immateriali della persona – ivi compresa la dignità umana –, in quanto sforniti di specifica concretezza ed «afferrabilità» concettuale.

Tale luogo comune si manifesta attraverso alcune ragioni di insoddisfazione per l'incapacità del giurista di apprestare una tutela penalistica contraddistinta in termini di concretezza, e si è tradotta nella particolare insistenza dedicata da parte della dottrina al concetto di «afferrabilità» del bene giuridico tutelato. In questa prospettiva, si è anche posto in rilievo come il concetto "di «afferrabilità»" della tutela, tanto caro al penalista, vada riferito "non tanto [...] al bene penalmente tutelato, quanto piuttosto alla sua negazione dialettica, cioè alla lesione del bene stesso, in cui consiste la violazione penale", poiché "nei reati contro la persona, di regola non è difficile afferrare il valore umano che la norma incriminatrice vuole proteggere; ciò che molto più difficilmente si afferra è la soglia oltre la quale, o gli elementi in presenza dei quali, siffatto valore umano può ritenersi significativamente leso"[3]. Tali difficoltà, d'altra parte, hanno legittimato le perplessità di parte della dottrina sull'opportunità dello stesso ricorso alla tutela penalistica, imponendo "di cominciare a ripensare se sia davvero opportuno, se non legittimo, continuare a mantenere l'attuale forma di tutela penale a garanzia di beni giuridici connotati da una particolare «inafferrabilità» – che contrasta con il carattere necessariamente tassativo dell'illecito penale – e nei confronti dei quali peraltro, la sanzione penale non sembra affatto sortire effetti positivi in termini di prevenzione generale"[4].

Queste posizioni di diffidenza, quando non radicale avversione, a riguardo della legittimità delle politiche d'incriminazione dei beni non caratterizzati da sensibili gradienti di «palpabilità», se, da un canto, non condivisibili nella loro genericità, da un altro canto rivelano le difficoltà incontrate dal giurista positivo, informato all'assioma del principio di sovranità, e ai suoi corollari dogmatici nell'interpretazione operativa[5], nel cimentarsi con l'indagine dialettica e anipotesica del concetto di dignità umana e con l'analisi dei caratteri degli atti umani di essa lesivi.

Invero, a me sembra che le ragioni dei gravi disagi esibiti in dottrina in rapporto alla tutela penalistica della «dignità umana» si possono cogliere attraverso una triplice indagine: la prima, di carattere, lato *sensu*, teorico-generale, induce a riflettere sull'origine culturale degli «imbarazzi» del penalista nel cimentarsi con la tutela della componente razionale, etica e spirituale, della persona; la seconda, che potrei definire «fenomenologica», concerne una riprova storica di tali difficoltà, tematizzabili analizzando le aporie in cui si è imbattuta la letteratura giuridica italiana nel delineare i profili di offensività nei delitti contro il bene «immateriale» dell'onore; la terza, che definirei «filosofico/dogmatica», sarà volta a individuare, in uno alla genesi di tale inadeguatezza, anche una possibile via d'uscita, da intraprendere abbandonando la concezione del diritto quale arsenale di controllo sociale a disposizione del Sovrano (con estromissione radicale, tipicamente moderna, dell'idea di «giustizia» dall'orizzonte del ragionamento giuridico, in generale, e penalistico, in particolare), a favore di una riflessione che sappia cogliere dialetticamente le ragioni del giusto e dell'ingiusto sia nel singolo rapporto interpersonale, sia nel complessivo contesto comunitario.

## 2. L'origine culturale del disagio del penalista nel delineare la tutela dei beni «immateriali» della persona.

Credo che per comprendere le origini culturali di codesta difficoltà ermeneutica se ne debbano ricercare i fondamenti giustificativi nella cifra teorica del positivismo giuridico. Per gran parte del quale[6], la "più assoluta e rigorosa obiettivazione giuridica dell'azione o contegno dell'uomo consiste nella depurazione di questo concetto da ogni elemento soggettivo, consiste nella sua più assoluta e rigorosa desoggettivazione o, come sarebbe preferibile di dire, nella sua spersonalizzazione"; sì che "ci appare in tutta la sua più sconcertante violenza il connotato del controllo sociale, quale tematizzato in varia ma costante maniera dalla geometria legale", e risultante "dalla combinazione di un potere effettivo, la «spada» di Bodin, le «mani libere di Hobbes», e della virtuale unificazione dei comportamenti individuali mediante la rappresentazione normativa degli stessi"[7].

Sia pure con intendimento direttamente rivolto al modo di intendere in generale l'ordinamento giuridico e la stessa fondamentale categoria della «giuridicità» secondo la scienza politica moderna, così Francesco Gentile delinea la sottile operazione mistificatoria prodotta dalla pretesa di applicare esclusivamente il sapere scientifico, e le corrispondenti categorie d'indagine, all'esperienza umana nella società civile e politica. Il medesimo ordine di critiche viene sviluppato da Mauro Ronco sul versante penalistico, laddove, nel caratterizzare – mi si passi l'ossimoro – la spersonalizzazione della persona, osserva: la "delineazione di un sistema efficace di tutela a favore della persona, operante ai vari livelli di profondità del suo esistere concreto, costituisce la migliore risposta dell'ordinamento giuridico alle tensioni disgreganti che si manifestano nella società contemporanea"; e tuttavia, il "positivismo giuridico ha insegnato a ricavare tale concetto esclusivamente dall'estensione della tutela predisposta dalle norme del diritto positivo, al punto che persona in senso giuridico non sarebbe quella che l'esperienza concreta di ciascuno riconosce essere tale, bensì quella che l'ordinamento giuridico tratta come tale"[8].

D'altra parte, che nella radicale disaffezione per l'approfondimento del concetto di «persona» si nasconda la più generale menda della trasfigurazione fittizia nella mera «soggettività giuridica», appare chiaro ove si rifletta sulla posizione teorica di Hans Kelsen, di certo il maggior esponente del formalismo giuridico[9] del secolo scorso. Non si prestano ad equivoche edulcorazioni le parole con cui il giurista di Praga riduce l'esperienza umana rilevante per il diritto, e – con essa – la «persona», a mera qualificazione normativa: "L'unità di doveri e di diritti soggettivi, cioè l'unità delle norme giuridiche [...] le quali formano una persona fisica, è data dal fatto che è il comportamento del medesimo uomo a formare il contenuto di questi diritti e doveri", e la "cosiddetta persona fisica non è quindi un uomo, bensì l'unità personificata delle norme giuridiche che attribuiscono doveri e diritti al medesimo uomo". Il quale, a sua volta, non "è una realtà naturale, bensì una costruzione giuridica creata dalla scienza del diritto, un concetto ausiliario nella descrizione di fattispecie giuridicamente rilevanti [...] la cosiddetta persona fisica è una persona giuridica"[10]. Oggetto delle attenzioni del diritto non sarebbe la persona nella concreta realtà del suo esistere, sempre identificata nel brano kelseniano dalla paradossale interiezione («cosiddetta»), ma la finzione astratta della scienza, il «replicante» disumanizzato disegnato dall'ordinamento «more geometrico constructo».

Per chiarificare siffatta «vaporizzazione» teorica dell'autentico profilo personalistico, etico e giuridico, della persona, mi sembra opportuno l'approfondimento di due tematiche: occorre dapprima considerare l'origine storica e razionale di tale mutato atteggiamento antropologico in via generale; si tratta, quindi, di verificare se tale atteggiamento abbia esercitato la propria influenza anche nello specifico ambito del diritto penale.

Sotto il primo riguardo, la storiografia tradizionale[11] individua in Thomas Hobbes il precorritore della moderna scienza politica, laddove per «modernità» deve intendersi una teoria ed un pensiero slegati dalla tradizione classica aristotelico-tomista, intrecciati ai modelli matematici e geometrici caratteristici del nuovo orizzonte della conoscenza scientifica[12]. Se, dal lato storico, la modernità costituisce l'inizio di una «nuova» riflessione sull'essere personale, dal lato razionale il mutamento trova una propria puntuale legittimazione proprio nella pretesa di applicare il metodo della conoscenza scientifica alle scienze sociali, e, tra queste, al fenomeno giuridico. Va considerato, infatti, che – come ricorda Francesco Gentile[13] –, sarebbe stato proprio lo scienziato tout court, Galileo Galilei, a spingere, pur «involontariamente»[14], il filosofo inglese nell'impresa, dapprima, di estendere il metodo scientifico a tutti i campi del sapere, comprese la morale, la politica e la giurisprudenza, e quindi, servendosi di una struttura logica rigorosa, di giustificare razionalmente l'illimitatezza del potere sovrano[15]. Si che è innegabilmente riconosciuto come, da Hobbes in avanti, il metodo scientifico sia stato applicato allo studio dei fenomeni umani, in particolare politici e sociali, con modalità tali da fondare una forma di riflessione nettamente divaricata rispetto a quelle della tradizione politica antecedente, e – come noto[16] – fondata sul presupposto «antropologico» dell'homo homini lupus, del pactum unionis et subiectionis dante vita al macroantropos statale, la cui unica finalità, perseguita attraverso la sovrapposizione

volontaristica e violenta del proprio potere sull'individuo a-nomico dello stato di natura, sarebbe stata quella di assicurare la «vita fisica» individuale contro il pericolo di una morte violenta.

Sotto il secondo riguardo, una specifica attenzione a tale tematica nell'ambito del diritto punitivo è stata dedicata da Mauro Ronco, il quale ha ripercorso le tappe fondamentali della "rivoluzione antropologica"[17] sensista e materialista condotta dall'illuminismo giuridico-penale, a propria volta costituente ispirazione e guida nell'opera di definitiva cancellazione della componente spirituale ed etica nella considerazione della personalità umana. L'itinerario dell'Autore è rigoroso: per un verso, egli congiunge, in una coerente tessitura teorica, i fondamenti gnoseologici degli albori del giusnaturalismo profano – come elaborati dal contrattualismo hobbesiano[18] – agli aneliti di «umanizzazione» dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria[19] e di Voltaire[20], fino al consolidamento legalistico del general-prevenzionismo con l'opera di Paul Johann Anselm von Feuerbach[21]; per altro verso, riannoda gli stessi al mutato clima illuministico di riduzione materialista dell'uomo a mero reticolato di sensi ed impulsi, con radicale annichilimento della componente etica e spirituale[22]. Si che, da un canto, proprio la "negazione della libertà, come fondamento della condotta umana [...] costituisce l'orizzonte filosofico e culturale del nuovo diritto penale dello scopo e dell'utilità sociale"[23]; da un altro canto, gli stessi principi umanitari assunti – mediante una critica "dissacrante e spregiudicata"[24] – a paradigma di legittimazione del processo riformistico dagli Autori illuministi, lungi dal riposare sulla pur ostinatamente conclamata valorizzazione della «dignità umana», ne costituiscono in realtà la più rigorosa e radicale negazione già sul piano della fondazione del magistero punitivo dello Stato. A tale riguardo, come rammenta l'Autore, la radice funzionalistica del diritto penale, in quanto volto alla prevenzione del danno sociale attraverso la minaccia esercitata sulla volontà e sui sensi, "è contraria alla dignità della persona: [...] una siffatta fondazione della pena presuppone un modello di uomo la cui essenza sarebbe un fascio indeterminato di impulsi, e comporta una operatività concreta che considera e tratta il reo come un mero fattore di insicurezza, e non come un ente capace di autodeterminazione giuridica"[25].

Quanto tale capovolta considerazione del «modello di uomo» abbia pesato sull'edificazione del diritto penale di impostazione cd. liberale, lo si può verificare non solo in relazione alla fondazione giustificativa della pena come rimedio funzionale al conseguimento di finalità utilitaristiche di carattere «estrinseco» rispetto alla giustizia del rapporto interpersonale, ma anche considerando come, alla sequela della medesima, il liberalismo penale sia giunto ad assegnare al diritto punitivo "lo scopo [...] della protezione dei beni e degli interessi sociali"[26]. Il principio di «utilità penale», quale fu formulato da Grozio, da Hobbes, da Pufendorf, da Thomasius, da Beccaria e, più diffusamente, da Bentham[27], avrebbe infatti giustificato la delimitazione della sfera delle proibizioni penali – coerentemente alla funzione preventiva della pena come "precautio lesionum et injuriarum", non dettata da passione di vendetta ma diretta soltanto "acerbitate sua homines a peccatis deter rerum"[28] – alle sole azioni riprovevoli per i loro "esterni e fisici effetti"[29] per i terzi. Si che, edificato quasi alla sequela di una mera comparazione «costi-benefici», nel diritto penale sono solo i "maggiori costi individuali e sociali rappresentati da questi effetti lesivi che la legge [...] ha il compito di prevenire e che soli possono giustificare i costi sia delle punizioni che delle proibizioni"[30].

Merita aggiungere, a tale riguardo, che la contrapposizione tra la «corretta» e la «scorretta raffigurazione» della persona – evocante la dicotomia platonica tra l'«icona» e il «fantasma»[31] –, in uno al fenomeno della «spersonalizzazione» operata dal positivismo giuridico, non può certo relegarsi nell'ambito della codificazione del 1930, quasi fosse esclusivo retaggio dell'impostazione «ideologica» autoritaria del codice Rocco, secondo la quale, come noto, il principio «utilitaristico» ha prevalso su quello «personalistico» nel forgiare il concetto di «persona» giuridicamente rilevante[32]. Essa – giusta quanto testé osservato – coinvolge, invece, in modo ben più radicale, gli stessi cardini politico-scientifici di matrice illuministica che hanno ispirato, in uno con il principio codificatorio in sé e per sé considerato, anche la (dis)attenzione «convenzionale» per lo statuto «antropologico» della persona.

A riguardo del principio codificatorio, infatti, va ricordato che la pretesa di «modellare» ad libitum la natura – ivi compresa quella dell'uomo – caratterizzò già il *Codice Napoleone*, edificato sull'assunto del Portalis secondo il quale "la legge è onnipotenza umana"[33], capace, come il precettore dell'Emile, di «forgiare» l'essenza della persona, poiché, come ammoniva l'Autore del *contrat social*, colui "che osa impegnarsi nell'istituzione di un popolo deve sentirsi in grado di cambiare, per così dire, la natura umana; di trasformare ogni individuo, che per sé è un tutto perfetto e solitario, in parte di un più gran tutto da cui esso riceve in qualche modo la vita e il suo stesso essere"[34]. Sempre lungo tale itinerario, a riguardo specifico della codificazione penale in particolare, merita ricordare l'assunto sostenuto da Mario Romano nell'intervento tenuto il 10 dicembre del 1988 a Roma, in occasione del Convegno celebrativo del quarantesimo anno dell'Unione dei Giuristi Cattolici Italiani. L'Autore, indicando alcune prospettive di riforma in tema di delitti «contro la persona», auspicava di assegnare alla medesima "la posizione e il rango che le competono, portando i delitti contro la persona dal titolo XII attuale al titolo I, di apertura della parte speciale del codice"[35], rammentando il passaggio «ideologico» dal codice liberale del 1889 al codice autoritario del 1930, e ponendo in luce come, tra gli stessi, non fosse certamente "nuova [...] la collocazione dei delitti contro lo Stato al vertice della parte speciale, [...] elemento di continuità non soltanto rispetto al codice Zanardelli ma anche rispetto ad altre coeve importanti codificazioni continentali"[36]. Nella condivisione integrale di questa posizione, ritengo che la mutevolezza delle opzioni ideologiche di fondo – liberale o illiberale[37] – non assuma rilievo dirimente in ordine al comune fondamento teorico delle varie esperienze codificatorie: l'istituzione statale come "bene di per sé evidente per tutti gli uomini"[38], sorta di

trasmigrazione secolarizzata della divinità[39], trova la sua origine, e affonda le proprie radici, sul terreno culturale della modernità giuridica, nello stretto connubio da essa istituito tra diritto e potere. Si che, col codice Rocco, si assiste solo alla "perpetuazione di un'istanza già largamente accolta nelle codificazioni europee dell'epoca della restaurazione, ma che sin dal periodo dell'illuminismo, con l'affermazione delle teorie del contratto sociale, aveva portato ad attribuire ai delitti contro lo Stato la posizione più elevata, trattandosi dei delitti tendenzialmente più gravi immaginabili, poiché tali da porre in pericolo la libertà civile e da far ripiombare la società nell'originario stato di natura"[40]. Per queste ragioni, a me sembra corretto concludere come l'illustre Autore, e cioè che il codice del 1930, lungi dal presentarsi audacemente originale, "si pone nel solco di una tradizione coltivata nel corso di quasi due secoli, da quando il processo di secolarizzazione aveva cominciato ad accentuare la «terrestrità» del mondo e la sua «mondanità», e a far concentrare l'attenzione sulla «patria», sul «principe», sul «sovrano» e sul massimo bisogno di protezione dell'organizzazione statale"[41]. I riferimenti al soggetto del potere d'imperio e al concetto di «sovranità» evocano chiaramente, ancora una volta, l'ascendente teorico di tipo gius-positivistico contro il quale si indirizza la critica dianzi richiamata.

