Appunti per una giustificazione liberale della pena*

Argumentos para una justificación liberal de la pena

Notes on the Libertarian Ground of Criminal Penalty

Giovanni Cocco
Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università degli Studi di Cagliari
giovanni.cocco@unica.it

Abstracts

Il saggio propone gli argomenti che fanno fondare l'ordinamento penale, in tutte le sue fasi, nel fine di prevenzione generale c.d. negativa e i limiti liberali nel perseguimento di tale fine che consentono di definire liberale la giustificazione della pena.

El artículo plantea los argumentos que permiten justificar, en todos sus niveles, un ordenamiento penal con un fin de prevención general negativa, y los límites de corte liberales en la consecución de tal fin.

The paper illustrates the reasons according to which all the stages of criminal justice system are grounded on the so-called 'negative' general prevention and the libertarian limits to such a goal, so that the justification of criminal penalty can be defined libertarian in turn.

* In corso di pubblicazione anche in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari*.

Sommario

1. Introduzione. – 2. La prevenzione generale. – 3. La legge penale come avvertimento credibile. – 4. L'ordinamento penale nel suo insieme è volto alla prevenzione dei reati. – 5. Conclusioni sulla giustificazione della pena. – 6. Non si può accogliere una dottrina finalistica pura. – 7. I limiti nell'uso della pena. Il delitto in senso materiale. Il principio di *extrema ratio*. – 8. I limiti nell'uso della pena. Il principio di sussidiarietà c.d. esterna. – 9. I limiti nell'uso della pena. L'essere umano non è un mezzo. La pena deve essere proporzionata, in primo luogo nessuna pena crudele. – 10. I limiti nell'uso della pena. La pena deve essere proporzionata ovvero adeguata al fatto e alla colpevolezza, in astratto e in concreto. – 11. I limiti nell'uso della pena. Il principio di sussidiarietà cd. interno. Le garanzie processuali. Il principio di uguaglianza. – 12. Conclusioni.

1. Introduzione.

La fiducia nell'Illuminismo intellettuale classico o nella prospettiva liberale del fondamento della pena presente, ad esempio, in Hobbes, Locke, Bentham e J.S. Mill, che si è sviluppata pur senza una formulazione canonica e in modo non lineare nei due secoli e mezzo che ci separano dalle proposte riformatrici di Beccaria, è ciclicamente rimessa in discussione [1]. Cosicché, è necessario riaffermare e riformulare idee riconoscibilmente liberali di giustificazione della pena, che - va da subito sottolineato - debbono dimostrare che la società ha bisogno della minaccia e della applicazione della pena in quanto l'obiettivo dell'ordine sociale non può essere altrimenti raggiunto e che è ingiusto che le vittime del crimine ne sopportino il peso [2].

Si afferma comunemente che l'istituto della pena è giustificato, in particolare, dai principi delle democrazie costituzionali e liberali, ancorché sia possibile criticare la legittimità o la opportunità dei singoli atti punitivi, che possono essere eccessivi, brutali e immeritati, e che questa giustificazione si basa su argomenti finalistici o utilitaristici, che necessitano di limiti, ma anche su argomenti *deontologici* o retributivi; in una teoria liberale della pena vi è, dunque, spazio anche per la meritevolezza retributiva, ma il suo utilizzo richiede una accurata delimitazione, come vedremo.

L'istituto della pena poggia su una molteplicità di valori, pertanto l'attuale dibattito e la storia delle idee al riguardo [3] possono costituire una messa a punto di un adeguato approccio alla sua giustificazione, che comporta molti passaggi, a partire dal comprendere che punire delle persone non è un fatto intelligibile completamente o esclusivamente in sé stesso, come la musica o la poesia o altri atti di intrinseco valore per i partecipanti. Foucault e Nietzsche potrebbero contestare questa affermazione (e forse la storia darebbe loro ragione) perché pensano che la natura umana intrinsecamente esprima, anche se dissimulata, la soddisfazione di infliggere ad altri un male autorizzato, quale appare la pena. Ma questa soddisfazione deve essere considerata una malvagità della natura umana e *la pena* – ancorché possa e debba essere definita senza riferimento ad uno **scopo**, cioè alla realizzazione di determinati risultati - *in una democrazia costituzionale e liberale non può giustificarsi senza tale riferimento*. Va, dunque, specificato in primo luogo quali sono gli obiettivi perseguiti dell'istituto la cui realizzazione sia in sé giustificata; inoltre, va dimostrato che tali obiettivi sono effettivamente realizzati con l'applicazione della pena (e in determinati modi e non in altri) e che non possono realizzarsi, con pari o maggiore efficienza e correttezza, senza punire o con interventi non punitivi [4].

2. La prevenzione generale.

Su questo sfondo possiamo proporre la *giustificazione liberale della pena*, seguendo le principali acquisizioni della riflessione internazionale [5]. Si può cominciare con una generalizzazio-

[1] Così, tra i tanti, Kunz (2004), pp. 71 ss..
[2] Bedau, Kelly (2010).
[3] Rinvio a Cocco (2018), pp. 3 ss..
[4] Bedau, Kelly (2010).
[5] Personalmente, imbevuto della classica e ricca impostazione continentale, ho approfondito negli ultimi anni in particolare quella anglosassone, oltre alla opera dei citati Bedau e Kelly, meritano attenzione le teorie sviluppate da molti autori, tra cui, Hart jr. (1958), 401; Hart (1968), 1; Honderich (1976); Feinberg (1965), p. 397; Wasserstrom (1980), p. 112; Gross (1979); Hoekema (1986); Lacey (1988); Ten (1987); Walker (1991).

ne empirica affidabile, vi sono condotte umane intenzionali dannose per gli altri, riguardo alle quali è improprio attendersi (o pretendere) dalla generalità delle persone offese che perdonino gli autori o che soffrano in silenzio [6]; al contrario, con riferimento ad esse la probabile ritorsione privata deve essere prevenuta anche con la fiducia della collettività che gli offensori saranno arrestati, giudicati, condannati e che la sanzione sarà eseguita dalla autorità. La funzione dello Stato moderno non è quella di assicurare la giustizia assoluta in terra, ma di proteggere i beni giuridici cd. *pubblici* [7], la cui lesione è perciò proibita e punita dalla legge, non essendo altrimenti possibile tale tutela. In tale prospettiva ogni possibile giustificazione della pena dipende dalla più generale teoria politica e morale alla base di una società, che solamente una teoria della giustizia può offrire [8].