L'origine teorica del mutato atteggiamento nei riguardi del concetto di «persona» ha prodotto quindi esiti rilevanti anche per la dogmatica penalistica, in rapporto alla quale a me sembra se ne debbano lumeggiare due specifiche, e non trascurabili, conseguenze. Esse sono, da un canto, la sostanziale corrosione dei tratti etico-spirituali nella «descrizione antropologica» della persona-vittima del reato; da un altro canto, l'invalidabile scoglio operativo, a quest'ultima strettamente intrecciato, che il penalista incontra nell'«afferrare» concettualmente i beni spirituali della persona medesima. Su tali aspetti merita soffermarsi adeguatamente.

«More geometrico», la prima conseguenza è affatto obbligata, poiché la contrapposizione tra «persona reale» e «diritto» – già messa in «aporia» da Mauro Ronco sul versante del soggetto «autore» del reato[42] – non può non estendersi specularmente – pena la patente e irriducibile contraddizione dell'intero sistema – fino a sagomare le sembianze specifiche del soggetto «vittima» dell'illecito penale. Questa radicale «rimozione» della tematica dell'essere personale violato dal contegno penalmente rilevante appare graniticamente scolpita sia nelle elaborazioni dogmatiche di uno tra i più illustri padri spirituali della codificazione del 1930, sia nelle intenzioni dello stesso legislatore, a riguardo delle quali due esemplificazioni costituiranno asseverazione della fondatezza dell'assunto.

La prima si riferisce alle parole sferzanti e perentorie utilizzate da Guido Gonella, nel 1938, contro l'opera fondamentale – il Trattato – di uno tra i più autorevoli padri spirituali della codificazione del 1930, le quali credo esimano da ogni commento: "Casi tipici della mancanza d'ogni interesse per l'approfondimento concettuale delle nozioni tanto correnti quanto imprecise, si hanno nella vasta letteratura del cosiddetto tecnicismo-giuridico che fa consistere la tecnica nella rigosità delle deduzioni da principii i quali – con assai scarsa avvedutezza critica – si considerano postulati, mentre – molto spesso – non sono che comodi artifici verbali [...] Il Manzini, per esempio, dedica un volume di quasi novecento pagine per classificare, distinguere e suddividere i delitti contro la persona [...], senza minimamente interessarsi, neppure introduttivamente, di precisare che cosa egli intenda per persona. Nelle «Generalità» l'Autore avverte solo che è interesse dello Stato «la sicurezza della persona, cioè la vita e l'incolumità fisica e morale delle singole persone. Il «cioè» sviluppa il concetto di sicurezza ma non quello di persona. Questa tipica imprecisazione di nozioni mantiene sospeso nel vuoto il sistema teorico delle pene per i delitti contro la persona"[43].

La seconda si rapporta al disarmante candore col quale, nella Relazione introduttiva agli Atti della commissione ministeriale incaricata di dare un parere sul progetto preliminare del codice Rocco, il Presidente, S.E. Giovanni Appiani, nelle «Considerazioni di sistema» in tema di delitti contro la «personalità individuale», sgombra il terreno del confronto legislativo sull'accezione di «libertà» rilevante per il diritto penale: essa, "intesa come condizione preesistente al diritto, come stato favorevole all'esplicazione della volontà individuale ed alle manifestazioni di tale volontà, non può costituire, in senso proprio, l'oggetto del diritto penale, perché di per sé non è un diritto soggettivo, né un interesse protetto", mentre "oggetto della tutela penale sono gl'interessi che, entro i limiti dell'ordine giuridico, competono alla persona nei riguardi degli altri individui e degli organi dello Stato"[44]. Sconcertante è la radicalità dell'affermazione: «persona» e «libertà» del soggetto passivo del reato sono concetti inesistenti in rerum natura, ma, per dirla con il Lord Chancellor, aleggiavano tra le maglie del legalismo come semplici phantasmata sensus et imaginationis[45]! E, d'altra parte, bisogna prendere atto della coerenza logica dell'intentio legislatoris ove si consideri che i concetti di «persona» e «libertà», delle quali si interessa il penalista, non sono quelle reali, ma quelle virtuali, la cui esatta fisionomia costituisce il semplice precipitato esegetico dei disposti normativi al modo indicato dal formalismo giuridico[46].

Senonché, questo non sembra essere stato il piano inclinato lungo il quale si sono inavveate le conclusioni più concretamente operative del diritto penale dello scopo: l'uomo è mero fascio di impulsi sensibili se autore dell'illecito, e – viceversa – diviene titolare di un'autonoma vita etica e spirituale se vittima del delitto. Non è chi non veda, in tale indebita divaricazione di significati dell'essere personale, il germe infetto della più invincibile antinomia: se, infatti, sul versante del soggetto attivo del reato, "il potere punitivo ha per destinatario l'uomo nell'«elemento» natura e non nell'«elemento» libertà"[47]; se, in altri termini, il fondamento «antropologico» della modernità penale è costituito dall'uomo sive natura, non si comprende come possa coerentemente asseverarsi che quello «stesso uomo», una volta riguardato come beneficiario della tutela penale, come vittima e non come carnefice, si rigeneri dalle ceneri della propria

esistenza meramente 'animale', fisica e sensistica, per assurgere ad una vita libera, autonoma e spirituale. In realtà, il sistema, pena la sua intima contraddittorietà, non riesce a tollerare una simile plateale sconfessione, laddove a me sembra che le ragioni delle difficoltà della dottrina nel definire i beni «immateriali» della persona si radichino proprio in tale deficit culturale. Essa, impegnata nel delineare le nuove forme di tutela penale della personalità, dimostra di considerare la persona quasi alla tregua di un «Giano bifronte»: da un canto, il destinatario dei precetti penali è l'essere anomico – e privo di «autonomia» nel senso platonico dell'espressione[48] – che secoli di giusnaturalismo profano ci hanno lasciato in eredità; da un altro canto il medesimo muta fisionomia antropologica laddove riguardato, con un cambio di prospettiva sistematica del tutto banale, dal lato passivo del presupposto «conflitto» interindividuale.

Quindi, per un verso, il penalista – sempre chiuso nella traduzione scientifico-dogmatica del diritto penale della deterrenza e dello scopo[49] in pertinenti interpretazioni di norme ed istituti – si cura di proclamare l'irretrattabile conquista illuministica di una precettistica secolarizzata, posta solo a baluardo di beni sociali «concretamente afferrabili», omettendo, di conseguenza, di riflettere, con profonda ed autentica attitudine problematica, sul significato umano, quindi etico e giuridico insieme, dell'esperienza punitiva nel suo complesso; per un altro verso, sensibilizzato dall'insopprimibile necessità «umana», sempre etica e giuridica insieme, di sanzionare le gravi condotte aggressive delle essenziali componenti spirituali e morali dell'essere personale, con tonante clamore ed inflessibile determinazione ne propugna la strenua tutela penalistica[50].

Sì che, venendo alla seconda conseguenza dianzi evidenziata, si assiste all'insanabile divorzio tra l'esigenza di sottoporre a sanzione comportamenti lesivi di aspetti immateriali, e tuttavia autenticamente costitutivi, della persona, e l'incapacità di offrire solidi plessi di criteri connotativi degli specifici beni tutelati e delle loro modalità di lesione. Quest'ultima incapacità scaturisce, a mio giudizio, proprio dalla «titanica» inadeguatezza della dogmatica, imbevuta di tecnicismo giuridico ed esercitata alla palestra meramente esegetica del codice del 1930 – "termine [...] ad quem dell'egemonia prevenzionistico-generale"[51] –, ad impegnarsi, in modo pregnante e profondo, nella ricerca degli elementi di «afferrabilità» concettuale del bene nella tutela immateriale della persona. L'origine dell'impatto interpretativo sui delitti di schiavitù si può collocare in tale peculiare contesto causativo.

### 3. L'indagine «fenomenologica» in rapporto ai delitti contro l'onore

La tormentata vicenda interpretativa in tema di ingiuria e diffamazione (non a torto qualificata, nell'ambito delle controversie dottrinali prodottesi nel dibattito italiano del secolo scorso, come "scabroso Hintergrund"[52]) costituisce una testimonianza vigorosa di quanto il pregiudizio «oggettivistico» e «fisico-naturalistico» abbia pesato contro la comprensione della rilevanza dei beni immateriali nel diritto penale, e di quanta approssimazione dogmatica ispiri l'accusa d'«inafferrabilità» del bene tutelato[53]. Tale disputa si è tradotta, nel secolo scorso, nella contrapposizione tra la cd. concezione «fattuale» e la cd. concezione «normativa» dell'onore[54].

Nell'intentio legislatoris del 1930 ha certamente prevalso la concezione «fattuale» dell'onore, tendenzialmente riconducibile alla cifra teorica del «positivismo naturalistico», secondo cui sarebbero stati suscettibili di tutela penale solo i beni forniti di consistenza oggettiva estrinseca, percepibile dai sensi. Sì che, alle difficoltà di reperire concreti aspetti materiali e sensibili del bene giuridico «onore», la Relazione al Progetto definitivo del codice Rocco rispose divaricando il bene, e delineando, da un canto, il «sentimento» del proprio onore in interiore homine, e, da un altro canto, la «considerazione» estrinseca del medesimo nella collettività sociale. Di qui, le due oggettività giuridiche, rispettivamente l'«onore» e la «reputazione»: "L'onore che, in senso stretto, rappresenta un bene individuale, protetto dalla legge per consentire all'individuo l'esplicazione della propria personalità morale, racchiude in sé una duplice nozione. Inteso in senso soggettivo, esso si identifica con il sentimento che ciascuno ha della propria dignità morale, e designa quella somma di valori morali che l'individuo attribuisce a se stesso: è precisamente questo che comunemente viene denominato onore in senso stretto. Inteso, invece, in senso oggettivo, è la stima o l'opinione che gli altri hanno di noi; rappresenta cioè il patrimonio morale che deriva dalla altrui considerazione e che, con termine chiaramente comprensivo, si definisce reputazione. In tal guisa è agevole stabilire che il sentimento personale dell'onore viene leso con fatti immediatamente sensibili alla persona, indipendentemente dal loro riflesso sulla opinione altrui e cioè con offese pronunciate alla presenza del soggetto passivo; mentre la reputazione può essere lesa con divulgazione presso gli altri di offese che comunque la sminuiscono"[55].

Dalla lunga citazione emerge chiaramente come, nelle intenzioni del legislatore del 1930, fosse prevalsa la concezione «sensibile» e «fattuale» dell'onore. Come correttamente osserva Musco, secondo detta cifra teorica, l'onore si sarebbe qualificato quale entità "composta di due elementi: da un lato, il sentimento o la consapevolezza che si possiede della propria dignità e, dall'altro lato, la valutazione, la stima, l'opinione che circonda l'uomo nell'ambiente in cui opera ed agisce"[56]. Sì che il bene si sarebbe diviso in due categorie distinte: l'onore «oggettivo» o «esterno», rappresentato dal

«sentimento» che ciascuno ha di se stesso, e l'onore «soggettivo» o «esterno», ossia la «reputazione», consistente nella stima della quale i consociati beneficiano il soggetto. In base a tale dicotomia si sarebbe appunto costruito il sistema: da un lato, il delitto di ingiuria, avrebbe sanzionato i contegni aggressivi dell'onore inteso quale sentimento individuale; da un altro lato, la diffamazione avrebbe protetto contro gli atti aggressivi della stima sociale goduta dal beneficiario della tutela penale.

La suddetta distinzione tra «onore» e «reputazione» è risalente nel tempo, appartenendo alla tradizione giuridica italiana. Va ricordato, infatti, come Francesco Carrara fosse uno strenuo sostenitore della concezione in parola, ed avesse sostenuto la necessità di separare il concetto di «onore», addirittura, in tre distinti concetti: "1) il sentimento della propria dignità; 2) la stima o buona opinione che gli altri hanno di noi; 3) la potenza, inerente ad una buona reputazione, di procurare certi naturali vantaggi"[57]. In effetti, la concezione «fattuale» condizionò non solo talune legislazioni[58], ma anche la dottrina italiana[59].

Non è certo questa la sede per esaminare funditus il tema. Nell'economia di questo lavoro, tuttavia, è utile riassumere i nuclei teorici di sostegno alle critiche sollevate contro l'impostazione «fattuale» e naturalistica dell'onore, le quali, lette in filigrana oltre la considerazione delle singole componenti casistiche[60], a me sembra ruotino tutte attorno agli inconvenienti sistematici della considerazione naturalistica del bene tutelato.

Un primo ordine di critiche dirigeva i propri assunti contro la «collocazione sentimentale» del bene giuridico nel delitto di ingiuria, in uno alla conseguenza di ritenere esistente il bene solo laddove esso fosse presente e concretamente «sentito» dall'offeso, mettendo in evidenza come l'impostazione «fattuale», ove rigorosamente sviluppata fino alle ultime e coerenti conseguenze interpretative, avrebbe comportato l'esclusione della tutela penalistica proprio a favore dei soggetti più bisognosi e meritevoli di protezione, ossia i soggetti non in grado di «percepire» il vulnus al sentimento del proprio onore, come ad esempio sarebbe avvenuto per gli infermi di mente, i dementi, i bambini in tenerissima età: quale la tutela penale dell'onore nei loro confronti? Sarebbe stato, in questi casi, necessario rinunciare alla disciplina sanzionatoria nei loro riguardi?[61]

Il secondo ordine di critiche si indirizzava contro la concezione «naturalistico-effettuale» del concetto di reputazione, evidenziando i vuoti (ovvero l'insuperabile problematicità) di tutela che si sarebbero determinati a riguardo dei casi di reputazione già pregiudicata, ovvero delle ipotesi di mancanza di una reputazione effettiva, in conseguenza della labilità dei legami tra la persona e il suo ambiente sociale, ovvero, ancora, dei casi di pluralità di reputazioni radicatesi nell'ambito del medesimo contesto sociale[62]. A tal proposito, la concezione «fattuale» della reputazione avrebbe dovuto escludere il carattere diffamatorio alle affermazioni che, pur astrattamente oltraggiose, si fossero indirizzate contro soggetti dalla «reputazione fattuale» oramai definitivamente pregiudicata, come poteva avvenire, ad esempio, nei casi di espressione di giudizi infamanti espressi all'indirizzo di soggetti che fossero stati già condannati con sentenza penale[63]. Come noto, la necessità di rintuzzare questo duplice ordine di critiche indusse la dottrina formatasi sulla concezione «fattuale» dell'onore ad apportare due correttivi logico-giuridici.

Il primo, di tipo interpretativo, fece ricorso a temperamenti oggettivi dell'onore e della reputazione, mediante il richiamo alla nozione di «medietà»: i beni tutelati dal diritto penale sarebbero stati, in realtà, solo l'onore «medio» e l'ipotetica reputazione «media»[64], con ciò stesso sconfessando alla radice – indipendentemente dalle difficoltà di accertamento della «media» del sentimento nell'onore o della considerazione sociale nella reputazione – i postulati «naturalistici» delle posizioni di partenza, e conseguentemente snaturando del proprio ubi consistam la stessa concezione «fattuale».

Il secondo correttivo, viceversa, molto più praticato anche nella stessa manualistica[65], fu quello di costruire – sull'abbrivio offerto da uno specifico passaggio della Relazione del Guardasigilli al progetto definitivo di codice[66] – i delitti contro l'onore come reati di pericolo: "il raggiungimento del risultato ulteriore dell'effettiva lesione dell'onore non è un requisito essenziale del delitto di ingiuria e non ne rappresenta perciò l'evento offensivo ma soltanto un effetto accidentale ed ipotetico. In termini di teoria generale l'ingiuria può pertanto classificarsi come un delitto con evento di pericolo"[67]. Anche a riguardo di tale correttivo dogmatico, tuttavia, sono condivisibili le osservazioni di Musco: "più che rettificare la concezione iniziale la si risolve in qualche cosa di diverso: del sentimento o della coscienza dell'onore non rimane, in realtà, niente"[68].

La concezione normativa[69], viceversa, ruotava attorno alla considerazione dell'onore non più come «fatto», bensì come «valore», proprio perché l'onore "apparterrebbe al mondo dei valori e non a quello dei fatti"[70]. Per stabilire, tuttavia, il contenuto specifico mediante il quale riempire il concetto normativo dell'onore, si svilupparono due «versioni» della teoria: da un canto, la cd. versione «sociale»[71]; da un altro canto, la versione «morale». La prima, secondo cui sarebbe stata esclusivamente la società ad attribuire l'onore al singolo, con i conseguenti rischi di «frantumazione» del concetto d'onore a seconda degli specifici settori sociali di riferimento considerati, quando non – addirittura – di degenerazione relativistico-nazionalistica del concetto stesso d'onore[72]. La seconda, impostasi soprattutto nel secondo dopo-guerra[73], secondo cui l'onore sarebbe stato un "valore morale, cioè attributo originario dell'uomo, [...]"

valore intrinseco ad ogni singola persona umana in quanto tale, in forza della propria dignità di uomo, e, pertanto, «eguale» in tutti gli uomini, [...] indipendente da giudizi sociali di merito o di demerito e meritevole di incondizionato rispetto"[74]; in questo significato, si affermava che l'onore si sarebbe potuto assimilare "al concetto di «dignità», di cui tuttavia costituirebbe solo una parte"[75]. Pur segnando un sostanziale passo avanti rispetto ai vicoli ciechi in cui si avvitava la «versione sociale» della concezione normativa dell'onore, anche la «versione morale» incontrò vivaci dissensi.

Una prima critica, elaborata dalla dottrina tedesca[76], muoveva dalla denunciata carenza di un solido aggancio al quale ancorare l'offesa, poiché il «vero valore» di un uomo si sarebbe dovuto a priori escludere quale oggetto dell'aggressione attuata nei reati contro l'onore, perché esso non si sarebbe potuto colpire dall'esterno a mezzo di semplici dichiarazioni di terzi. In altri termini, un bene come l'onore (sempre, beninteso, nella «versione morale» della concezione normativa), di indole chiaramente immateriale, non si sarebbe potuto «violare» dall'esterno, né avrebbe potuto subire compressioni o detrimenti a causa di altrui contegni aggressivi. A tale posizione critica, merita ricordare la puntuale replica di Enzo Musco, il quale mise opportunamente in luce, per un verso, che il concetto di «violazione» può essere utilizzato "in un doppio significato e, precisamente, nel senso di una modificazione di uno stato di fatto o di un quid sostanziale, ovvero nel senso di lesione degli interessi e delle pretese che discendono da situazioni ideali"[77]; per un altro verso, che l'obiezione elaborata dalla dottrina tedesca, in realtà, "trova la sua spiegazione nel persistere di quel modo naturalistico di pensare – secondo cui il delitto non può consistere in altro che in modificazioni fisiche del mondo circostante –, al quale si continuano a pagare inaccettabili tributi sotto forma di artificiose elaborazioni che, per giustificare le lesioni inferte ai beni ideali, arrivano a modificarne il contenuto e la sostanza criminosa"[78].

Sulla seconda critica, di certo più robusta e complessa, ritengo opportuno soffermarmi con particolare attenzione: essa, infatti, assume tonalità teoriche sostanzialmente sovrapponibili a quelle che oggi giorno per lo più si utilizzano nel denotare le difficoltà e i «disagi tecnici» di tutela del bene della «dignità personale». A riguardo della «versione morale» si è infatti osservato che laddove l'onore venisse identificato con il vero o interno valore della persona – oltretutto accostato, in non altrimenti specificati ambiti residuali, proprio alla «dignità umana» – risulterebbe "oltremodo difficile applicare nella pratica un siffatto concetto", sì che "il limite principale della versione morale della concezione normativa resta la sua «astrattezza» e quindi la scarsa «afferrabilità» del bene giuridico onore", con la conseguenza che l'opzione interpretativa in questione, "nell'illusione di prescindere dal dato sociale, e, sia pure nel lodevole intento di fonire all'onore un concetto valido «per tutti», ha finito per perdersi nelle astrazioni, con il risultato di costruire un bene giuridico.....inutilizzabile"[79]. Ora, indipendentemente dalle soluzioni indicate dalla dottrina in esame (la rilevanza meramente civilistica delle violazioni del bene dell'onore[80]), ovvero dal riconoscimento del ruolo fondamentale ricoperto dalla Carta Fondamentale nell'individuazione del bene[81], credo che tale posizione scettica si fondi sull'inadeguata considerazione del concetto di «dignità umana» secondo i criteri che si sono in precedenza delineati.

A me sembra, viceversa, che la disciplina dei delitti contro l'onore sia rapportabile proprio alla tutela della «dignità umana», in una delle quattro radici che Joseph Seifert ha saputo cogliere nel suo sforzo analitico, le quali sono state riguardate: come mera vitalità biologica, come attuazione consapevole della persona cosciente; come spessore assiologico e qualitativo delle concrete realizzazioni esistenziali; come «dono» individuale e fondante le differenze soggettive tra gli esseri umani[82].

Se si collegano gli ingredienti sostanziali del concetto «dignità» alle esigenze di disciplina penale nei delitti contro l'onore, vanno tratte tre conclusioni interlocutorie: a) in primo luogo, va affermato con decisione che qualsiasi espressione che contraddica il primato razionale e finalistico, etico e giuridico insieme, dell'essere umano, deve considerarsi in sé oltraggiosa dell'onore personale; b) in secondo luogo, va chiarificato come qualsiasi altra affermazione la quale, pur non negando la libertà e razionalità della persona, ne oscuri o deprezzi il concreto valore esistenziale, costituiscono espressioni di per se stesse disonoranti e, quindi, penalmente rilevanti; c) in terzo luogo, così inquadrato il tema interpretativo, l'unica differenza tra ingiuria e diffamazione sarà di tipo, per così dire, «situazionale» – presenza o assenza del soggetto passivo –, avendo i due titoli di reato ad oggetto il medesimo bene tutelato.

Per ragioni di completezza, ritengo opportuno concludere l'indagine «fenomenologica» con due esempi colti nella concretezza dei rapporti interpersonali. Quale esempio sub a), si pensi al fatto di colui che definisca una persona già condannata per un reato contro il patrimonio come «cosa immonda, lurido straccio». È evidente l'assoluta illegittimità, giuridica e teoretica insieme, insita nell'utilizzazione di simili espressioni all'indirizzo di terzi, considerando proprio che nessun uomo, quale che possa essere il peccato, il comportamento o il crimine del quale siasi macchiato, può perdere la radice esistenziale della dignità, e cioè quella del primato razionale e finalistico della persona: nessuna persona abdica alla propria dignità personale tramutandosi in «cosa», in «straccio», ovvero in «entità inanimata». È sufficiente ricordare, d'altronde, la prima parte dell'art. 27, comma 3, della Carta Fondamentale: "Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità", tradotto, al livello della normativa ordinaria, dall'art. 1, comma 1 della legge 26 luglio 1975, n. 354, recante la disciplina del nostro ordinamento penitenziario: "Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona". Eppure, il Tribunale di Roma, con sentenza del 21 febbraio 1957[83], mandò assolto l'imputato dal delitto di diffamazione, pur avendo egli 'gratificato' un soggetto terzo, già condannato per delitti contro il patrimonio, delle seguenti espressioni: «cosa immonda, lurido straccio, sporca

spia e delatore per danaro». Quali esempi sub b), la stessa manualistica è prodiga di utili riferimenti, come quelli di utilizzati da Francesco Antolisei: "Nessuno dubita, poi, che il valore offensivo di una espressione dipende anche dallo stato o grado sociale della persona a cui è rivolta. Per tal modo l'attribuire l'ignoranza di una determinata disciplina costituisce ingiuria nei confronti di chi la deve conoscere a cagione della sua professione, non per gli altri. Colui che scrive, ad es., non si sentirebbe punto offeso se gli dicessero che non sa neppure l' a b c del calcolo infinitesimale"[84].

In definitiva, la critica all'«astrattezza» del bene e all'«infefferabilità» della lesione sembra limitarsi, né più, né meno, all'incapacità di scorgere un ingrediente materiale e sensibile dal quale desumere la violazione della dignità. La quale, nel caso dei delitti contro l'onore, si attua – senza, ovviamente, che se ne possa «misurare» il detrimento in chiave «ponderale» – attraverso l'espressione e comunicazione di «contenuti ideologici» di disprezzo. Proprio lo schema comportamentale del disprezzo espressivamente manifestato con la comunicazione di contenuti ideologici costituisce, a mio giudizio, la specifica modalità di condotta e di lesione in cui si radica il momento discretivo tra i delitti contro l'onore e gli altri delitti contro la dignità personale: non differenza di «bene tutelato», quindi, ma di «modalità di lesione». Prima di esplicitare il senso specifico dell'assunto, tuttavia, occorre svolgere l'indagine «filosofico-dogmatica».

### 3. L'indagine «filosofico-dogmatica»: la tutela della dignità umana tra esigenza di «giustizia» e di protezione del «bene giuridico»

Questa complessa esperienza dottrinale mi conduce a riflettere sulle dianzi esplorate difficoltà interpretative da una diversa posizione prospettica, in certo senso più arretrata e comprensiva. Ritengo che, allo scopo di lumeggiare meglio alcuni pregiudizi teorici, possa essere utile un'analisi comparativa tra due modi opposti di considerare l'esperienza punitiva nel suo complesso: da un lato, la considerazione del diritto penale dello scopo e del controllo sociale; dall'altro, la considerazione dell'esperienza punitiva quale fenomeno umano di irrogazione della «giusta retribuzione» – malum psico-fisico, ma bonum etico – per comportamenti disgreganti l'armonico dispiegarsi della vita sociale, forieri dell'insediarsi dell'ingiustizia nei rapporti interpersonali e nel contesto comunitario[85].

A tal riguardo, credo che la ricerca senza posa avente ad oggetto, dapprima, la condotta materiale e sensoriale, poi l'evento naturalistico, e infine il pregiudizio concretamente vissuto ed esperito nella realtà dei fenomeni dalla persona offesa dal reato, costituisca la conseguenza dogmatico-interpretativa più rilevante del diritto penale dello scopo e della prevenzione generale: tale atteggiamento appare, da un canto, la coerente traduzione dell'utilitarismo illuministico nell'ambito del diritto penale, come asseverazione funzionalistica dello strumento penale come arsenale protettivo dei beni giuridici in vista della realizzazione del complessivo controllo sociale; da un altro canto, denota il modo settario ed equivoco con cui il penalista si pone al cospetto del problema interpretativo. Quale bene va protetto contro l'aggressività conflittuale dell'uomo sive natura? Questa, in effetti, è la domanda «originaria» e «onnicomprensiva» – dalla quale, cioè, si potrebbero far scaturire e dipanare tutti i temi della dogmatica –, che si pone il teorico del controllo sociale.

Come riconosciuto anche da un autorevole estimatore della Weltanschauung dei lumi, la dottrina dell'utilitarismo giuridico-illuministico si è espressa, nel settore specifico del diritto punitivo, in tre principi assiologici diversi, rispettivamente concernenti la concezione del reato, del processo e della pena. Sotto il primo riguardo, "riferita al reato ovvero ai problemi di giustificazione della legislazione, essa comporta che il diritto penale non ha il compito di imporre o di rafforzare la (o una determinata) morale, ma solo di impedire la commissione di azioni dannose per i terzi", sì che il "principio utilitaristico [...] esige altresì come necessario che essi – (comportamenti, n.d.r.) – offendano concretamente beni giuridici altrui, la cui tutela è la sola giustificazione delle leggi penali siccome tecniche di prevenzione delle loro lesioni"[86]. Sotto il secondo riguardo, nel processo il giudizio non dovrà vertere sulla "moralità, o sul carattere o su altri aspetti sostanziali della personalità del reo, ma solo sui fatti penalmente proibiti", e il cittadino si potrà giudicare "solo per quello che ha fatto e non anche, come nel giudizio morale, per quello che è": i reati, di conseguenza, devono consistere in "fatti empirici tassativamente denotati secondo il principio di stretta legalità, sicché siano verificabili (e confutabili) le tesi giudiziarie che ne affermano o ne negano la sussistenza"[87]. Anche sotto il terzo riguardo, affiora la cifra utilitaristica di giustificazione della sanzione penale: "Lo stato, come non ha il diritto di costringere i cittadini a non essere malvagi ma solo d'impedire che essi si nuocciano tra loro, non ha neppure il diritto di alterare – rieducare, redimere, recuperare, risocializzare o simili – la personalità dei rei. E il cittadino, se ha il dovere giuridico di non commettere fatti delittuosi, ha il diritto di essere interiormente malvagio e di rimanere quello che è"[88].

Crede che questo sia il grave pregiudizio del diritto penale dello scopo, il quale si muove in un orizzonte teorico chiaramente delimitato, i cui confini sono segnati dal postulato funzionalistico dell'esercizio del magistero punitivo come arsenale normativo-coercitivo volto a scongiurare il conflitto interindividuale endemicamente latente nella società, e concretamente operante come apparato sanzionatorio a protezione di beni giuridici dell'individuo. Il distendersi della teorica funzionalistica sul concetto di bene giuridico non deve trascurarsi: la tutela preventiva del bene, attraverso la



minaccia del male sensibile contro gli autori dei comportamenti inosservanti, costituisce la traduzione operativamente più concreta del controllo sociale del general-prevenzionismo, sì che la stessa concezione «liberale» del bene giuridico[89], pur dopo il «presunto» superamento della concezione dello stesso come diritto soggettivo[90], non fa che perpetuare l'istanza neutralizzatrice dell'intemperanza dell'uomo anomico sive natura, perseverando l'estromissione dell'esigenza di realizzazione della giustizia dall'ambito dell'esperienza punitiva.