In siffatta prospettiva, non pare discutibile che in una società giusta, che è anche una società razionale, la condotta illecita dannosa *vada prevenuta piuttosto che punita*. In altre parole, la osservanza della legge in presenza dell'avvertimento [9] (o minaccia) della pena è da preferire all'inosservanza seguita dal processo penale, dalla condanna e dalla espiazione della pena, abbia essa effetti o meno risocializzanti, ovvero dall'irreparabile lesione della libertà personale (o addirittura della vita). È preferibile, in prima battuta, la osservanza volontaria della legge come conseguenza dell'interiorizzazione delle norme di una società giusta [10], ma se la osservanza volontaria della legge non è possibile, la società - quale *extrema ratio* a tutela dei beni pubblici - ne deve garantire la osservanza involontaria (sotto la minaccia o avvertimento della pena) perché è preferibile alla sua violazione [11]. Anche in una società giusta, infatti, non ogni persona approva la legge e non tutti coloro che la osservano lo fanno per riguardo ai beni *pubblici*, cioè, per il riconoscimento degli altri, individualmente e collettivamente, come persone titolari di diritti che meritano il comune rispetto. È questo il fondamentale principio non-deontologico sul quale è costruito il sistema penale: è meglio garantire con la pena la osservanza della legge *da parte di chi altrimenti la violerebbe* piuttosto che consentirgli di agire in una (perversa) autonomia senza alcun costo imposto socialmente, perché ciò comporterebbe un aumento della lesione dei beni pubblici.

Né può opporsi alla *prevenzione generale* così delineata l'argomento secondo cui non vi sarebbe certezza empirica che la minaccia della pena effettivamente funzioni da deterrente alla lesione dei beni [12], rispetto al quale, oltre a potersi obiettare che pretende una prova troppo rigorosa, infatti basta rovesciare il *thema probandum* per giungere a soluzioni insuperabili, insomma basta chiedersi se l'assenza dell'avvertimento o minaccia di sanzioni penali incrementi i comportamenti dannosi per gli altri e vantaggiosi per l'agente perché la risposta positiva venga spontanea: è certamente plausibile che la previsione della sanzione penale per un dato comportamento abbia una certa influenza sui cittadini [13], per quanto essi siano influenzati anche da altri fattori [14].

3. La legge penale come avvertimento credibile.

D'altra parte, perché la sanzione penale funzioni efficacemente come prevenzione contro la inosservanza della legge, non solo deve essere percepita come un *avvertimento legittimo*, perché protegge beni pubblici per la cui lesione è prevista una pena adeguata contro l'aggressione colpevole; ma anche come un *avvertimento credibile*, conseguenza dell'essere la pena generalmente percepita tanto ragionevolmente severa quanto *efficacemente* (dunque, anche con buona probabilità) *applicata* a chiunque non osservi la legge [15].

Sempre attuale, dunque, la posizione illuministica fiduciosa, da un lato, in una legislazione mite, indulgente, umana e, pertanto, non bisognosa di clemenza, e, dall'altro, preoccupata di

[6] Edificante ma non convincente la personale esperienza, ad esempio, dell'abolizionista Hulsman, (2002), 305.
[7] Sul concetto sostanziale di delitto v. Cocco (2019), pp. 9 ss..
[8] V., tra i più importanti, Rawls (1971); Scanlon (1998); Dworkin (1986); Ackerman (1980); Barry (1991).
[9] Espressione preferibile a *minaccia* per Hörnle (2011).
[10] La legge deve esprimere i valori che accomunano i cittadini: v. Cocco (2019), pp. 26 ss..
[11] Bedau, Kelly (2010).
[12] Günther (2010), p. 95; Eisemberg (2000), pp. 569 ss..
[13] Hoerster (1970), 272; Honderich (1976), pp. 272 ss.; Schmidhäuser (2004), pp. 88 ss.; Koriath (2004), p. 69; Kuhlen (1998), p. 58; Weigend (1999), 933; Greco (2009), pp. 364 ss.
[14] Stratenwerth (2000), p. 207.
[15] Già Beccaria (1764), e Feuerbach (1798), pp. 108 ss..

un uso arbitrario dell'indulgenza, resa splendidamente dalla affermazione di Beccaria che «la clemenza è la virtù del legislatore, e non dell'esecutore delle leggi», convinto che mostrare agli uomini che la pena non è la necessaria conseguenza dei delitti «è un fomentare la lusinga dell'impunità» [16]. Pertanto, il passaggio dalla fase edittale a quella giudiziale è determinato dalla necessità di asseverare l'avvertimento della pena, mostrando così la *credibilità* del sistema [17] e, egualmente, il passaggio finale alla fase esecutiva. Cosicché, anche quando, come nel sentire della maggioranza dei penalisti contemporanei [18], a partire dalle teorizzazioni di von Liszt, si voglia privilegiare la *prevenzione speciale positiva* nella fase della esecuzione, deve riconoscersi la sua retrocessione quando risulti assolutamente incompatibile con le necessità generali di protezione della società [19]. In questo senso può dirsi che la applicazione della pena ha lo stesso scopo della sua previsione [20]. È chiaro, infatti, che il principio di rieducazione non può legittimare il sistema penale: alla domanda perché si punisce non si può rispondere per rieducare il reo, ovvero nel suo interesse [21].

Il canone della certezza della pena, tuttavia, segue e non precede quello della pena giusta, la quale, oltre che riguardare delitti in senso sostanziale, deve «essere la *minima* possibile e in *grado* ed in *ispecie*, o, a parlare più esattamente, deve riunire il *maximum* di sufficienza al fine suo di imprigionare la cagione del delitto (§ 395), il *minimum* di dolore ed in ispecie ed in grado per colui che la soffre» [22]. Puntualmente si sottolinea [23] la ricerca dei riformatori illuministi di un sistema legislativo in cui il ruolo della detenzione sia circoscritto e limitato dall'utilizzazione di pene diverse, senza consentire invece momenti di discrezionalità nell'applicazione giudiziale.

4. L'ordinamento penale nel suo insieme è volto alla prevenzione dei reati.

Già da tali primi passi si comprende, in vero, che *non si possono radicalmente distinguere*, per quanto sia logicamente e didatticamente utile, *le varie fasi della vita della pena*: previsione (anche detta *comminatoria legale*), applicazione giudiziale ed esecuzione della condanna, attribuendo a ciascuna una distinta funzione della pena [24]. Se è chiaro che nella previsione legislativa, che precede dunque la commissione del delitto, la pena non può che avere finalità di prevenzione generale dei fatti lesivi dei beni pubblici; e che la applicazione giudiziale è la conferma della validità della previsione della pena. Anche nella fase esecutiva la prevenzione speciale non può cancellare le esigenze di prevenzione generale, mentre può accadere il contrario *in bonam partem*, ad esempio nel caso della abrogazione della legge penale, la venuta meno delle esigenze di prevenzione generale volta alla tutela dei beni pubblici esclude qualsiasi rilievo alle esigenze di risocializzazione o di neutralizzazione (cfr. art. 2 c.p.), pur potendo le stesse permanere con riguardo a chi comunque si dimostrò del tutto incurante della legge. Il principio di retroattività della legge penale più favorevole è ormai un principio che gode di copertura internazionale nella Carta edu e nel diritto eurounitario e nella nostra Carta cost. se ne rinviene il fondamento nel principio di eguaglianza *ex* art. 3 Cost. [25]. Pertanto, anche la fase esecutiva è finalizzata essenzialmente alla prevenzione generale, non certo a risocializzare che è semplicemente la modalità accettata dallo stato liberal-democratico, o meglio dalle comunità politiche contemporanee, come lo strumento d'elezione in fase esecutiva per evitare la lesione dei beni giuridici da parte di chi se n'è già reso protagonista.