Ma se chiara si profila l'influenza esercitata dalle teoriche dello scopo sulla funzione della diritto penale e della pena in particolare (non la realizzazione dello *iustum*, ma la salvaguardia dei beni), non mi sembra ne siano stati adeguatamente valutati gli effetti in ordine alla stessa categoria del bene giuridico in sé e per sé considerata. Le teorie che muovono dall'affermazione della strumentalità del diritto di punire al servizio della «protezione dei beni», determinano infatti conseguenze di assoluto rilievo anche a riguardo della conformazione strutturale dei medesimi: esse desumono la consistenza dell'«oggettività giuridica» avendo riguardo alle illecite capacità «intromissive» dell'individuo, sia laddove si tratti di proteggere la «fisica» disponibilità dei beni, sia laddove si tratti di prevenirne il tentativo «fisico» di conflittuale appropriazione. D'altra parte, proprio il peculiare modo di concepire l'ordinamento delle relazioni intersoggettive come sistema di controllo sociale a protezione di beni giuridici ha comportato, a mio modo di vedere, una perniciosa inversione prospettica e metodologica nel delimitare i contorni del «bene»: dapprima, si è cercato di determinare – quasi *in vitro*, nell'ambiente asettico e pre-positivo dello stato di natura, tipico della cifra teorica «liberale» (e che accompagna e accomuna, come un filo d'Arianna, non solo la prospettiva dell'utilitarismo illuministico, ma anche le presunte involuzioni della teorica del bene classificate da Luigi Ferrajoli come espressioni di sostanzialismo giuridico e formalismo etico[91]) – il bene da tutelare; quindi, se ne sono individuate le ragioni di concreta riferibilità soggettiva al titolare; infine, se ne sono costruite le specifiche modalità di tutela normativa.

A tale fondamento teorico-generale, occorre reagire con un radicale mutamento di prospettiva, chiarendo che «alla base della protezione dei beni sociali [...] non può non stare la realizzazione di un fine di giustizia, ché, altrimenti, non si comprenderebbe in base a quali criteri lo Stato potrebbe selezionare i beni e gli interessi sociali meritevoli [...] di protezione giuridica e, in specie, di protezione penalistica [...]»[92]. In questi precisi termini mette in chiaro il capovolgimento di posizioni Mauro Ronco, il quale prosegue affermando: «o si riesce a cancellare dall'ordinamento la pena, non con un semplice scambio delle etichette, che denomini misura ciò che oggi è definito pena, bensì mercé la radicale trasformazione dei contenuti, che tolga alla sanzione ogni profilo di sofferenza personale – ed allora si potrà fuoriuscire dall'idea retributiva –, ovvero non può non riconoscersi che la retribuzione, e non l'esigenza di protezione dei beni giuridici, costituisce il fondamento della sanzione penale»[93]. Lungo tale itinerario, non si tratta certo – come sovente superficialmente paventato[94] – di riesumare una concezione meramente «intimistica» del diritto penale dell'atteggiamento interiore, o del tipo d'autore[95], o di privilegiare la riduzione della sfera giuridica a quella della moralità, né, conseguentemente, di obliterare il principio di *extrema ratio* e di necessaria offensività nel diritto penale, legittimando, per ipotesi, giudizi giuridicamente rilevanti di riprovazione della nuda cogitatio. Si tratta, piuttosto, di assegnare alla tematica della tutela del bene il ruolo logico che ad essa compete nel complesso dell'esperienza punitiva, è cioè quello di modalità specifica di realizzazione della giustizia nel rapporto interpersonale e nella vita comunitaria: se non si può prescindere, quindi, dall'esistenza di un bene esterno del quale apprestare la tutela, allo stesso tempo il bene si deve salvaguardare solo contro le aggressioni riconducibili all'altrui contegno «ingiusto».

Al lume della riflessione an-ipotetica, quindi, si impone un mutamento radicale, il quale – prendendo le mosse dalla concezione del diritto quale congeniale e connaturato strumento di comunicazione e realizzazione della giustizia nelle relazioni personali intramondane (secondo la cifra teoretica classica del diritto e della giustizia come *oikeiopraxia* che l'isomorfismo platonico tende a cogliere nella città e nell'uomo[96]) – collochi le tematiche inerenti all'esigenza di tutela del bene, del suo profilo di necessaria concretezza, e delle specifiche caratteristiche della sua lesione, nell'ambito concettuale e funzionale che, propriamente, compete loro.

Il quale, secondo la cifra teorica istitutiva un solido legame tra diritto penale e giustizia (entità non compiutamente e pienamente posseduta, ma tuttavia imprescindibile sostegno, e garanzia, di razionalità dell'esperienza penale)[97], non è quello relativo alla fondazione ultima ed essenziale dell'istituzione penale in sé, ma quello – teoricamente più limitato e logicamente ancillare, in ogni caso soltanto concorrente –, di «partecipare» – nel mondo esperibile dei fenomeni fisici, con riguardo ai beni esteriori ed «afferrabili» di volta in volta rilevanti –, all'attuazione della giustizia nella comunità, a sua volta realizzata – nel limitato ambito del diritto punitivo – con l'esperienza dell'afflizione fisica e psicologica di un pati a carico di uomini moralmente liberi e degni. Per comprendere tale mutamento radicale di orizzonti teorici, occorre però riconoscere che il diritto in genere, e il diritto penale in particolar modo, costituiscono, prima ancora che una precettistica sanzionatoria a tutela dei beni, un modo autenticamente comunitario, e quindi umano, di comunicare la giustizia nell'orizzonte della vita intra-modana e dell'esperienza interpersonale; solo accettando l'essenzialità ed indispensabilità del discorso sul giusto e sull'ingiusto nell'universo giuridico, si può ammettere che il tema del «bene giuridico» e della sua tutela, pur – sia chiaro – non suscettibile di alcuna rimozione, vada postergato rispetto a quello rappresentato dalla ricerca della giustizia, come proporzione nella relazione interpersonale, ovvero, per dirla con l'Aquinate, della *realis et personalis, hominis ad hominem proportio*.

Per chiarire l'inversione dell'ordine di priorità logica tra i concetti di «bene tutelato» e «giustizia» mi può forse aiutare il ricorso al stile diegetico-mimetico del sommo filosofo Platone. Il quale, nell'Eutifrone, facendo ironizzare Socrate contro il proprio gretto interlocutore, si interroga sul concetto di «santità» come parte del «giusto», chiedendosi: "Il santo viene amato dagli dèi in quanto è santo, oppure in quanto viene amato è santo?"[98] Si che come, nel dialogo platonico, non è il gradimento divino che determina la santità, ma è viceversa quest'ultima la reale causa efficiente di quel gradimento, allo stesso modo non la semplice protezione del bene costituisce il fine ultimo e il fondamento giustificativo del diritto penale, ma, al contrario, solo la ricerca della «giusta proporzione» nel rapporto interpersonale rende conto del fondamento razionale dell'esperienza penale affittiva sul piano fisico e psicologico del reo, ciò operativamente realizzandosi, nell'esperienza comunitaria, mediante il riguardoso rispetto dei beni, materiali e immateriali, della persona.

Quali, d'altra parte, le conseguenze che tale capovolgimento determina a riguardo della conformazione strutturale dei «beni giuridici»? A mio giudizio, la giusta proporzione nel rapporto interpersonale giunge ad intriderni di senso valoriale la specifica consistenza. Quindi il bene, non distendendosi nello spazio quasi fosse un «solido» da misurare ed esperire fisicamente, non si configura come un'entità suscettibile di «afferrabilità prensile»: esso non è un quid prelevato da un'ipotetica realtà pre-positiva, come bene «utile» per l'individuo anomico dello stato di natura, e «si colora» inevitabilmente attraverso la «dominante cromatica» della «giusta relazionalità», ossia non quella, alienante, tra soggetto e oggetto dell'istinto e dell'impulso, ma quella, autenticamente «personale», della giusta proporzione nel rapporto intersoggettivo. In altri termini, quello insistente sulla dicotomica contrapposizione tra concretezza e astrattezza, afferrabilità e inafferrabilità, materialità o immaterialità, palpabilità o impalpabilità del bene si riduce, in fondo, a un problema falso e fuorviante, o comunque a un problema mal posto.

D'altra parte, a me sembra che proprio l'esperienza penalistica concreta dimostri, infatti, che qualsiasi bene personale riceva tutela solo ove venga «costitutamente iscritto» nell'ambito della disarmonia innescatasi nel rapporto interpersonale. Prima ancora che sulla categoria del «bene giuridico», tale assunto si può valutare in rapporto alle elaborazioni dogmatiche ricevute dai concetti di tipicità e colpevolezza: dietro il velo della asettica analisi formalistica, se ne possono adeguatamente cogliere i fondamenti politici nella necessità che al mero «accadimento» naturalistico del fatto umano si accompagni l'ingiustizia sostanziale, contraddistinta dalla possibilità di biasimare il reo per l'abuso, «ingiusto», della propria libertà morale. A tale riguardo, merita considerare, seppur molto schematicamente, la diversa ratio fondativa che viene assegnata a detti principi[99]. Per i campioni del diritto penale dello scopo, il principio di legalità e di tipicità – non a caso alla sequela del filosofo di Malmesbury[100] –, trova fondamento nella tensione latente tra macroantropos e cittadino, tra prevaricazione statale e residue zone franche di libertà del suddito, secondo la consolidata formula dello «Stato di diritto»[101]. Per chi reclama la necessità della «retribuzione giusta», viceversa, la tipicità diviene la «prima garanzia» dell'«ingiustizia» del comportamento criminoso, tanto più ove si caratterizzi il reato, a mezzo del postulato della tipicità del fatto, quale illecito contrassegnato dalle modalità di lesione, denotative della particolare «ingiustizia», «riprovevolezza» e «odiosità» del comportamento[102]. Omologa contrapposizione si può notare in tema di disvalore di condotta e disvalore dell'evento nell'ambito penalistico. È evidente che il diritto penale dello scopo e della protezione sussidiaria dei beni non possa non privilegiare l'ésito fenomenico della condotta umana nel suo ripercuotersi sul «bene della vita» concretamente ed efficacemente aggredito (il segmento «naturalistico» dell'evento incide in guisa essenziale sul giudizio di meritevolezza di pena, a scapito della valutazione della riprovevolezza della condotta[103]), con conseguente disinteresse per la riprovevolezza degli ingredienti soggettivi del contegno: chi ravvisa nel diritto penale uno strumento di protezione sussidiaria dei beni, fa convergere l'attenzione sul segmento del «complessivo fatto umano» che incide e pregiudica fisicamente il bene materiale, e cioè sull'evento. Laddove, a mio modo di vedere, il diritto penale della «giusta retribuzione» dovrebbe rendere avvertiti che condotta ed evento, per chi non intenda asservirsi ad una considerazione meramente fisicistica dell'esperienza punitiva, si saldino complessivamente in una corale valutazione del modo in cui chi delinque ha abusato della propria libertà, e, conseguentemente, ha insediato l'ingiusto nella relazione interpersonale. Per i sostenitori di un diritto penale preventivo e di protezione dei beni, infine, la colpevolezza, pur non scomparendo del tutto (come, a rigore, coerenza vorrebbe), assume il mero ruolo di «criterio elargitivo» della sanzione, non coinvolgendo punto il fondamento della responsabilità penale nel risolto della riprovevolezza per l'abuso della libertà morale della persona[104]. Laddove, in una corretta considerazione etica del diritto punitivo, la colpevolezza viene a costituire l'autentico fondamento ultimo del disvalore penale e della riprovevolezza dell'ingiusto abuso di libertà.

Non può sorprendere, quindi, se tale sbilanciamento «oggettivistico» abbia pesato anche sul concetto di «bene giuridico». Contro tali posizioni occorre reagire, anzitutto affermando che "in tanto è fondata la decisione politica intorno alla protezione di un bene giuridico, in quanto sia giusta la pena irrogabile in relazione alla sua violazione"[105]. Sul piano dogmatico, poi, credo che tale affermazione si possa sviluppare mediante la traduzione della necessità che il giudizio di tipicità e di raffigurazione del bene non decampi dal previo accertamento dell'instaurarsi della disarmonia interpersonale, con conseguente insinuarsi dell'ingiustizia: la «giusta misura» del rapporto interpersonale intride, secondo una cifra valorativa umana – e non, quindi, in guisa meramente estrinseca ed adiafora rispetto agli ingredienti personali della relazione –, i beni materiali alla cui protezione aspirano i singoli appartenenti al contesto comunitario, financo divenendone, a mio giudizio, un autentico costitutivo ontologico sub specie iuris.

Come può, tuttavia, tale prospettiva incidere sul concetto di «bene giuridico»? A mio giudizio, il penalista ha davanti agli occhi una possibile via d'uscita. Già la considerazione problematica e complessiva dell'esperienza penale nella sua quotidiana concretezza, infatti, contribuisce a demistificare, qualora profondamente notomizzata, l'affermazione secondo cui la funzione della norma incriminatrice consiste nella «tutela» del bene giuridico. Al modo della riflessione filosofica, la medesima affermazione si riduce, né più né meno, ad una mera semplificazione concettuale, la quale viene avvalorata assumendo indebitamente – per utilizzare le categorie aristoteliche – la prevalenza significativa dell'«accidente» causato sulla «sostanza» causante: qualunque bene, ove riguardato nel complesso della dinamica sociale e interpersonale, diviene un «bene relazionale». Si rifletta sul delitto di omicidio, terreno d'elezione dell'«oggettivismo naturalistico»: si può veramente credere che la funzione del diritto penale, con la previsione della norma incriminatrice dell'art. 575 c.p., sia quella di proteggere la vita umana? Se si considera con rigore speculativo la questione, va riconosciuto che il diritto penale non si cura di proteggere direttamente la vita; così come, d'altra parte, non assicura direttamente i cittadini contro la morte (compito, per vero, che assume la medicina come scienza naturale). Il diritto penale, in realtà, si occupa del bene relazionale costituito dal riconoscimento interpersonale dialettico (ovviamente traducendosi in comportamenti rilevanti nel mondo della prassi), vietando l'uccisione dell'uomo da parte di un altro uomo. Laddove si assuma l'evento senza considerarne il coefficiente genetico umano, si trascurano le differenze che sussistono tra identici accadimenti fenomenici: la perdita della vita provocata da una disgrazia (o, per ipotesi dall'azione violenta di un animale) è un «fatto» diverso dalla perdita della vita conseguente ad un omicidio proprio perché, nel secondo caso, il diritto si occupa di un diverso «bene», risaltante indelebilmente come realtà relazionale. Da tale angolazione, è evidente che l'importanza assegnata alla realtà relazionale nella conformazione dell'illecito, implica, sotto il riguardo deontico-normativo, la constatazione che qualsiasi «lesione» naturalistica del bene materiale o immateriale si accompagna (rectius, deve accompagnarsi per assurgere a fatto penalmente rilevante) alla violazione della pretesa al rispetto legittimamente vantata da parte del soggetto passivo, violazione la quale, vera e unica fomite dell'«ingiustizia», si traduce specularmente, dalla parte del soggetto attivo del reato, nella manifestazione del disprezzo per il bene tutelato.

È chiaro che tali assunti impongano una radicale revisione delle posizioni «oggettivistiche» nel diritto penale, intendendo per «oggettivismo» non il pur sempre necessario rapporto tra la mera interiorità del soggetto e il mondo esterno<sup>[106]</sup> – premessa resa incontestabile dal ditteo cogitationis poenam nemo patitur –, quanto, piuttosto, la pretesa «razionalistico-positivistica» di espungere i momenti personali dalla considerazione della struttura della fattispecie di reato, dal Tatbestand oggettivo di derivazione positivista<sup>[107]</sup>, e di edificare conseguentemente il concetto di bene giuridico in modo adiaforo rispetto alla relazionalità giuridica tra soggetti dotati di «dignità personale». Non si deve dimenticare infatti che, secondo la cifra positivista, il fatto tipico assumerebbe una fisionomia del tutto inadeguata a rappresentare un accadimento umano: Beling, addirittura, poteva sostenere che «il vero Tatbestand non include in sé il momento dell'azione. Esso è di per sé, non contiene alcuna indicazione ad un'azione voluta», giungendo a domandarsi: «chi potrebbe dubitare, ad esempio, che 'uccisione di un uomo' vi sia anche se un toro abbia infilato un uomo e lo abbia ammazzato?»<sup>[108]</sup> Ma sull'importanza rivestita dal tratto d'umanità che deve possedere la condotta, e sull'incidenza che la medesima esplica sulla fisionomia del bene giuridico, occorre ricordare le parole utilizzate da Giuseppe Bettiol in uno scritto del 1959, inteso a contrastare la dogmatica marxista sul tema: «Soggettivismo non significa sradicamento delle nozioni penalistiche e quindi del reato dal mondo delle realtà sociali, perché il reato è e rimane nella sua oggettività un quid che esprime un disvalore tra un fatto accaduto nella realtà sociale e le esigenze di tutela della norma giuridica», ma sottende piuttosto «l'esigenza che questo giudizio sia legato alla presenza di un'azione umana la quale può essere intesa ed affermata solo quando essa venga tolta dal mondo cieco della natura e interpretata «veggentemente» come comportamento diretto ad un fine [...] L'azione umana è tale solo quando sia intenzionale, cioè dolosa. Ogni altro comportamento soggiace a una mera constatazione naturalistica. È un fatto umano, non è un fatto dell'uomo!»<sup>[109]</sup>. Tuttavia, tale considerazione non comporta affatto «la negazione del bene giuridico che rimane pur sempre il presupposto di tutto il sistema, anche se l'antigiuridicità si colora in parte «soggettivisticamente»»<sup>[110]</sup>.

Si che, a riguardo della conformazione del bene tutelato, il diritto penale, se inteso come sistema di precetti orientativi della condotta prima ancora che come sistema istituyente meri ingranaggi sanzionatori, tutela la vita umana nella sua complessità metafisica sottratta alla concreta e misurabile esperibilità dei sensi, come bene relazionale interpersonale, imponendo il «dovere» di rispettare la vita altrui<sup>[111]</sup>. E se il bene «materiale» per eccellenza, la vita umana, è già di per sé un bene relazionale, a fortiori ciò va affermato per un bene immateriale come la «dignità personale»<sup>[112]</sup>.

Ove tutto quanto dianzi espresso venga adeguatamente tenuto in conto, ritengo che la disputa sull'asserita necessaria «afferrabilità» del bene e della sua lesione si traduca, giocoforza, in quella relativa all'esistenza di un requisito di «fisicità» degli stessi, e cioè in quella afferente la necessità che il bene, per poter essere tutelato, debba cadere sotto la percezione dei sensi. D'altra parte, che tale esito non costituisca un'impropria banalizzazione del tema è dimostrato da Franz Von Liszt, il quale giunse a definire la diffamazione come «una serie di movimenti della laringe, di ondulazioni sonore, di eccitazione del senso dell'udito e di messa in movimento di processi cerebrali»<sup>[113]</sup>. Ma tale disputa, alla luce della cifra teorica che condivido, è destinata a perdere tutto il proprio significato: nel diritto penale della giusta retribuzione, la tutela del bene non realizza la funzione preventiva del conflitto interindividuale, quanto, piuttosto, contribuisce alla realizzazione della giusta proporzione nel rapporto intersoggettivo. In questa prospettiva si colloca,

precisamente, il ruolo svolto dal concetto di «bene giuridico» nell'esperienza penale: esso, pur sempre essenziale nell'orizzonte della mondanità, è logicamente secondario e indiretto, poiché i «beni giuridici non sono realtà materiali che si distendono nel mondo fisico in modo autonomo e staccato dalle relazioni interpersonali nel cui ambito sono sperimentati, sì che il legislatore possa deciderne la tutela penale indipendentemente dall'apprezzamento in termini di disvalore del contegno che li offende, ché, anzi, è proprio la cifra di disvalore di siffatto contegno che decide, ultimamente, della ragionevolezza inerente alla decisione circa la punibilità»<sup>[114]</sup>.

In definitiva, per trarre coerenti conclusioni a riguardo della tutela penalistica della «dignità», appare improprio affaticarsi nell'identificare nella riprovevole manifestazione di disprezzo dell'altrui dignità un qualcosa di fisico, quantitativamente apprezzabile alla luce del deterioramento o deperimento fisico del bene: la dignità di chiunque, in sé e per sé, non diminuisce quantitativamente in ragione dell'altrui aggressione. Ciononostante viene «offesa» attraverso manifestazioni di disprezzo, in quanto «bene relazionale» che esige, per necessità di giustizia mondana, di essere positivamente riconosciuto nell'orizzonte comunitario: la dignità umana è un «bene relazionale» (come tutti i beni del diritto penale) «immateriale», costituito dal riconoscimento reciproco e dialettico del primato razionale ed etico dell'essere umano rispetto alle altre realtà mondane (o dal riconoscimento delle altre qualità spirituali o fisiche che, singolarmente, contraddistinguono la singola persona rispetto agli altri), il quale viene offeso mediante «manifestazioni di disprezzo» che la vita comunitaria non può tollerare secondo giustizia, a loro volta estrinsecatesi (in aderenza alla concezione del reato come illecito valutato per le modalità di lesione) o attraverso l'espressione di contenuti ideologici di oltraggio (come nei delitti contro l'onore), ovvero attraverso un trattamento personale di oltraggio (come nei delitti di schiavitù).

Ma tutto questo non è facilmente «percepibile» per chi ravvisi nel diritto penale il più potente strumento di controllo sociale al riparo del principio di sovranità.

---

[1] Relazione tenuta presso la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires" – VII Jornadas abiertas de profundización y discusión – 30 agosto/2 settembre 2004

[2] Trattasi della L. 11 agosto 2003, n. 228, in G.U. 23 agosto 2003, n. 195.

[3] FIORAVANTI L., La tutela penale della persona: nuove frontiere, difficili equilibri, in *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, 2001, pp. 7-8.

[4] MANNA A., *Tutela penale della personalità*, Bologna, 1993, p. 7.

[5] Mi riferisco all'interpretazione – per dirla con Vittorio Frosini (FROSINI V., *Prolegomeni all'interpretazione giuridica*, in *Nomos*, 1998, p. 43) – concepita come "attività di conversione dal linguaggio «normativo» all'azione pratica, come integrazione della conoscenza con la decisione (o volontà) del giudicare, come inserimento dell'interprete nel contesto della prassi sociale, che è ben più vasto di quello linguistico coincidente con l'insieme normativo della legislazione".

[6] Tra la quasi inesauribile bibliografia in materia, quivi ci si limita a rinviare a BOBBIO N., *Il positivismo giuridico*, Torino, 1979, Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, spec. pp. 81-83 e 116 ; SCARPELLI U., *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965; CATTANEO M.A., *Il positivismo giuridico inglese. Hobbes, Bentham e Austin*, Milano, 1962, spec. pp. 106-119; nonché, per ulteriori riferimenti bibliografici, si veda FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, p. 226, nt. 14.

[7] GENTILE F., *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, in PAGALLO U., *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, Padova, 1998, pp. 226-227.

[8] RONCO M., *Persona (delitti contro la)*, in *Enc. Giur.*, vol. XXIII, Roma, 1990, p. 1.

[9] Per gli strettissimi collegamenti tra positivismo giuridico, normativismo e formalismo giuridico, si veda BOBBIO N., *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 167 e ss..

[10] KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, trad. it. Mario G. Losano, p. 198.

[11] BOBBIO N., *Introduzione*, in *Opere politiche di Thomas Hobbes*, a cura di Norberto Bobbio, Torino, 1959, p. 9: volendo "racchiudere in una formula il significato della filosofia politica di Tommaso Hobbes, potremmo dire che essa esprime la prima moderna teoria dello Stato moderno"; anche PAGALLO U., *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 11, il quale ribadisce come Hobbes sia "mitologicamente ritenuto [...] il «padre fondatore» del pensiero giuridico e politico moderno".

[12] Ugo Pagallo sottolinea che il carattere della modernità – così come inteso dalla storiografia dell'ultimo secolo – si delinea proprio nella fase moderna della storia dell'Europa occidentale (secoli XVI-XVII), col definitivo disgregarsi dell'ideale unitario cristiano e l'affermarsi delle singole sovranità nazionali, cui si accompagna l'avvio della cosiddetta rivoluzione scientifica e tecnologica. È proprio in questo preciso momento storico, infatti, che "è dato ritrovare sia il progressivo costituirsi della differentia specifica, e cioè della «forma» che consente di parlare per l'appunto di modernità; sia anche il permanere di un saldo *genus proximus*, rappresentato dalla tradizione", PAGALLO U., *Testi e contesti* cit., p. 11.

[13] GENTILE F., *La norma fondamentale e le leggi nella sistemazione geometrica della esperienza giuridica: Hobbes e Kelsen a confronto*, in *Politica e diritto in Hobbes*, a cura di G. Sordi, Milano, 1995, p. 38.

[14] Va ricordato, infatti, che lo stesso Galileo, ne *Il Saggiatore* [GALILEO GALILEI, *Il Saggiatore*, in *Opere di Galileo Galilei* (Franz Brunetti, a cura di) Torino, 1980, vol. I], mentre consigliava l'impiego del metodo matematico e geometrico per capire le leggi della natura, scritte nel *Libro della Natura*, escludeva di estenderlo allo studio delle leggi umane, che andavano invece lette nel *Libro della Rivelazione*. E anche Cartesio, grandissimo filosofo e matematico dell'epoca, distingueva tra *res extensa*, ossia tutte le cose, conoscibile scientificamente, e *res cogitans*, ossia l'attività intellettuale dell'uomo, non definibile in termini matematici.

[15] HOBBS T., *De Cive*, in *Opere politiche*, a cura di Norberto Bobbio, vol. I, Torino, 1959, pp. 59-60: "gli studiosi della Geometria hanno molto ben coltivato il loro campo, difatti [...] tutto quel che distingue i tempi moderni dall'antica barbarie, è quasi completamente benefico effetto della Geometria; poiché quello che dobbiamo alla Fisica, la Fisica stessa lo deve alla Geometria. Se i filosofi morali avessero compiuto i loro studi con esito altrettanto felice, non vedo come l'ingegno umano avrebbe potuto contribuire meglio alla propria felicità in questa vita. Se si conoscessero con uguale certezza le regole delle azioni umane come si conoscono quelle delle grandezze in geometria, sarebbero debellate l'ambizione e l'avidità, il cui potere s'appoggia sulle false opinioni del volgo, intorno al giusto e all'ingiusto; e la razza umana godrebbe una pace così costante, che non sembrerebbe di dover mai più combattere". Sulla finalizzazione operativa della teorica hobbesiana alla giustificazione del potere sovrano, si veda CATTANEO M.A., *Hobbes e il fondamento del diritto di punire*, in *Politica e diritto in Hobbes*, cit., p. 140: "Hobbes [...] non voleva fondare lo Stato di diritto (come gli illuministi), ma voleva dare un fondamento razionale allo Stato assoluto".

[16] La bibliografia sul pensiero del filosofo inglese è vastissima. In questo contesto mi limito a ricordare, oltre quelle già citate, solo le seguenti trattazioni: HOBBS T., *Leviatano*, I, XIV<sup>a</sup>, traduzione italiana di Gianni Micheli, Firenze, 1976; BARBA V., «Opinione», «consenso» e tecnica della costruzione dei soggetti in Thomas Hobbes, in BOBBIO – BODEI – MARRAMAO – RELLA – ROVATTI – SCHIERA – STAME, *Soggetti e potere – un dibattito su società civile e crisi della politica*, a cura di Vittorio Dini, Napoli, 1983.

[17] RONCO M., *Il problema della pena*, Torino, 1996, p. 6.

[18] RONCO M., *ibidem*: "La considerazione illuministica della pena [...], che associa per la prima volta il tema della critica della pena concretamente esistente al tema della riforma del sistema penale, costituisce, per un verso, sotto il profilo della politica criminale e del modello di sistema giuridico, il punto di partenza di un processo ancora oggi non terminato. Per un altro verso, tuttavia, esprime la conclusione matura di una rivoluzione antropologica che conosce in Thomas Hobbes il suo più illustre e spregiudicato rappresentante".

[19] Per il rilievo circa la reciproca congruenza teorica e cronologica delle opere dell'Autore lombardo con l'elaborazione del «contrattualismo» di Jean Jacques Rousseau, si veda RONCO M., *Il problema della pena*, cit., p. 22: "Sennonché, se moltissimo è stato detto a proposito degli effetti positivi che la critica di Beccaria (e di coloro che, nei vari paesi europei ne dilatarono e arricchirono la denuncia) avrebbe recato nell'avviare la riforma dei sistemi penali tradizionali, più in ombra tra i penalisti è rimasta la tematica concernente i presupposti concettuali del riformismo dell'Autore italiano. Mi sembra che il punto di partenza fondamentale sia costituito dall'erezione contrattualistica, alla sequela di Jean Jacques Rousseau, di una entità sociale in grado di trasformare la volontà di tutti ('volonté de tous') in una volontà generale ('volonté générale'), in una volontà, cioè, che garantirebbe la libertà dei cittadini e la sintesi sociale".

[20] L'Autore si riferisce al *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, par un avocat de province, pubblicato nel 1766, il quale "nasce non soltanto come testimonianza di gratitudine a Beccaria", ma "nell'intrecciare la denuncia contro i sistemi dei delitti (soprattutto quelli aventi un fondamento religioso) e delle pene praticate nell'antico regime con l'idea circa lo scopo preventivo della sanzione, secondo la massima, espressa nel primo paragrafo dell'opera, per cui «La véritable jurisprudence est d'empêcher les délits», nella prospettiva, già delineata da Beccaria, ed espressamente richiamata nel secondo paragrafo del *Commentaire*, secondo cui la pena, per essere spesso troppo al di sopra del delitto, rischia di nuocere, invece che di giovare agli interessi dello Stato, per la cui tutela è prevista": RONCO M., *Il problema della pena*, cit., pp. 28-29.

[21] RONCO M., *Il problema della pena*, cit., pp. 52-73: l'Autore sottopone a critica il cd. liberalismo feurbachiano, in quanto fedele traduzione, sul piano della scienza penale, della complessiva rivoluzione antropologica operata dalla filosofia della pena dei lumi e mette in luce, in particolare, la contraddittorietà tra la pretesa dell'Autore tedesco di confinare la sanzione penale nell'ambito di una 'psychologische Zwangstheorie' – dopo aver nettamente separato l'universo giuridico dall'universo morale, aver disconosciuto il rilievo della 'libertà' umana nel discorso giuridico ed aver privilegiato la rilevanza sensistica della frizione tra 'piacere' del delitto e 'dispiacere' della pena – e la finalità complessiva dell'esserci della pena, costituita dall'affermata necessità "der Erhaltung der wechselseitigen Freiheit aller". Sul punto, si veda FEUERBACH P.J.A.v., *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Aalen, 1966; sull'Autore tedesco, si veda CATTANEO M.A., *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970; MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, spec. pp. 46-52.

[22] RONCO M., *Il problema della pena*, cit., pp. 35-36 e 38: l'Autore ripercorre tale riduzionismo sensista nelle posizioni di Destutt De Tracy, di Cabanis – "che, accanto a Destutt, il teorico dell'ideologia in generale, ne è piuttosto, nella sua qualità di medico, l'antropologo" – e nella scuola di d'Holbach ed Helvetius, concludendo, citando Beccaria, che se "l'uomo [...] è il meccanismo che deve essere guidato e diretto attraverso la manipolazione delle sue sensazioni e dei suoi bisogni fisici, e se il codice sociale si rinviene nella distribuzione, manipolazione e riproduzione di tali sensazioni e bisogni, è allora evidente, come ha icasticamente detto Beccaria, che le pene trovano la loro giustificazione e la loro misura esclusivamente nella funzione di «opporsi alle direzioni rovinose della gravità e di far cospirare quelle che contribuiscono alla forza dell'edificio»".