D'altra parte, è chiaro che la pena giusta, fin dalla comminatoria edittale e poi in quella applicativa, è quella retributiva ovvero proporzionata alla violazione, ma la giustezza della pena già nella impostazione illuministica è servente la prevenzione generale, *non* è la retribuzione

[16] Beccaria (1764), § XX; anche Filangieri (1780-1783), spec. libro III, parte II, capo LVII, che peraltro ammette l'impunità quando «in vece di offrire un adito al delitto, somministrerebbe un incoraggiamento alla virtù», e Romagnosi (1791), parte V, cap. IV, § 1129
[17] Ross (1972), p. 91; ROXIN (1973), p. 17; Eisemberg (2000), p. 573; Vassalli (1961), 320; Padovani (1981), pp. 263 ss.; Marinucci (1974), 483.
[18] In Italia, in particolare, *ex* art. 27 co. 2° Cost. le pene debbono tendere alla rieducazione del condannato.
[19] Mir Puig (2011), 51.
[20] Antolisei (2003), 690.
[21] Cfr. Pulitanò (2018), 14; Fiandaca (2006), 133.
[22] Romagnosi (1791), § 404; analogamente Filangieri (1780-1783), libro III, parte II, capo XXVII.
[23] Padovani (1981), pp. 3 ss..
[24] Così, contro le tesi eclettiche, Roxin (1973), *passim*.
[25] Ambrosetti (2019), pp. 169 ss..

ad avere effetti anche preventivi, come invece argomentano i retribuzionisti nello *Schulenstreit* tedesco di fine ottocento [26], cosicché può essere certamente attenuata in considerazione delle minori esigenze di prevenzione generale.

L'ordinamento penale nel suo insieme è dunque volto alla prevenzione dei reati, a cui contribuiscono in modo essenziale anche efficienti apparati di *law enforcement*. Non avrebbe senso condannare ad una pena ed eseguirla solo per ragioni retributive di giustizia o di prevenzione speciale risocializzante. *Senza gli scopi generalpreventivi queste esigenze da sole non possono giustificare nessuna delle fasi in questione*. Anche gli obiettivi della *prevenzione speciale positiva*, ovvero indirizzata al singolo reo, riguarda in realtà la tutela di tutti i beni giuridici potenzialmente aggredibili in futuro da (tutti i) soggetti in esecuzione di pena, e da tutti i cittadini, non più i beni specificamente lesi in passato da ciascuno dei primi. Così come non ha senso giustiziare dopo lo scioglimento della società l'ultimo assassino abitante solitario di un'isola, come invece vorrebbe Kant, nemmeno ha senso nella stessa situazione risocializzarlo. Un sistema penale con il solo scopo della (ri)socializzazione è il più illiberale dei sistemi possibili: un sistema *puramente riformativo*, che miri semplicemente a cambiare le intenzioni dei destinatari affinché vogliano in futuro rispettare la legge, non tratta i suoi sottoposti come agenti razionali, autodeterminantisi, ma come oggetti da riformare con qualunque tecnica efficiente individuabile, in ultima analisi si tratta del vecchio *Stato di polizia* che tratta i cittadini come sudditi da educare.

Insomma, la giustificazione positiva di ogni sistema penale, ovvero della pena, in una società liberale – lo «scopo generale che la giustifica» [27] - è costituita dai suoi effetti benefici di *prevenzione della lesione dei beni pubblici*, comunemente chiamata prevenzione generale e nella versione tradizionalmente definita negativa.

Questa prospettiva impone però di porre l'accento sui beni protetti e sulla nozione sostanziale di delitto, perché altrimenti riconoscere (come riconosciamo) che la pena è una tecnica di controllo sociale e persegue il fine di assicurare l'ordine sociale, può ridurla ad uno strumento di dominio e di legittimazione di un ordine sociale ingiusto [28]. Mettere al centro della prevenzione il delitto inteso in senso sostanziale quale lesione dei beni pubblici evidenzia come una teoria della pena debba *prevenire anche la violenza punitiva dello Stato* manifestata nella *pena arbitraria* contro i non-delitti o sproporzionata rispetto al rilievo del bene tutelato e alla misura della lesione [29], con tutte le conseguenze che ne derivano.

5. Conclusioni sulla giustificazione della pena.

In conclusione, la funzione del diritto penale di tutela dei beni giuridici attraverso la prevenzione si sviluppa in due fasi: una prima *attraverso la legge* che prevede il fatto di reato e la sua sanzione, con la motivazione della generalità dei cittadini affinché non tengano condotte lesive o pericolose nei confronti del bene giuridico o affinché tengano condotte dirette ad evitare la lesione del bene. *Fallita siffatta prevenzione primaria* a causa della violazione della norma, la funzione del diritto penale di protezione di beni giuridici per mezzo della prevenzione è soddisfatta *secondariamente* attraverso la applicazione - e la esecuzione - della pena. Per mezzo di essa si assicura la piena validità della norma che ha l'obiettivo di evitare la lesione o messa in pericolo dei bene giuridico.

La giustificazione della pena è dunque essenzialmente *rivolta al futuro*, la pubblicazione della responsabilità penale - di qui il principio di legalità: *nullum crimen, nulla poena sine previa lege poenali* - funziona come un *perentorio invito* con la aspettativa dell'aumento dell'osservanza della legge a causa del timore nei suoi confronti da parte dei cittadini che non vogliono rischiare di essere puniti (c.d. *prevenzione generale*). Il rischio della pena offre un incentivo per ogni persona normale ad osservare le leggi giuste che proteggono i beni giuridici, i diritti individuali. In tal senso, un sistema penale fondamentalmente è una *tecnica di controllo sociale giustificata dall'obiettivo di proteggere la società* [30] e come gli altri subsistemi di controllo sociale

[26] Cocco (2018), 18.
[27] Hart (1968), passim.
[28] Cfr. Rodríguez Mesa (2007).
[29] Cfr. Ferrajoli (2004); Silva Sánchez (1992); Rodríguez Mesa (2007); Diez Ripollés (1997), p. 17.
[30] Gibbs (1975); Garland (2001); Hassemer (1990), pp. 316 ss.; Zipf (1989); Moos (1989); Bacigalupo (1998), pp. 9 ss.; García Pérez (1997), p. 340; Rodríguez Mesa (2007); Diez Ripollés (1997); Kaiser (1985), pp. 216 ss.: meccanismi per mezzo dei quali la società

consta di norme, sanzioni e procedimenti [31].