[23] RONCO M., *ibidem*.

[24] FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, cit., p. 210: "Al tempo stesso, la separazione metascientifica tra punto di vista interno e punto di vista esterno alle istituzioni giuridiche e l'onere della loro giustificazione imposto dalla loro concezione utilitaristica generarono, nella cultura liberale illuministica, un atteggiamento politico riformatore nei riguardi del diritto positivo vigente, consentendone la critica dissacrante e spregiudicata, libera dall'ossequio morale o religioso all'ordine costituito. «Quali sono queste leggi ch'io debbo rispettare, che lasciano un così grande intervallo tra me e il ricco? – poteva chiedere Beccaria – «Chi ha fatto queste leggi? Uomini ricchi e potenti ... Rompiamo questi legami fatali alla maggior parte ed utili ad alcuni pochi ed indolenti tiranni, attacchiamo l'ingiustizia nella sua sorgente» [...] E Voltaire, ancor più incisivamente: «Voulez vous des bonnes lois? brûlez le vôtres et faites-en de nouvelles»".

[25] RONCO M., *Il problema della pena*, cit., p. 51. Tale riduzione sensista, per vero, trova la propria completa espressione nel diritto penale, in quanto 'foro esterno', indipendentemente dal riconoscimento della natura libera e intelligibile dell'uomo nella diversa sfera morale: anche per Feuerbach, Autore che non disconosce in assoluto la libertà, l' 'homo iuridicus' va ridotto a pura sensazione di piacere o di dolore (op. ult. cit., pp. 69-72).

[26] RONCO M., op. ult. cit., p. 111.

[27] GROZIO U., *De jure belli ac pacis libri tres*, 1625, Brill, Lugduni 1939 lib. II, cap. XX, parr. 6-9; HOBBS T., *Leviatano*, cit., XV, XXVIII e XXX; PUFENDORF S., *De jure naturae et gentium, libri octo* (1672), ex officina Knochio-eslingeriana, Francofurti, 1759, lib. VIII, cap. III, parr. 4 e 9; Id., *De officio hominis et civis juxta legem naturalem*, libro duo, 1673, Brandmulleri, Basileae 1739, lib. VIII, cap. III, parr. 4-10; THOMASIIUS Ch., *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*, 1688, rist. Scientia Verlag, Aalen 1963, lib. III, cap. VII, parr. 25,28,40-43, 53-55 e 10, pp. 413-424; FILANGIERI G., *La scienza della legislazione*, 1783, in *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti*, Tipografia della società Belgica, Bruxelles 1841, lib. III, cap. XXVI e XXVII; ROMAGNOSI G., *Genesi del diritto penale*, 1791, Silvestri, Milano 1836, 6° ed., vol. I, parr. 395 e 401; BENTHAM J., *Principes du code pénal*, I partie, ch. I, in *Traité des preuves judiciaires*, Paris, 1823.

[28] PUFENDORF S., *De officio hominis et civis juxta legem naturalem, libri duo* (1673), Brandmulleri, Basileae, 1739, lib. II cap. XIII, par. 7, p. 429 e par. 4,2 p. 426. Ivi, par. 6, p. 428: "Etsi autem in eo nihil videatur iniqui, ut malum patiat, qui male egit: in poenis tamen humanis, non simpliciter respiciendum est quodnam malum sit perpetratum; sed et quae utilitas ex poena possit provenire». Pufendorf distingue tre fini utilitari della pena: a) "utilitas ejus qui peccavit, dum dolore poenae ipsius animus emendatur, et peccandi libido per eundem extinguitur"; b) "utilitas ejus qui laesus fuit, ne

tale quid in posterum ab eodem aut aliis patatiur" ; c) l'"utilitas omnium, dum nempe id agitur, ut ne, qui uni nocuit, aliis deinceps noceat, vel ut exemplo territi ceteri a similibus patrandis abstineant" (ivi, parr. VIII-X, pp. 429-430).

[29] ROMAGNOSI G., *Genesi del diritto penale*, 1179, Silvestri, Milano 1836, par. 569, p. 256, parla di "esterni e fisici effetti"; nello stesso senso, si veda BENTHAM J., *Principes de législation*, ch. XI, in *Traité cit.*, p. 35; *Id.*, *Vue Général cit.*, ch VI, ivi, p. 292.

[30] FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, cit., p. 466.

[31] PLATONE, *Sofista*, 235D-236E, in REALE G., *Tutte le opere*, Milano, 2000, p. 281.

[32] PALAZZO F.C., voce *Persona (delitti contro)*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 297: "su un piano che diremmo 'giuridico-culturale', influenza in modo decisivo la tutela della persona umana il reciproco atteggiarsi degli opposti principi «personalistico» ed «utilitaristico», così come essi si pongono in un determinato momento storico. Il principio personalistico, non meno di quello utilitaristico, ha una natura ed un'efficacia giuridico-normativa nel duplice senso che, per un verso, esso è desumibile dall'ordinamento, e segnatamente [...] dalle norme costituzionali, quale «principio generale», e, per un altro, esso non può non influenzare l'attività di produzione normativa, legislativa o giurisprudenziale"; con precipuo riguardo all'impostazione del codice del 1930, l'Autore prosegue ponendo in luce come "nel nostro ordinamento esiste in proposito una sfasatura poiché, mentre il principio personalistico ha trovato la sua piena consacrazione nel testo costituzionale, dal quale dunque deriva una chiara e cogente indicazione per il legislatore che voglia intraprendere la riforma del tit. XII, il codice vigente fu emanato [...] nell'adesione all'opposto principio utilitaristico", op. ult. cit., pp. 302-303.

[33] PORTALIS, "Discours Préliminaire" al codice civile del 1804, in GENTILE F. (a cura di), *Politicità e positività nell'ordinamento giuridico*, Padova, 1999, p. 5.

[34] ROUSSEAU J.J., *Du contrat social*, II, 7, citato in GENTILE F., *Intelligenza politica e ragion di Stato*, cit., p. 166.

[35] ROMANO M., *Legislazione penale e tutela della persona umana (contributo alla revisione del titolo XII del codice penale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 59.

[36] ROMANO M., op. ult. cit., p. 60.

[37] Del resto, che le distanze teoriche tra l'esperienza politica dello stato assoluto e dello stato liberale possano correttamente limitarsi alla considerazione della specifica dislocazione soggettiva della titolarità del potere (di uno o di molti) è ormai un dato da più parti riconosciuto; sul punto specifico, si veda SCHIERA P., *Stato moderno*, voce del *Dizionario di Politica*, diretto da Norberto Bobbio, Nicola Matteucci, Gianfranco Pasquino, Torino, 1992, pp. 1132-1333: "Si attuò in tal modo, proprio nel momento culminante della forma di organizzazione del potere propria dell'età moderna, cioè nell'ambito dello Stato assoluto, la messa in crisi della legittimazione esclusiva del principe alla titolarità del potere medesimo, attraverso il tentativo di riqualificazione politica di quelle posizioni private che si erano nel frattempo, più o meno consapevolmente, andate organizzando a livello sociale [...] Che tale andamento presenti non indifferenti sfasature cronologiche nei diversi paesi dell'Occidente, soprattutto per quanto riguarda l'esperienza continentale e quella anglosassone, non sembra alterare il significato dell'intero processo ora descritto, che consiste nella contestazione ad opera dei movimenti rivoluzionari moderni non già della struttura di potere sottesa allo Stato assoluto, ma principalmente della personificazione storica che tale struttura aveva ricevuto nella figura di monarca. La unicità del comando, il suo carattere di ultima decisione, la sua possibilità di attuazione attraverso un solido apparato professionale di organi esecutivi e coattivi: tutto ciò non muta, come non muta l'obiettivo di fondo a cui tutto ciò era rivolto: l'instaurazione ed il mantenimento dell'ordine". Non mi sembra da condividere, pertanto, l'enfasi impiegata da Luigi Ferrajoli nel caratterizzare il "codice fascista" come complesso normativo che avrebbe canonizzato la "concezione idealistica del bene giuridico" (FERRAJOLI L., *diritto e ragione*, cit., p. 471), e la conseguente limitazione della sua denuncia critica ad Autori come il Manzini e il Maggiore: "tanto più che il più autorevole dei penalisti italiani del nostro secolo, commentandone la parte speciale, identifica gli oggetti dei reati d'omicidio, o di lesioni, o di violenza privata, o di furto o simili non già nella vita umana, o nell'integrità della persona, o nella libertà individuale o nella proprietà privata, ma, con amplissimi giri, nell'«interesse dello stato concernente la sicurezza della persona fisica in quanto riguarda particolarmente la vita umana» o «l'integrità fisica della persona», o nell'«interesse dello stato di garantire la libertà individuale nel particolare aspetto della libertà psichica», o nell'«interesse pubblico concernente l'invulnerabilità dei beni patrimoniali». D'altro canto, concepiti lo stato e il diritto come valori etici e fini a se stessi, i concetti di bene e di danno finiscono con l'identificarsi con tutto ciò che spiace e dispiace al sovrano: «ogni delitto», scrive per esempio Giuseppe Maggiore, «è in definitiva un delitto di fellonia, un crimen laesae majestatis»; sicché la giustificazione esterna s'identifica con la legittimazione interna e avalla la previsione di qualunque reato di «mera disobbedienza» precisamente in quanto disobbedienza". In tal senso, Luigi Ferrajoli (op. cit., *ibidem*) sembra accreditare la contrapposizione tra la cifra illuministica, che avrebbe considerato l'uomo "in carne ed ossa", e l'involuzione teorico-generale post-illuministica

dell'idealismo, che avrebbe condotto a considerare esclusivamente l'interesse dello Stato: "sulle orme di Hegel scompariranno progressivamente, dall'orizzonte della dottrina penalistica del bene giuridico, gli interessi materiali degli individui esistenti in carne ed ossa, per lasciare il posto dapprima agli interessati o alla volontà dello stato e poi alla semplice idea del diritto o dello stato".

[38] MARSILIO DA PADOVA, *Defensor pacis*, III, 3. Sul significato teorico dell'opera fondamentale del consigliere di Ludovico il Bavaro in relazione alla crisi del particolarismo politico medievale, nonché sul valore premonitore della medesima sulla formazione ideologica del particolarismo statale moderno, GENTILE F., *Intelligenza politica e ragion di Stato*, cit., p.192 e ss..

[39] Sul punto, si veda GENTILE F., *Su secolarizzazione e ordinamento politico ovvero dell'umanizzazione del divino e della divinizzazione dell'umano*, in *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria dell'ordinamento politico*, cit., pp. 144-156.

[40] ROMANO M., *Legislazione penale e tutela della persona umana (contributo alla revisione del titolo XII del codice penale)*, cit., p. 60.

[41] ROMANO M., *ibidem*. Sulla tesi della sola parziale continuità sostanziale tra il codice Rocco e il codice Zanardelli, anche se con un'analisi mirata soprattutto ai profili di «autoritarismo» del codice del '30, si veda DOLCINI E., voce *Codice Penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1994, spec. pp. 279-284.

[42] RONCO M., *Il problema della pena*, cit., p. 38: "Se l'uomo, dunque, è il meccanismo che deve essere guidato e diretto attraverso la manipolazione delle sue sensazioni e dei suoi bisogni fisici, e se il codice sociale si rinviene nella distribuzione, manipolazione e riproduzione di tali sensazioni e bisogni, è allora evidente, come icasticamente ha detto Beccaria, che le pene trovano la loro giustificazione e la loro misura esclusivamente nella funzione di "opporsi alle direzioni rovinose della gravità e di far conspirare quelle che contribuiscono alla forza dell'edificio [...] La negazione della libertà, come fondamento della condotta umana e conseguentemente come giustificazione della pena, costituisce l'orizzonte filosofico e culturale del nuovo diritto penale dello scopo e dell'utilità sociale". Inequivocabili, d'altra parte, le parole di Feuerbach: "Non la libertà, bensì l'elemento naturale dell'uomo costituisce l'oggetto della forza punitiva; non l'uomo libero, bensì l'uomo determinato, soggetto alla natura, è l'uomo a cui si rivolge la forza punitiva, su cui essa vuole agire, che essa vuole punire, su cui essa può agire, che essa può punire sul piano civile. Non siamo autorizzati a parlare di libertà nel diritto penale, di elevare la libertà a condizione dell'esterna punibilità, togliamo attraverso la condizione ciò che è condizionato e facciamo oggetto della forza punitiva ciò che non lo è, né può esserlo", FEUERBACH P.J.A.v., *Revision*, cit., p. 133, nella traduzione tratta da RONCO M., *Il problema della pena*, cit., p. 70, nt. 168.

[43] GONELLA G., *La persona nella filosofia del diritto*, Milano, 1938, p. 6, nt. 1. Per quanto concerne il fondamento di tale opzione culturale mi limito a ricordare il pesantissimo attacco mosso contro la filosofia del diritto e, in generale, la riflessione sul problema dei fondamenti del diritto penale nelle prime pagine del più celebre e diffuso trattato penalistico italiano del nostro secolo: "Appare del tutto superflua, per gli studi nostri, quella parte strettamente filosofica che i criminalisti dei secoli XVIII e XIX solevano premettere alle loro trattazioni. Il ricercare i cosiddetti fondamenti supremi e la nozione del diritto [...] oggi non è più permesso ad una disciplina eminentemente sociale, positiva e di buon senso, quale è la nostra" (MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1933, vol I, par. 3, p. 6). La cosa singolare è che l'"antifilosofo Manzini", come lo chiamò Ugo Spirito (SPIRITO U., *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, Torino, 1932, pp. 23-68), aveva scritto, molti anni prima, un brillante saggio filosofico d'ispirazione liberale e illuminista sui fondamenti del diritto penale, nel quale aveva polemizzato duramente contro una liquidazione del problema identica a quella che egli stesso poi compirà nel Trattato: "A dar retta al Carnevale, lo stato punisce perché punisce, e come non si sente il bisogno di giustificare l'esercizio del diritto civile, così è perfettamente superfluo l'indicare su quali principi di ragione si fondi la sanzione penale. Il Lanza ha già rilevato quanto sia errata l'analogia del Carnevale. Noi aggiungiamo che la suddetta affermazione è assai più degna d'essere scritta sulla porta di una caserma, che d'ornare il propileo d'uno dei templi della "scuola critica" del diritto penale" (MANZINI V., *Diritto penale*, in *Digesto Italiano* Torino, 1899, vol IX, parte III, p. 60). Per spiegare questa 'retromarcia' critica – che si esprimerà anche in questioni più concrete: dal sostegno dato alla reintroduzione della pena di morte fieramente avversata in gioventù, alla dottrina statalistica del bene giuridico, dalla negazione della presunzione d'innocenza, fino all'apologia dei lineamenti inquisitori del processo misto – possono forse servire le parole con cui lo stesso Manzini sostenne la soccombenza delle idee filosofiche alle idee dominanti del tempo: "I filosofi, con i loro artificiosi sistemi, nulla crearono [...] La filosofia non ha mai avuto e non avrà mai alcuna influenza sui rapporti sociali, se non rispecchia la coscienza e l'opinione della collettività dominante" (Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice, Torino 1931, I, p. 63). Per la disamina del pensiero di Manzini in prospettiva processuale, e per la denunziata «de-soggettivazione» della persona nel suo impianto teorico-generale, si veda BERARDI A., *Vincenzo Manzini. Del metodo giuridico*, Napoli, 2003, pp. 135-137.



[44] Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, vol. IV, Atti della Commissione Ministeriale incaricata di dare un parere sul progetto preliminare di un nuovo codice, Parte 1<sup>a</sup>, Relazione introduttiva di S. E. Giovanni Appiani, vol. IV, Roma, 1929, p. 504.

[45] HOBBS T., *De corpore*, I, VI, 1. Sul pregiudizio scienziato del tecnicismo giuridico-penale sul versante del soggetto attivo del reato, si veda BETTIOL G., *Oggettivismo e soggettivismo nella nozione del reato*, in *Scritti giuridici*, II, Padova, 1966, p. 988: "sotto la stretta del concettualismo-formale ha sofferto danni [...] la considerazione della persona umana. Non si tratta dell'uomo-delinquente di lombrosiana o ferriana memoria attraverso le varie tipologie ormai negate dagli stessi positivisti, ma di quella realtà psicologica e morale che è il fulcro cardinale del diritto penale. Non è possibile – come dal tecnicismo è stato fatto – ridurre la persona umana (l'io empirico) ad un semplice substrato materialistico dell'imputazione per considerare normativisticamente l'uomo come semplice punto di riferimento di relazioni giuridiche. Il diritto penale rifiuta una siffatta valutazione della realtà che scambia l'ombra per il corpo stesso e attorno all'«ombra» dipana la matassa dei concetti giuridici astratti. L'imputazione giuridica è reale, concreta, vitale".

[46] GENTILE F., *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, in PAGALLO U., *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, cit., spec. pp. 208-214.

[47] RONCO M., *Il problema della pena*, cit., p. 67.

[48] Come capacità di superare se stesso, PLATONE, *Repubblica*, 431A-431B, in REALE G., *Tutte le opere*, Milano, 2000, p. 1170: "Ma non è un po' buffa questa espressione 'superare se stesso'? Perché se uno fosse superiore a se stesso dovrebbe anche essere inferiore a sé, e viceversa, se inferiore anche superiore, dato che in tutti i casi si parla sempre della medesima persona [...] Tuttavia [...] questa espressione potrebbe anche significare, se non erro, che nello stesso uomo, per quanto inerisce alla sua anima, c'è una parte superiore e una inferiore, e che quando la parte superiore predomina su quella inferiore, si dice appunto, in senso positivo, che uno 'supera se stesso'. Quando invece, a motivo di una educazione inadatta o di cattive compagnie, la parte migliore ha la peggio ed è soggiogata da quella peggiore, che prende il sopravvento, allora, in senso di disprezzo o di biasimo, si dice che uno è 'inferiore a se stesso', e, per questa sua condizione, intemperante". Per l'applicazione del concetto di «autonomia» platonica all'esperienza giuridica, in vista del recupero del significato dell'ordinamento giuridico e politico come strumento di comunicazione interpersonale, GENTILE F., *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, in PAGALLO U., *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 232: "Nell'espressione autonomia, classicamente, è implicito il concetto di regolarità quale disposizione del soggetto a seguire una regola. Che si tratti di una disposizione non convenzionale ma reale risulta incontrovertibilmente dalla struttura della relazione intersoggettiva, la quale, a ben vedere, è sempre determinata da regole convenzionalmente poste ma in tanto si stabilisce in quanto i soggetti, che ne sono parte attiva, siano disposti a seguirle realmente e non convenzionalmente [...] Ma nell'espressione autonomia vi è anche qualcosa di più. Vi è l'indicazione dell'attitudine del soggetto all'autoregolamentazione. E non ci si può sottrarre ai problemi che essa comporta, considerato che per essa il soggetto si viene a trovare nella situazione paradossale di essere, da un lato, «signore di sé» e, dall'altro, «di sé schiavo»".

[49] A mio giudizio, questo avviene pur a dispetto della valorizzazione dell'incidenza della politica criminale sulla dogmatica penalistica, proprio per il fatto che il lessico di decodificazione delle soluzioni della scienza penale si iscrive pur sempre nel 'vocabolario' del prevenzionismo come assioma privilegiato: sulla scia del metodo teleologico di studio del diritto penale, seriamente propugnato da Klaus Roxin (ROXIN K., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 1986, tr. it. Sergio Moccia), MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1996, nonché BRICOLA F., *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997.

[50] Sulle difficoltà della dottrina nell'indicare adeguati percorsi di tutela, si veda MANNA A., *Tutela penale della personalità*, cit., spec. pp. 11-57.

[51] RONCO M., *Il problema della pena*, cit., p. 107. Sulle matrici politico-culturali del codice penale del 1930 la bibliografia è sterminata; qui mi permetto di rinviare alla bibliografia essenziale indicata da DOLCINI E., voce *Codice Penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1994, pp. 270-271. Sull'adesione espressa del legislatore del 1930 al general-prevenzionismo, si esprime lo stesso ministro Guardasigilli: "Delle varie funzioni, che la pena adempie, le principali sono certamente la funzione di prevenzione generale, che si esercita mediante l'intimidazione derivante dalla minaccia e dall'esempio, e la funzione cd. satisfattoria, che è anch'essa, in un certo senso, di prevenzione generale, perché la soddisfazione che il sentimento pubblico riceve dall'applicazione della pena, evita le vendette e le rappresaglie" (*Relazione al Re sul codice penale*) come si può notare, al momento retributivo viene assegnato un ruolo non autonomo, "ma strumentale rispetto all'obiettivo dalla prevenzione generale" (FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2001, p. 648).

[52] Mi riferisco a MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, p. 6.

[53] Per l'accusa di «inafferrabilità» del bene «onore», è ancora emblematica la posizione di MAURACH R., *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil*, Hannover, 1952, p. 100: "L'onore è il bene giuridico più sottile e più difficile da afferrare con i

guanti di legno del diritto penale e perciò il meno efficacemente tutelato dal nostro sistema penale"; da ultimo, sul tema dell'"afferrabilità" del bene 'onore', si veda, per un'efficace sintesi delle varie posizioni, SIRACUSANO P., voce Ingiuria e diffamazione, in Dig. Disc. Pen., vol. II, 1993, pp. 30 e ss.; l'Autore, prima di richiamare la considerazione di Maurach (definita come "risoluta asserzione di un classico manuale tedesco), a riguardo dell'onore, osserva: "Si tratta [...] di un bene giuridico di lunghissima tradizione legislativa e culturale, ed al contempo di un oggetto di tutela penale tra i più dibattuti, analizzati e (in certa misura anche) contestati fino ai giorni nostri. Si tratta inoltre, ancora notoriamente, di un bene giuridico ritenuto, per lo più, non facilmente individuabile e/o circoscrivibile".

[54] Su tale disputa, si veda specialmente MUSCO E., Bene giuridico e tutela dell'onore, cit., pp. 1-53; MANNA A., Tutela penale della personalità, cit., pp. 68-82; SIRACUSANO P., voce Ingiuria e diffamazione, cit., p. 330 e ss.,

[55] Relazione Ministeriale al Progetto definitivo di un nuovo codice, in Lavori Preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, vol. V, parte II, p. 402.

[56] MUSCO E., Bene giuridico e tutela dell'onore, cit., p. 4.

[57] CARRARA F., Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale, Lucca, 1873, III, p. 5.

[58] Si vedano gli artt. §§ 186 e 187 dello StGB. V. Codice penale tedesco, trad. e ann. da Pagano, Milano, 1967, p. 123. Struttura analoga presenta anche il codice penale svizzero agli artt. 173-174-177. V., per il relativo testo, ANCEL-MARX, Le Codes Pénaux Européens, Parigi, 1971, vol. IV, pp. 195 e ss..

[59] In particolare, nella dottrina italiana sono fautori di questa concezione, MANZINI V., Trattato di diritto penale, Torino, 1964, vol. VIII, p. 590; ANTOLISEI F., Manuale di diritto penale. Parte speciale, Milano, 2002, p. 192 e ss.; SPASARI M., Sintesi di uno studio sui delitti contro l'onore, Milano, 1961.

[60] Per le quali rimando all'ampia trattazione di MUSCO E., Bene giuridico e tutela dell'onore, spec. pp. 14-35; MANNA A., Tutela penale della personalità, cit., spec. pp. 68-71; SIRACUSANO P., voce Ingiuria e diffamazione, cit., spec. pp. 33-35.

[61] MANNA A., Tutela penale della personalità, cit., p. 69: "Il sistema mostra inoltre delle lacune. Lascia in primo luogo senza tutela i minori e gli infermi di mente, come tali incapaci di percepire il significato delle espressioni ingiuriose loro rivolte". Nello stesso senso, MUSCO E., op. ult. cit., p. 14: "Innanzitutto verrebbero portati fuori della sfera di operatività della norma di cui all'art. 594 c.p. i bambini, i deboli di mente in genere e tutti coloro che, per un qualsiasi motivo (ubriachezza, ecc.), a causa della loro incapacità non sono in grado di «sentire» l'offesa". Nella dottrina tedesca, HIRSCH H.J., Ehre und Beleidigung, Karlsruhe, 1967, p. 15: "la diminuzione o il mancato sviluppo delle rappresentazioni del proprio valore assumerebbero lo stesso significato di un deperimento o di una mancanza dell'onore". Per i fautori della concezione «fattuale» nella dottrina italiana, è significativo riflettere sulla coerenza delle conclusioni tratte, ad esempio, dallo SPASARI M., Sintesi di uno studio sui delitti contro l'onore, cit., p. 85: "poiché l'offesa all'onore presuppone la esistenza di una personalità morale e sociale è evidente che né l'ingiuria né la diffamazione possono configurarsi là dove si tratti di un individuo talmente infermo di mente o di un infante che si presenti sfornito del tutto di una sia pur rudimentale struttura morale e di ogni esperienza di vita di relazione".

[62] Così, precisamente, MUSCO E., op. ult. cit., p. 24.

[63] Straordinariamente emblematica, a tale riguardo, è la sentenza del Tribunale di Roma, 21 febbraio 1957, Pannunzio e altri, con nota di GUALTIERI U., In tema di diffamazione di persona disonorata, in La Giustizia Penale, 1957, II, cc. 837-842.

[64] Secondo MUSCO E., op. ult. cit., p. 15, tale tipo di correttivo viene, ad esempio, apportato dal Manzini. MANNA A., op. ult. cit. p. 69, pone il tema interpretativo considerando il caso del soggetto incapace di percepire le offese a riguardo del delitto di ingiuria: "Va tuttavia osservato che, anche se questi soggetti non possono rendersi conto del significato lesivo delle espressioni ad essi rivolte, potrebbe comunque il legale rappresentante agire in loro vece e sporgere querela ex artt. 120 e 121 c.p. [...] Ciò, però, presuppone l'adesione alla concezione normativa dell'onore [...] e non più alla concezione fattuale, in quanto il soggetto passivo, non percependo l'offesa, non può nemmeno giudicare se la lesione vi è stata o no".

[65] ANTOLISEI F., Manuale di diritto penale. Parte speciale, cit., p. 196: "Si domanda se si tratti di reati di lesione o di pericolo. Il quesito può dar luogo a perplessità, perché tanto il sentimento dell'onore quanto la reputazione sono beni morali, e rispetto a questa categoria di beni non è quasi mai agevole stabilire [...] quando si verifichi un danno effettivo o un danno solo potenziale. In conformità all'opinione dominante, noi riteniamo che i due delitti debbano considerarsi di pericolo per la ragione che l'ingiuria [...] non esige che il soggetto passivo si sia sentito offeso nel suo onore: abbia, cioè, provato un'umiliazione, mentre per la diffamazione non è necessario che il biasimo abbia trovato credito presso coloro che lo hanno appreso, e, quindi, non si esige che la reputazione sia distrutta o diminuita". Per l'analitica indicazione degli

"insuperabili vizi" della concezione fattuale dell'onore, si veda MANTOVANI F., *Diritto Penale. Delitti contro la persona*, Padova, 1995, p. 256.

[66] Relazione del Guardasigilli al progetto definitivo di un nuovo codice penale, in *Lavori preparatori*, cit., p. 403: "Tanto il reato di ingiuria quanto quello di diffamazione sono reati di pericolo e non di danno: ossia per la loro perfezione non richiedono che il danno morale si sia effettivamente verificato. In tale concezione il progetto non immuta il codice vigente".

[67] SPASARI M., *Sintesi di uno studio sui delitti contro l'onore*, cit., p. 71; nel medesimo senso FORCHINO A., *Ingiuria e diffamazione (diritto penale militare)*, voce del *Novissimo Digesto italiano*, vol. VIII, Torino, 1961, p. 685.

[68] MUSCO E., op. ult. cit., p. 18.

[69] Per l'esposizione della quale, unitamente alle due versioni «sociale» e «morale», si veda sempre Per le quali rimando all'ampia trattazione di MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, spec. pp. 14-35; MANNA A., *Tutela penale della personalità*, cit., spec. pp. 68-71; SIRACUSANO P., voce *Ingiuria e diffamazione*, cit., spec. pp. 33-35; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., pp. 258 e ss.; così definisce il concetto «normativo-morale» dell'onore MUSCO E., *Bene giuridico*, cit., p. 35:

[70] MANNA A., op. cit., p. 71.

[71] Strenuo fautore della versione sociale della teoria normativa dell'onore nella dottrina italiana è MESSINA S., *Teoria generale dei delitti contro l'onore*, Roma, 1953, p. 63, ove, pur prendendo posizione contro le «degenerazioni» della dottrina tedesca nel periodo immediatamente antecedente la seconda guerra mondiale, osserva: "In queste affermazioni c'è, a nostro avviso, un solo fondamento di vero consistente nel fatto che l'onore sorge dall'intrecciarsi del complesso delle relazioni sociali; che l'onore ha senso quale fattore di socialità. Una nozione dell'onore non può riguardare l'uomo isolato".

[72] Su tali temi, si veda spec. MANNA A., op. cit., p. 72: "La versione sociale della concezione normativa contiene, tuttavia, in nuce, il rischio di ben più pericolose «degenerazioni». Per esempio il nazionalsocialismo ha fatto propria la concezione sociale dell'onore, ammesso solo e nella misura in cui l'individuo sia «socialmente integrato»".

[73] Per i richiami alla dottrina tedesca e italiana su tale orientamento, v. MANNA A., *ibidem*, MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., p. 35, nt. 63.

[74] MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 259.

[75] MANNA A., *Tutela penale della personalità*, cit., p. 72.

[76] KERN E., *Die systematische Abrenzung der Verbrechenselemente bei der Beleidigung*, Tubinga, 1912, p. 8.

[77] MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., p. 46.

[78] MUSCO E., *ibidem*.

[79] MANNA A., *Tutela penale della personalità*, cit., p. 73; per una critica dello stesso tenore, MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., p. 20.

[80] MANNA A., *Tutela penale della personalità*, cit., p. 74: è una soluzione che reputo pericolosa e fuorviante, ove si rifletta sull'importanza del bene dell'onore e sull'insidiosità delle forme della sua violazione nella società contemporanea.

[81] Questa è la soluzione di MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., pp. 93-131.

[82] SEIFERT J., *Il diritto alla vita e la quarta radice della dignità umana*, in *Natura e dignità*, cit., p. 203 e ss.

[83] Tribunale di Roma, 21 febbraio 1957, *Pannunzio e altri*, con nota di GUALTIERI U., *In tema di diffamazione di persona disonorata*, in *La Giustizia Penale*, cit. c. 838.

[84] ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 197.

[85] Per la chiarificazione delle due impostazioni, e per le conseguenze che le medesime implicano sotto plurimi profili dogmatici, rimando a RONCO M., *Il problema della pena*, cit., pp. 107-205; per ulteriori spunti critici, si veda RONCO M., *Principi di diritto penale e certezze del senso comune*, cit., pp. 1-28.