Il diritto penale, quale subsistema di controllo sociale, presuppone la esistenza di altri subsistemi di controllo sociale e così come il diritto penale influisce sugli altri strumenti di controllo sociale esso non può riuscire contro la delinquenza se non hanno risultati gli altri strumenti di socializzazione [32]. Se a ciò si aggiunge che gli strumenti di cui si serve il diritto penale sono i più costosi - le pene e le misure di sicurezza, che implicando una grave ingerenza nei beni essenziali del violatore, costituiscono i mezzi più severi di reazione contro le violazioni delle norme di cui dispone il controllo sociale - si comprende che il ricorso agli stessi è ammissibile solo quando risulta funzionale sia per il sistema di controllo sociale sia per il subsistema di controllo penale. Non è funzionale per il sistema il ricorso alla pena quando il suo scopo si possa raggiungere per altre vie meno onerose. Né lo è quando comporti costi non solo per l'autore ma anche per ulteriori beni giuridici di rilievo pari o maggiore a quello tutelato, in tali casi può esservi la rinuncia alla pena anche solo parziale.

6. Non si può accogliere una dottrina finalistica pura.

L'obiettivo di proteggere la società è uno *scopo esterno*, non interno, *all'istituzione della pena*, sul solco del pensiero liberale classico che giustifica la pena essenzialmente con argomenti *finalistici*. Tuttavia, come abbiamo anticipato, occorre tenere presente che a fronte di tale utilità sociale vi sono i *beni essenziali dell'individuo*, cosicché la funzione sociale della pena deve svolgersi in un determinato *contesto di valori esterni alla logica propria della prevenzione* [33], pertanto *non si può accogliere una dottrina finalistica pura* ma è necessaria l'introduzione di vari *limiti*, la cui articolazione e spiegazione costituisce la parte più importante di una *teoria liberale della pena*, per certi versi assimilabile, pur con significative differenze, alle teorie miste o unificatrici che, in estrema sintesi, attribuiscono alla fase della previsione legislativa la finalità di prevenzione generale. Va qui ricordato che è antico il tentativo di trovare un punto di incontro tra le teorie preventive e quelle retributive da parte di teorie dette eclettiche (per tutti Pellegrino Rossi 1787-1848). In Italia, sulla scia del pensiero anglosassone, si è elaborata una teoria cd. del *garantismo penale* [34]. Per altra impostazione, è la constatazione della incapacità della pena di rispondere agli scopi di utilità ad essa assegnati, sia di prevenzione generale che speciale, a richiedere l'elaborazione di una *teoria negativa* - non volta, dunque, alla legittimazione delle finalità manifeste della pena - che sia in grado di limitare il danno del sistema di giustizia [35].

7. I limiti nell'uso della pena. Il delitto in senso materiale. Il principio di *extrema ratio*.

I limiti fondamentali nell'uso della pena - da porsi sullo stesso piano delle finalità preventive [36] - per una teoria liberale, dunque attenta alla tutela dell'individuo nei confronti dello Stato, sono i seguenti.

(A) La previsione della pena e poi la sua applicazione ed esecuzione può essere proposta solo nei confronti di comportamenti che costituiscono *delitto in senso materiale*, la cui individuazione deve seguire il principio della tutela dei beni giuridici ed il principio del danno ad altri [37], quale derivazione del concetto di contratto sociale [38]. Peraltro, a rigore va detto che il concetto materiale di delitto, più che limitare, fonda la tutela penale.

(B) *Nella prospettiva esterna*, cioè nel confronto con gli altri strumenti di controllo sociale, a delimitare il diritto penale concorrono i principi di *extrema ratio-frammentarietà* e *sussidiarietà*, rispondenti a *giudizi di valore* e di *efficienza* del diritto penale rispetto alle altre istanze

esercita il suo dominio sulle persone che la compongono e ottiene che queste rispettino le norme.
[31] Hassemer (1990), pp. 316 ss.; Hassemer (2012), pp. 115 ss..
[32] Hassemer (1990), p. 319.
[33] García Pérez (1997), p. 380, n. 150.
[34] Ferrajoli (2004).
[35] Zaffaroni (2000).
[36] Cfr. Diez Ripollés (1997), 126.
[37] Cfr. Cocco (2019), pp. 9 ss..
[38] Schünemann (2012), pp. 66 ss..

di controllo sociale.

In *primo luogo*, in coerenza con il limite della necessità si tratti di delitto in senso materiale, l'oggetto della tutela penale va limitato *ai danni gravi per specifici tipi di beni giuridici che non possono essere altrimenti impediti*, ovvero il diritto penale deve essere utilizzato solo come *ultima ratio* contro comportamenti gravemente dannosi [39]. Principio il cui fondamento consiste nel fatto che il diritto penale è una tecnica che lede gravemente i beni (vita, libertà e onore) tutelati dalle costituzioni contemporanee di coloro ai quali rivolge la sua coercitiva attenzione - come afferma von Liszt «la pena è una spada a doppio taglio: tutela di beni giuridici attraverso la lesione di beni giuridici» [40], si può dunque ben affermare la costituzionalizzazione del principio di *extrema ratio*, che ammette il ricorso allo strumento penale nei soli casi di cd. *stretta necessità* [41]. Occorre tenere sempre a mente la idea basica del contratto sociale, secondo cui ciascun cittadino rinuncia alla libertà nella misura necessaria per rendere possibile la protezione reciproca [42]; è il favor *per la libertà individuale* il principio su cui basare la costruzione del fondamento del diritto penale e che ne costituisce un limite esterno, sia che lo si ponga come principio di filosofia sociale [43] sia che lo si ricavi - come detto - dalle carte costituzionali [44], cosicché l'impiego del diritto penale per la protezione dei beni giuridici *non può provocare più danni di benefici* [45]. I beni giuridici non sono, dunque, entità intangibili che pretendono - salvi casi eccezionali - una tutela assoluta, ciò spiega il dover essere *frammentaria* della tutela penale (*principio di frammentarietà*), anche nel corollario *minima non curat praetor* o della *minima offensività* [46], che legittima il ricorso alla pena solo per la tutela di beni di particolare rilievo contro gli attacchi di maggiore intensità, che concerne cioè solo determinate forme di aggressione al bene protetto, rimanendo l'area del penalmente rilevante sensibilmente più limitata rispetto all'area dell'antigiuridico presenta nell'intero ordinamento e, tanto più, rispetto a ciò che è reputato immorale [47]. Con questo principio è in stretta correlazione anche il *principio di proporzione* [48], su cui avanti.