[86] FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, cit. p. 207.

[87] FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, cit. p. 208.

[88] FERRAJOLI L., *ibidem*. Secondo l'Autore, (op. cit., p. 209), tutti "e tre i principi riflettono [...] un'etica liberale: innanzitutto perché basata sul valore della libertà di coscienza delle persone, sull'uguaglianza del loro trattamento penale e sulla minimizzazione della violenza punitiva; in secondo luogo perché destinata unicamente al legislatore e non ai cittadini, la cui moralità è invece assunta non solo come giuridicamente irrilevante, ma anche come giuridicamente insindacabile".

[89] Per la trattazione dei profili teorico-generalmente più rilevanti della tematica del bene giuridico (pur con un'eccessiva enfaticizzazione, a mio giudizio, del presunto distacco tra il fondamento teorico ultimo della concezione illuministico-liberale del bene rispetto a quelle successive), e sui passaggi dalla concezione «liberale» del bene di matrice illuministica, alla perdita della cd. «dimensione assiologica» del concetto medesimo nell'involuzione anti-illuministica e antigarantistica della seconda metà del XIX<sup>o</sup> secolo, si veda sempre FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, cit., pp. 460-490.

[90] In questo senso, tra gli altri, MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, cit., pp. 55-131. Non è questa la sede per ripercorrere la complessa storia del concetto di bene giuridico, a riguardo del quale ci si limita qui a qualche indicazione bibliografica: ROCCO A., *L'oggetto del reato e della tutela giuridico-penale*, Torino, 1913; PISAPIA G., *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Milano, 1948; BETTIOL G., *L'odierno problema del bene giuridico*, in *Riv. It.*, 1959, pp. 705 e ss.; Id., *Bene giuridico e reato*, ivi, 1938, pp. 3 e ss.; PAGLIARO U., *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi Antolisei*, Milano, II, 1965, pp. 392 e ss.; GREGORI G., *Saggio sull'oggetto giuridico del reato*, Padova, 1978; PULITANÒ D., *La teoria del bene giuridico fra codice e Costituzione*, in *Questione Criminale*, 1981, 111; FIANDACA G., *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, ivi, 3; ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983; SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, Basel, 1962; sulla difficoltà di indicare esattamente in cosa consista il concetto di bene giuridico, oltre le mere classificazioni tra concezione liberale, metodologica e critica, ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 1995, p. 279.

[91] FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, cit., pp. 213-216.

[92] RONCO M., *Il problema della pena*, cit., p. 141.

[93] RONCO M., *Il problema della pena*, cit., p. 142. Il corsivo nella citazione è mio.

[94] A tale critica non si sottrae Luigi Ferrajoli, il quale costantemente accredita una sorta di equazione tra la considerazione dell'istanza di giustizia in una prospettiva interna al sistema giuridico positivo con l'introduzione di un sistema di giudizio della pura moralità, o del mero atteggiamento interiore, si veda FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, cit., p. 462.

[95] Su tale figura, si veda CALVI A.A., *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore. I. La tipologia soggettiva della legislazione italiana. II. Tipologia soggettiva e politica criminale italiana*, Padova, 1967.

[96] VEGGETTI M., *Guida alla lettura della Repubblica di Platone*, Bari, 2002, p. 52.

[97] Ritengo, infatti, che la fondamentale funzione, o – meglio – l'essenza, del diritto punitivo non sia la tutela dei beni della persona, ma la disciplina della retribuzione quale forma autentica di comunicazione interpersonale ispirata all'idea di giustizia, quale mediazione che, pur cruenta ed affittiva, contribuisce a riaccostare 'carnefice' e 'vittima' nell'armonico – proporzionato – orizzonte relazionale. In questo senso, RONCO M., *Principi di diritto penale e certezze del senso comune*, cit., 17: "La realtà intima della pena, a prescindere dagli scopi esteriori che essa può accidentalmente raggiungere, tra tutti importante, l'eventuale contributo ab externo al raffreddamento della baldanza e dell'arroganza di coloro che, per inveterata dedizione al crimine, più non sentono nella coscienza il morso e l'angoscia della pena naturale, sembra comporsi [...] di distinti elementi, che debbono essere visti nella loro profonda unità perché sia colto il senso e il significato della pena [...] In primo luogo, la pena deve essere vista come strettamente connessa al delitto, come atto con cui l'autore abusa della sua libertà, violando così il principio fondamentale di responsabilità. In secondo luogo, occorre vedere, come punto di passaggio dalla colpa alla pena, lo status di separatività da Dio e dagli uomini in cui il reo viene a trovarsi per il fatto stesso del delitto. In terzo luogo, occorre scorgere, come principio che muove la società a punire, il dovere di riaffermare la giustizia offesa, promanante dall'inclinazione al giusto che è infusa nella mente dell'uomo. In quarto luogo, occorre vedere, con sguardo un poco raffinato, l'efficacia purificatoria e riconciliatrice della pena".

[98] PLATONE, Eutifrone, in *Tutti gli scritti*, cit., pp. 11-12: "SOCRATE - Presto, o carissimo, lo sapremo meglio. Considera questo: il santo viene amato dagli dèi in quanto è santo, oppure in quanto viene amato è santo? [...] Cercherò di esprimermi più chiaramente. Noi facciamo distinzione fra una cosa che è portata e una che porta, fra una cosa che è condotta e una che conduce, fra una cosa che è vista e una che vede. Comprendi che queste cose sono fra loro diverse, e in che cosa sono diverse [...] Dunque, non in quanto una cosa è cosa veduta, per questo viene veduta, ma, viceversa, in quanto viene veduta, per questo è cosa veduta. E, così, non in quanto una cosa è cosa che viene condotta, per questo viene condotta, ma viceversa, in quanto viene condotta, per questo è cosa condotta. E neppure in quanto una cosa è cosa portata, per questo viene portata, ma viceversa, in quanto viene portata, per questo è cosa portata. E' chiaro ora, o Eutifrone, quello che [C] voglio dire? Questo voglio dire: che, se qualcosa viene prodotto o se qualcosa patisce, non in quanto è cosa prodotta esso viene prodotto, ma, viceversa, in quanto viene prodotto, è cosa prodotta. E, così, non in quanto è cosa paziente, una cosa patisce, ma, viceversa, in quanto patisce essa è cosa paziente. Non sei d'accordo che sia così? EUTIFRONE - Sì, lo sono. SOCRATE - E allora, anche ciò che è amato, non è qualcosa che è prodotto, o che patisce qualcosa ad opera di altro? EUTIFRONE - Sì, certo. SOCRATE - E allora, anche per ciò che è amato vale ciò che si è stabilito per i precedenti casi: non in quanto una cosa è cosa amata, essa viene amata da coloro che l'amano; ma, viceversa, in quanto viene amata, è cosa amata. EUTIFRONE - Di necessità. [D] SOCRATE - E, dunque, che cosa dovremo dire del santo, o Eutifrone? Non viene forse amato da tutti gli dèi, come tu affermi? EUTIFRONE - Sì. SOCRATE - Ma viene amato in quanto è santo, oppure per qualche altra ragione? EUTIFRONE - No, ma per questa. SOCRATE - Dunque, proprio in quanto è santo, viene amato, e non, invece, in quanto viene amato, per questo è santo. EUTIFRONE - Sembra. SOCRATE - Invece, in quanto viene amata dagli dèi, una cosa è semplicemente amata e cara agli dèi. EUTIFRONE - E come no? SOCRATE - Dunque, o Eutifrone, ciò che è caro agli dèi non coincide col santo, e neppure il santo coincide con ciò che è caro agli dèi, come tu dici: si tratta, invece, di cose diverse l'una dall'altra. [E] EUTIFRONE - E come mai, o Socrate? SOCRATE - Perché abbiamo convenuto che il santo viene amato per questo: in quanto è appunto santo e, viceversa, che non in quanto viene amato è santo. Non è così? EUTIFRONE - Sì".

[99] Su questi aspetti, diffusamente, RONCO M., *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, cit., pp. 107-205.

[100] Sulle origini hobbesiane del principio di legalità e certezza del diritto, si veda CATTANEO M.A., *Hobbes e il fondamento del diritto di punire*, in *Politica e diritto in Hobbes*, cit., p. 125: "Il maggior contributo dato da Hobbes al problema penale consiste a mio avviso nella precisa affermazione del principio della certezza del diritto [...] Per quanto riguarda il problema penale, nel *De Cive* Hobbes dichiara che una parte importante della libertà utile allo Stato e necessaria ai cittadini per vivere in tranquillità, consiste nel fatto che non si devono temere pene imprevedibili, come avviene quando le leggi non prevedono una pena o si vuole imporre una pena maggiore di quella stabilita dalla legge [...] Nel *Leviathan*, nel capitolo dedicato ai reati, Hobbes stabilisce il principio *nullum crimen sine lege*: «No Law, made after a Fact done, can make it a Crime». In questo modo è sancito il principio della irretroattività della legge penale e della necessità della punizione soltanto di un fatto preveduto in precedenza dalla legge come reato".

[101] Per la denuncia dell'attecchimento del pregiudizio dell'uomo «sive natura» anche nella prospettiva liberale dello Stato di diritto, con la conseguente contrapposizione violenta tra Stato e cittadini, si veda GENTILE F., *Intelligenza politica e ragioni di Stato*, cit., pp. 132-133: si considerino le "garanzie che proprio le dottrine politiche moderne più liberali prevedono come espediente per assicurare la tranquillità nell'ambito della società politica. La stessa espressione, garanzia, sta infatti ad indicare la presenza di una tensione latente tra cittadino e Stato, ché se tensione non vi fosse neppure si penserebbe a garantirsi. La divisione dei poteri o l'*habeas corpus* o la tolleranza religiosa sono altrettanti ostacoli frapposti al funzionamento della macchina statale o, come dice Locke, «limiti che la fiducia in essa riposta dalla società ha fissato al potere», eufemismo per esprimere la sfiducia del cittadino nei confronti dello Stato, proprio perché l'interesse privato si trova in contrasto con l'interesse pubblico [...] E subito si nota come le garanzie siano delle autoriduzioni di potere, da parte di chi questo detiene, predisposte per evitare che la tensione tra Stato e cittadini arrivi al limite di rottura".

[102] RONCO M., *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, cit., p. 141: "La 'ratio', invero, del configurarsi del reato in termini di modalità di lesione, e non di lesione 'tout court', nonché del suo presentarsi come necessariamente corredato dalla colpevolezza sta proprio nell'esigenza della conformazione della struttura dell'illecito alla natura della sanzione: in tanto il reato è indotto a strutturarsi in chiave soggettivistica in quanto la pena, in ragione del suo contenuto e del suo fondamento, postula una pronuncia in termini di riprovevolezza del contegno punito". Si veda, anche, GALLO M., *L'elemento oggettivo del reato. Appunti di diritto penale*, Torino, 1974, pp. 9-13, in cui l'Autore, alla luce della considerazione del reato come illecito a modalità di lesione e non di mera lesione, affronta il tema del rapporto tra diritto penale e morale, pervenendo alla conclusione di un rapporto tra reato e illecito morale, concernente non il contenuto del giudizio, bensì le modalità con cui il giudizio viene formulato.

[103] Si veda, su tale contrapposizione, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983; MORSELLI E., *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, 1989; Id., *Disvalore di evento e disvalore della condotta nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, pp. 796-843.

[104] MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 89, il quale, riferendosi a Roxin, afferma: "Considerazioni di prevenzione generale o speciale, potrebbero, infatti, portare all'infrazione di una sanzione sproporzionata, mentre la retribuzione di colpevolezza, legando l'entità della pena alla misura di colpevolezza, impedisce che la libertà individuale venga sacrificata, sia all'interesse per una intimidazione generale, che al perseguimento di finalità di riadattamento sociale indipendenti dall'effettiva gravità del reato commesso [...] Queste considerazioni hanno condotto un autorevole critico della teoria retributiva, Claus Roxin, a tentare, per finalità di tutela delle garanzie individuali, un'operazione di recupero del mero principio di colpevolezza, sciogliendolo dai suoi legami originari con la retribuzione, per utilizzarlo, senza l'impaccio di presupposti di ordine metafisico, nella sua funzione liberale di limite al potere punitivo statale". In senso decisamente critico, tuttavia, si veda RONCO M., *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, p. 141, il quale, proprio replicando alla posizione roxiniana, osserva: "Il reato è illecito essenzialmente personale, alla stregua anche del dettato costituzionale (art. 27, comma 1, Cost.): ciò significa che il disvalore del contegno ricollegabile all'atteggiarsi della persona rispetto all'offesa è costitutivo del giudizio circa la punibilità. Né potrebbe sostenersi che della connotazione personalistica del reato debba tenersi conto soltanto al momento della distribuzione della sanzione nel caso concreto. In realtà di tale connotazione la legge tiene conto, ancor più radicalmente e significativamente, nel momento destinato all'individuazione della fattispecie astratta, sia selezionando le ipotesi di responsabilità in funzione dell'elemento soggettivo che caratterizza ciascun tipo di contegno, sia subordinando la rilevanza della lesione al presentarsi di specifiche modalità comportamentali".

[105] RONCO M., *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, cit., p. 141.

[106] BETTIOL G., *L'odierno problema del bene giuridico*, in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 917: "Ora noi pensiamo che attraverso la considerazione del bene giuridico venga indubbiamente data al reato una orientazione di carattere oggettivo in quanto i beni tutelati sono beni di carattere sociale o di rilievo sociale nel senso che debbono avere una realtà, una dimensione, un significato che trascende la persona del soggetto agente e costituiscono il termine o il bersaglio dell'azione. Un bene giuridico, sotto il profilo penale, che si risolve nella psiche del soggetto agente o in una rappresentazione puramente soggettiva non può esistere o aver rilievo. Questo orientamento oggettivo, che assume attraverso la considerazione del bene giuridico il reato, non significa affatto che la dogmatica «liberale» abbia a sottovalutare i momenti soggettivi nell'economia generale del reato: tutt'altro".

[107] MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, p. 125: "Dolo e colpa sono essenziali per la tipicità, perché senza di essi la descrizione legale del reato non può realizzarsi nella forma tassativa richiesta dallo stato di diritto. È questa un'acquisizione ormai pacifica nell'ambito della esperienza giuridica tedesca, ma non abbastanza generalizzata nell'ambito di quella italiana".

[108] BELING E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, p. 145; e ancora, p. 178: "il Tatbestand è del tutto oggettivo ed è talmente libero da tutti gli elementi soggettivi, che un Tatbestand soggettivo è una *contradictio in adiecto*".

[109] BETTIOL G., *L'odierno problema del bene giuridico*, in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 914.

[110] BETTIOL G., *ibidem*.

[111] *Dovere comprensibile dal destinatario della norma di comportamento in quanto, egli stesso, soggetto dotato di «dignità umana», e cioè di 'razionalità' e 'autonomia' in senso classico.*

[112] Nello stesso senso, MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 125: "È questa, in sostanza, la nota caratteristica della teoria tripartita di derivazione positivista che proponeva un fatto lontano dalla realtà, nel suo fondarsi su di un concetto naturalistico di azione, rigorosamente causale. Quest'ultima è concepita, infatti, come un movimento del corpo che provoca un cambiamento del mondo esterno, verificabile sul piano fisico e definita da Beling un «fantasma esangue», la cui funzione, di tipo negativo, consiste «nel separare ogni accadimento che non è azione». Sono già state, da lunga data, sottolineate le astrusità che derivano dall'accoglimento di questa concezione: è nota la ricostruzione dell'ingiuria quale «sollecitazione d'aria e di processi fisiologici nel sistema nervoso del soggetto passivo".

[113] LISZT F., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlino, seconda ed., 1884, p. 107.

[114] RONCO M., *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, cit., pag. 141.