8. I limiti nell'uso della pena. Il principio di sussidiarietà c.d. esterna.

[C] D'altra parte, è patrimonio comune della scienza penalistica contemporanea che il diritto penale, come strumento limitativo della vita e della libertà dei cittadini, interviene quando la tutela di beni giuridici non possa garantirsi con altri meccanismi efficaci [49]. Per individuare i quali occorre tenere presente che il *principio di sussidiarietà* stabilisce in generale una relazione tra persona e società [50], che si traduce dal punto di vista negativo nel fatto che lo Stato non può assumere funzioni che la persona o enti sociali intermedi sono capaci di assolvere, mentre in una prospettiva positiva significa che lo Stato deve prestare il suo aiuto nei casi in cui la persona, con misure di auto protezione (ad es. in Italia affida alle società sportive la sicurezza negli stadi), o l'ente sociale intermedio non sono in grado di soddisfare tali funzioni. Dunque, per il principio di sussidiarietà il ricorso alla pena è ammissibile solo quando le esigenze di tutela dei beni e dei diritti dei cittadini non possano essere soddisfatte, in prima battuta, per mezzo di *istanze antecedenti quella statale*. In effetti può accadere che il conflitto sociale derivato dalla lesione dei beni sia risolvibile in forma efficace attraverso gli agenti immediatamente implicati in essa, *l'autore e la vittima* (la persona offesa), e in tal senso

[39] Già Beccaria e Feuerbach (1847); Roxin (2006), pp. 45 ss.; Schünemann (2007), pp. 51 ss.; in generale, Husak (2004), 207; Jareborg (2005), 521; Demuro (2013), 1654; Demuro (2016), 60; il *Model Penal Code* parla di danni sostanziali.
[40] Von Liszt (1882/1883), e, più recentemente Kindhäuser (1990), 37.
[41] V. Cocco (2019), pp. 25 ss..
[42] Locke (1690); Beccaria (1764), § 2; su cui Kersting (2005); Koller (1987).
[43] Così Feinberg (1984), pp. 7 ss..
[44] Cfr. la dogmatica tedesca: Lagodny (1996); Appel (1998); Stächelin (1998); Hefendehl (2002), 26; Roxin (2006), §§ 2/9.
[45] Schünemann (2007), pp. 51 ss.; Jakobs (1991) 48, nm 26; Rudolphi, 35ª ed., nm 14.
[46] Per tutti Paliero (1985).
[47] Welzel (1967), pp. 4 ss.; Fiandaca, Musco (2014), 5, 32 S.; Maiwald (1972), p. 9.
[48] Böse (2003), pp. 89 ss.; Bunzel (2003), 96 ss. .
[49] Roxin (2006), § 2 n.m. 39. «Il diritto penale costituisce, rispetto agli altri rami dell'ordinamento giuridico dello Stato, l'*extrema ratio*, il momento nel quale soltanto nell'impossibilità o nell' insufficienza dei rimedi previsti dagli altri rami è concesso al legislatore ordinario di negativamente incidere, a fini sanzionatori, sui più importanti beni del privato» (C. cost. 21.5.1987, n. 189).
[50] Kaufmann (1974), 99.

si comprendono le riforme basate sulla mediazione [51]. In assenza di tale possibilità si può ricorrere alle istanze di controllo sociale informale, dunque diverse dallo Stato: *famiglia, scuola, associazioni*, etc.. Il diritto penale è una delle istanze di controllo sociale formale, cioè in mano agli organi statali, ed è certamente quella che porta con sé *maggiori costi*, per cui ad essa si può ricorrere solo quando le altre istanze statali quali i mezzi di polizia amministrativa o le misure statali di assistenza sociale, il diritto civile, amministrativo, etc., non risultano efficaci per la protezione dei beni giuridici [52], mentre si ha la certezza che lo sia il diritto penale (*principio di efficacia* [53]). Posizione che trova origine nella antica, più generale e analoga posizione sui fini del governo di Locke (1632-1704) [54], che limita la materia penale alla tutela delle proprietà (con ciò intendendosi anche vita e libertà) dei sudditi e quando sia indispensabile alla tutela della collettività. In questo contesto la più recente elaborazione sottolinea il concetto di *auto protezione della vittima*, nel senso che il diritto penale non può intervenire quando la vittima è in grado di difendersi solo che lo voglia [55], e oppone all'uso del diritto penale le *misure di prevenzione tecnica* [56] quali i controlli preventivi.

Si comprende, dunque, di norma l'*inammissibilità dell'uso del diritto penale* come *prima ratio* [57], ovvero quale strumento per dirigere e correggere lo sviluppo sociale, tipico delle legislazioni cd. *di lotta*, quali ad esempio in Italia e in Germania la lotta contro l'uso degli stupefacenti, in cui al diritto penale viene assegnata una funzione primaria autonoma.

Va, peraltro, evidenziato che *i principi di* extrema ratio *e di sussidiarietà non possono mettersi sullo stesso piano* [58], la *sussidiarietà* infatti ha un ruolo fondamentale ma comunque *subordinato rispetto al primo*, con cui è comunemente confusa, nel senso che la valutazione della efficacia degli altri strumenti di tutela va effettuato con riguardo a quei fatti illeciti che abbiano già superato il vaglio della *frammentarietà*, altrimenti potrebbero sanzionarsi penalmente fatti insignificanti solo perché si constati l'assenza di altri strumenti validi a prevenirli, il che oltretutto finirebbe per sminuire il ruolo del principio di frammentarietà e rendere inutile la stessa delineazione di un concetto materiale di reato.

Non è condivisibile, infine, l'assunto secondo cui il principio di sussidiarietà quale limite della punizione non vale per la comminatoria ma solo nella prospettiva interna e dunque per la applicazione della pena nel caso singolo [59], pur avendo un ruolo anche in queste ultime peraltro da bilanciare con il principio di certezza della pena. *Il principio di sussidiarietà deve affermarsi*, in primo luogo, *proprio nella fase della previsione della norma penale* in presenza di fatti pur meritevoli di sanzione penale per i quali comunque essa non sia necessaria. Diversamente da quanto si sostiene [60], il contenuto censorio, e non solo privativo di diritti, attribuito alla pena non impedisce comunque di effettuare un giudizio di necessità già nella fase della comminatoria penale e, quindi, escludere la pena un fatto pur obiettivamente considerabile delitto secondo la concezione materiale se vi siano altri strumenti capaci di svolgere una adeguata funzione di prevenzione generale almeno pari a quella che potrebbe svolgere la previsione della pena. Infatti, il complesso istituto della pena è al servizio nel suo insieme, e dunque anche la funzione espressiva o comunicativa che lo caratterizza rispetto alle altre sanzioni [61], dello scopo generalpreventivo della comminatoria penale, cosicché in presenza di altri strumenti idonei a

[51] V. Cocco (2017).
[52] Hörnle (2006), pp. 36 ss.; Demuro (2013), 1656 s..
[53] Demuro (2013), 1660 s.
[54] Locke (1690)..
[55] Hörnle (2006).
[56] Hefendhel (2006), pp. 48 ss..
[57] V. Wohlers (2006), pp. 54 ss.. A tal proposito va anche considerata la affermazione (Tiedemann, 2014) che *l'uso del diritto penale in materia economica* può essere *meno invasivo per le libertà dei soggetti* interessati, poiché per evitare il suo intervento è sufficiente osservare la norma, rispetto ai sistemi preventivi i quali restringono necessariamente la libertà di tutti i partecipanti alla vita economica. Si tratta di osservazione fondata ma non idonea a inficiare il principio di *extrema ratio*, basato sui diritti di libertà dei cittadini, il quale al contrario ne risulta rafforzato, nel senso che certamente rispetta il principio l'uso del diritto penale quando, oltre a tutelare i beni giuridici e a offrire le maggiori garanzie che le sono proprie, evita la messa in campo di pervasivi sistemi preventivi tali da soffocare le libertà e, in particolare, quelle d'impresa, come nel caso dei reati della crisi d'impresa, che certamente sono rispettosi del principio di *ultima ratio*. Indubbiamente il principio di *ultima ratio* impone una valutazione complessiva di strumenti e soggetti coinvolti (Tiedemann, 2014), al fine di pesare gli effetti degli interventi sulle libertà delle persone coinvolte, e quando l'uso del diritto penale classico di evento dannoso offre maggiori spazi e garanzie per le libertà dei cittadini rispetto a soffocanti sistemi preventivi deve essere preferito proprio in ragione del principio di sussidiarietà, che vale ogni qual volta al diritto penale non possa anteporsi uno strumento meno invasivo delle libertà dei cittadini ed altrettanto efficace.
[58] *Contra,* sembra Roxin (2013), 14.
[59] Nel senso criticato Seher (2006), pp. 70 ss..
[60] Seher (2006), pp. 70 ss..
[61] Per una sintesi in tema Cocco (2018), pp. 32 ss.

tale scopo il detto carattere espressivo non può impedire di fare a meno della previsione del reato. Solo una prospettiva meramente retributiva potrebbe impedire di riconoscere validità al principio di sussidiarietà in presenza di un delitto in senso materiale. Ciò può affermarsi anche quando si reputi necessario prevedere un reato, ma siano previste cause di non punibilità [62].

Il principio di sussidiarietà vale anche quando il ricorso alla pena non sia necessario perché il suo scopo è stato raggiunto con mezzi che non si possono ricondurre direttamente ai soggetti implicati nel conflitto o ai sistemi informali e formali di controllo sociale richiamati, come nel caso della cd. *pena naturale*, ovvero quando la condotta illecita causi gravi conseguenze all'autore, che paiono come un autentico male derivato dalla violazione della norma che di fatto annulla la violazione con l'effetto di assicurare la fiducia dei cittadini nella validità della norma senza che sia necessario ricorrere alla pena [63].

9. I limiti fondamentali nell'uso della pena. L'essere umano non è un mezzo. La pena deve essere proporzionata, in primo luogo nessuna pena crudele.

(D) Gli scopi general-preventivi della pena non possono realizzarsi sacrificando *beni essenziali della persona*, cioè a spese dell'individuo, cui deve *potersi muovere un rimprovero* per la lesione dei beni giuridici in violazione della norma che li sanziona (*responsabilità personale colpevole*), principio che si ricava dal concetto di dignità dell'uomo e dal principio dello stato di diritto e della relativa idea di giustizia. Seppure sia chiaro che la prevenzione generale spietata degli stati totalitari può ben trarre profitto dal colpire persino l'incolpevole. L'assenza di colpevolezza opera quale primario sbarramento all'applicazione della pena, fintantoché in questa si riconosca anche un rimprovero etico-sociale nei confronti del fatto commesso [64]. In tal modo si soddisfa il divieto kantiano di trattare l'uomo come un mezzo [65], non nel senso di individuarvi il fondamento della pena (come nelle teorie retributive), bensì *quale limite liberale insuperabile della reazione punitiva*, giacché il sentimento di giustizia della comunità non può essere soddisfatto quando la applicazione della pena non corrisponde alla colpevolezza del responsabile [66], dunque *nessuna pena senza colpevolezza*. Non può del resto parlarsi di fallimento della prevenzione primaria quando un soggetto non sia in grado di motivarsi conformemente alla norma. Negano il principio le forme di responsabilità oggettiva previste anche nel codice Rocco e preoccupantemente riemergenti ogni qual volta anche nei tempi presenti si voglia risolvere un problema con lo strumento penale.

(E) *La pena deve essere proporzionata*, il che richiede la comparazione di probabilità e rilevanza del danno ai beni giuridici con l'interesse dei cittadini alla libertà e a una corretta ripartizione dei carichi, nonché con lo sforzo degli organi dello Stato per la persecuzione del delitto, anche in assenza di strumenti di altra natura idonei a prevenire il danno. In tale ottica la pena - oltre ad essere idonea a conseguire le finalità di prevenzione generale e necessaria, cioè non sostituibile con altrettanto idoneo strumento, concetti che abbiamo ascritto alla sussidiarietà [67] quale limite autonomo legato al valore della libertà - deve essere *adeguata* o *esigibile* ovvero *proporzionata in senso stretto* cioè deve essere accettabile in uno lo Stato di diritto [68], concetto legato al riconoscimento della dignità dell'uomo, che non può essere usato per finalità generalpreventive. Proporzionalità che postula un bilanciamento dei beni e degli interessi che con la pena debbono essere protetti, rispetto all'entità della lesione conseguente al suo utilizzo [69]. Il rilievo del principio è riconosciuto, al pari del principio di legalità, dall'art. 49 n. 3 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (cd. *Carta di Nizza*) secondo cui «le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato», che rileva nell'ordinamento nazionale attraverso l'art. 117 co. 1° Cost..

[62] Ampiamente in tema Cocco (2017), per la fondazione della non punibilità, in particolare quella sopravvenuta, sul principio di sussidiarietà esterna.
[63] Jakobs (1991), p. 13; García Pérez (1997), 342; Cocco (2017), *passim*.
[64] Frisch (2014), pp. 166 ss..
[65] Hoskins (2011), pp. 369 ss..
[66] Mapelli Caffarena (2005), p. 62.
[67] Cfr. Roxin (2006), § 2 n.m. 41.
[68] Hassemer (2006), pp. 121 ss..
[69] Dechsling (1989), pp. 7 ss..

(E.a) In primo luogo, dunque, *le pene non debbono essere così severe da essere crudeli o inusuali* (*cruel and unusual* nel linguaggio del *Bill of Rights*; *trattamenti contrari al senso di umanità ex* art. 27 co. 3° Cost.; *pene o trattamenti inumani e degradanti ex* art. 3 Cedu). Anche la giurisprudenza europea collega il divieto di pene «inumane e degradanti» al principio di proporzione [70].

Pacificamente *vietata la tortura*: l'art. 13 co. 4° Cost. è la sola disposizione costituzionale ad imporre una tutela penale: «è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà», tuttavia nel nostro ordinamento non era previsto uno specifico delitto fino alla recente approvazione della legge n. 110/2017 di '*Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*', che ha inserito nel codice penale, tra i delitti contro la libertà morale dell'individuo, gli artt. 613*bis* (*Tortura*) e 613*ter* (*Istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura*). Ma occorre ricordare più in generale - come diceva Beccaria - che una pena socialmente inutile è crudele, ed il principio va inteso nel senso che non solo è escluso l'uso della pena di morte e della tortura, ma anche delle sanzioni per l'appunto sproporzionate, *già in astratto*, rispetto al fatto (delitto in senso materiale) ed alla colpevolezza quand'anche le sole efficienti e non sostituibili con altre: prevedere una sanzione draconiana per prevenire i micro furti (ad es. di un frutto) nei supermercati e nelle campagne, quand'anche sia l'unico strumento efficiente disponibile, non è comunque accettabile, poiché produce un danno sociale (emarginazione, diseconomie, costi economici *stricto sensu* [71]) superiore all'utile. Altrettanto inaccettabile è sanzionare nello stesso modo delitti dolosi e quelli colposi.

Una recente formulazione del principio di proporzione, che lo lega alla stessa idea di giustizia e di uguaglianza, ne individua tre elementi coessenziali: adeguatezza, necessità ed esigibilità, o proporzione in senso stretto, volti a porre un chiaro limite agli interventi del diritto penale [72]. Il primo - che evoca l'*adeguatezza* del mezzo per raggiungere lo scopo - esprime una moderna razionalità del diritto legata alla causalità empiricamente fondata, in altre parole l'avvertimento di una sanzione penale deve essere in grado di ridurre al minimo i comportamenti vietati sulla base di valutazioni non fondate su atti di fede ideologici ma su dati di realtà scientificamente considerati. La *necessità* esprime una moralità classica del diritto: tra una pluralità di mezzi adeguati al raggiungimento del fine deve essere scelto quello che costituisce il minor onere per la persona colpita. L'*esigibilità* del mezzo impiegato per raggiungere un determinato fine costituisce un ulteriore parametro che consente di verificare la proporzione o meno dell'intervento penale nel suo complessivo significato, ad esso si ascrivono il principio del *ne bis in idem* (non si può essere puniti due volte per lo stesso fatto), la misura della colpevolezza quale limite della pena e, più radicalmente, l'idea che vi possono interventi utili e persino miti a cui lo Stato deve comunque rinunciare, in particolare per rispettare la sfera intima della persona in cui non può entrare, ad esempio i colloqui intimi nella sfera privata, i diari, lo stesso uso della tortura per ottenere notizie decisive [73].

Il principio di proporzione riconosciuto, nella versione più ampia, quale principio costituzionale dalla giurisprudenza costituzionale tedesca in funzione di controllo dell'attività legislativa sembra assimilabile al controllo di costituzionalità secondo il *principio di ragionevolezza* operato dalla nostra giurisprudenza costituzionale [74], controllo in ambedue i casi effettuato con notevole *self restraint*. In questa prospettiva, comunque, il principio di ragionevolezza/proporzione deve contribuire ad affinare l'utilizzazione del principio di offensività, componente essenziale del delitto in senso materiale, e non sostituirlo [75].

Occorre, infine, evidenziare che ai sensi della Cedu (art. 1, Prot. n. 1) il *principio di proporzione* vincoli anche qualsiasi forma di restrizione della *proprietà privata* da parte della pubblica autorità.

[70] Cfr. C. edu G.C., 9.7.2013, Vinter c. Regno Unito; Viganò (2017), 65.
[71] Paliero (1990), 461 ss..
[72] Hassemer (2012), pp. 153 ss.; anche, per il ruolo del principio di uguaglianza, Pulitanò (2017), pp. 49 ss..
[73] Hassemer (2012), pp. 160 ss..
[74] Tale concetto è ben enucleato da Corte cost. 6.7.1989, n. 409, la quale, distinguendolo dal principio di *extrema ratio* (o sussidiarietà), individua le violazioni del principio di proporzionalità (o razionalità rispetto ai valori) quando le incriminazioni, pur idonee a conseguire gli scopi preventivi, producano danni agli interessi individuali e sociali sproporzionatamente maggiori dei vantaggi perseguiti per la tutela dei beni giuridici.
[75] Problema posto da Manes (2005), p. 137; e Donini (2013), p. 12.

10. I limiti nell'uso della pena. La pena deve essere proporzionata ovvero adeguata al fatto e alla colpevolezza, in astratto e in concreto.

(E.b) Di siffatto complesso discorso va sottolineata, in particolare, la necessità della *adeguatezza della pena al fatto e alla colpevolezza* quale limite alle finalità generalpreventive, espresso dalla tradizionale affermazione che ad un delitto più grave deve corrispondere una più severa pena e viceversa [76], pena che non è prevista e poi applicata e poi eseguita *legittimamente* nei casi in cui anche un leggero eccesso rispetto alla severità meritata promette di produrre una riduzione anche considerevole del crimine [77]. Un esempio di cattiva applicazione giurisprudenziale del principio è il tentativo - espandendo la nozione di dolo eventuale - di parificare il trattamento di ipotesi di omicidio colposo a quello doloso. Esempio di discutibile uso legislativo pare la riforma del cd. *omicidio stradale* che fallito il detto tentativo, prevede sanzioni severe per le *nuove* figure di reato (art. 589 *bis*), pur qualificate come colpose, equiparabili a quelle relative a ipotesi dolose [78]. Non conforme anche l'ipotesi in cui un trattamento più severo sia legato a qualità personali del soggetto ritenute del tutto estranee al commesso reato [79].

In generale è fondamentale ricordare che «solo un ordinamento penale sentito come giusto nel suo insieme può portare la generalità dei destinatari a una obbedienza giuridica volontaria; se invece si avverte che beni primordiali sono già in astratto privi di tutela o di tutela adeguata, mentre altri beni di rango assai inferiore formano oggetto di una protezione oltranzista, allora l'intero sistema penale perde la sua capacità di orientamento e di guida, e si pervertisce, sino a diventare uno dei principali fattori criminogeni» [80]. Una *pena sentita come ingiusta non funziona da deterrente* [81].

Ciò vale, in primo luogo, per la *pena prevista in astratto per ciascun reato* (la c.d. *commina-toria edittale*). Contestabile, dunque, il pensiero di Feuerbach secondo cui la pena meritata è quella prevista dalla legge, la cui misura dipende dallo scopo di intimidazione, perché presenta il rischio di eccessi, che si constatano nel codice penale bavarese del 1813 sua opera, con la previsione di pene assai severe anche per reati di scarsa gravità, da cui non sembra distaccarsi von Liszt [82], pur in una prospettiva special-preventiva, quando afferma che «la pena corretta, cioè giusta, è la pena necessaria».

(E.c) Vale, inoltre, per quella *applicata all'autore del singolo fatto di reato*, nel momento della individualizzazione della pena, quando deve fissarsi la pena tra un minimo e un massimo. Non sono legittime le sanzioni che, perseguendo scopi di prevenzione generale siano superiori a quanto corrisponde alla gravità del fatto oggettivamente e soggettivamente [83]. E vale anche con riferimento alle limitazioni alle libertà delle persone nel corso del procedimento penale: l'art. 275 co. 3° c.p.p. richiede che la custodia cautelare in carcere possa essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata.

In particolare, il *principio di proporzione* vale nei confronti attribuzione alla recidiva di automatici effetti moltiplicatori della sanzione [84]. Sono evidenti oltretutto gli effetti criminogeni

[76] Gli illuministi [ma già Tommaso Moro (1478-1535)] sottolineano la necessità che la pena sia proporzionata al reato [Montesquieu (1689-1755), Federico II di Prussia (1712-1786), Eden (1745-1814), Franklin (1706-1790)]. In part. Beccaria (1764) ne evidenzia le ragioni general-preventive: oltre a minare il senso morale della differenza di gravità dei crimini, si elimina ogni incentivo dal trattenersi da quelli più gravi (XXIII) (riproposto ad es. da Mapelli Caffarena (2005), p. 60). Blackstone (1765-1769), IV, 1, quelle pragmatiche: la eccessiva severità può condurre alla disapplicazione delle pene da parte delle giurie popolari (nonché dei giudici togati, così Antolisei (2003), p. 689).
[77] Günther (2010), p. 95.
[78] Pisa (2016), 145. Già in tal senso C. cost. sent. 5-24.5.1979, n. 26, che giudicò illegittimo l'identico trattamento di omicidio e tentato omicidio del superiore nell'art. 186 co. 1° c.p.m.p..
[79] C. cost. 5-8.7.2010, n. 249, sull'illegittimità dell'aggravante *ex* art. 61 co. 11*bis* relativa a chi si trovi illegalmente sul territorio nazionale.
[80] Marinucci (1974), p. 483.
[81] Lüderssen (1995) pp., 99 ss.; Günther (2010), p. 96; Montada (1998), 867.
[82] Von Liszt (1882/1883), 46.
[83] Hassemer (1979), 29 ss..
[84] In tema C. cost. 23.7.2015, n. 185, che li giudica illegittimi, non solo in applicazione - come nei casi di applicazione obbligatoria della custodia in carcere già esaminati - del principio *ex* art. 3 Cost. secondo cui gli automatismi sanzionatori, in quanto comprimono i diritti fondamentali della persona, debbono fondarsi su una attendibile *base statistica* che limiti drasticamente gli scarti tra la *ratio* che li giustifica e l'applicazione nei casi concreti, ma anche sulla base del principio di proporzionalità; cfr. anche C. cost. sent. n. 74/2016, che dichiara l'illegittimità cost. dell'art. 69 co. 4°, mod. dalla l. *ex* Cirielli, nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante *ex* art. 73 co. 7, d.P.R. n. 309/1990 sulla recidiva reiterata *ex* art. 99 co. 4°; e C. cost. sent. 17.7.2017, n. 205, analogamente con riferimento alla circostanza attenuante *ex* art. 219 co. 3° l.f.

di siffatti meccanismi, esemplare l'attribuzione nel film *Blood Work* (Debito di sangue) 2002 [85] alla legge del *Three strike out* [86] dell'attività pluriomicida di un *serial killer*.

Va rilevato che la Corte cost. italiana riconosce il *principio di proporzionalità* quale componente del *volto costituzionale* dell'illecito penale ricavandolo dai principi di *uguaglianza* e di *necessaria finalizzazione rieducativa della pena* [87], una sanzione eccessiva viola, dunque, congiuntamente gli artt. 3 co. 1° e 27 co. 3° Cost..

Anche i retribuzionisti italiani (per tutti Giuseppe Bettiol) notano che *la pena retributiva salva il diritto penale da ogni eccesso e garantisce i diritti fondamentali dell'uomo*. Assume, dunque, un ruolo quale limite il cd. *retribuzionismo negativo* secondo cui la pena è giustificata solamente se meritata [88], il quale impedisce ad esempio la punizione intenzionale dell'innocente e la punizione eccessivamente severa del colpevole [89] - di cui, peraltro, abbiamo già evidenziato la disfunzionalità anche con la prevenzione generale - secondo la nota posizione di Kant, secondo cui la pena è meritata a causa del delitto commesso (e sotto il profilo della misura individua una equazione tra gravità del reato e severità della pena).

Questo limite è *il punto di maggiore distacco* delle posizioni liberali dalle *tesi pure della prevenzione generale negativa*: è chiaro che delle tendenze delinquenziali presenti nella società non può rispondere il singolo autore del reato, che altrimenti diverrebbe un *capro espiatorio*, il quale risponde unicamente del proprio comportamento.

(E.d) Poiché è diffusa in dottrina, come detto, la posizione che applica i principi della pena utile e di quella giusta distribuendoli nei diversi momenti, così: nella previsione legislativa il fine della pena è la prevenzione generale; nella applicazione/determinazione il fine di prevenzione generale è limitato dalla gravità del fatto e dalla colpevolezza; nella esecuzione, invece, divengono preponderanti i fini di risocializzazione (prevenzione speciale) [90]. Occorre ribadire che quanto osservato sui limiti posti dalla *pena giusta* vale, a nostro avviso, in primo luogo con riguardo alla *pena edittale* prevista dalla legge, che deve essere determinata e in misura proporzionata alla gravità del fatto. Di conseguenza, è posto un *fermo limite* anche ai sostenitori della *pena giudizialmente indeterminata per finalità di prevenzione speciale*, i quali sostengono che solo i tecnici incaricati del trattamento (e non i giudici) possono stabilire la pena necessaria a tali fini, a cui consegue il risultato inaccettabile che le sanzioni per un fatto di minimo rilievo commesso da un soggetto molto pericoloso siano di misura più severa rispetto a quelle per un fatto molto grave commesso da un soggetto che non presenta rischi di recidiva. La più seria obiezione ad una *applicazione pura della prevenzione speciale positiva* è che le sue tesi risocializzanti e la conseguente durata indeterminata della pena concernono un diritto penale che non c'è, la prigione si caratterizza nei fatti per la sua organizzazione antipedagogica e stigmatizzante chi la subisce (e così vogliono in ultima analisi i teorici della funzione espressiva della pena). Gli strumenti risocializzanti sono sproporzionatamente deboli rispetto alla missione tanto complessa e ampia come quella di assicurare il reinserimento del delinquente nella società dopo l'esecuzione della pena [91].

[85] Diretto e interpretato da Clint Eastwood.
[86] Su cui Cocco (2018), p. 26.
[87] V. C. cost. 2.7.1990, n. 313; 28.7.1993, n. 343; 22.7.1994, n. 341, che intervenne sulla sanzione minima edittale dell'oltraggio ritenuta eccessiva; 23.3.2012, n. 68; 15.11.2012, n. 251. Di particolare rilievo C. cost 10.11.2016, n. 236 – su cui Dolcini (2016), p. 1956; Insolera (2016), p. 174; Manes (2016), p. 2105; Pulitanò (2017), 51 - (conf. C. cost. 13.7.2017, n. 179), sulla sanzione del reato di *alterazione di stato mediante false dichiarazioni o certificazioni*, la quale nega «legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni», ed evidenzia che «il principio di proporzionalità esige un'articolazione legale del sistema sanzionatorio che renda possibile l'adeguamento della pena alle effettive responsabilità personali, svolgendo una funzione di giustizia, e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale, in armonia con il *volto costituzionale* del sistema penale».
[88] Dolinko (1991), pp. 539 ss..
[89] V. per tutti Hart (1968), su cui Lacey (1988), pp. 46 ss.; Morison (1988), p. 117; Primoratz (1999), § 6.6.; Scheid (1990), p. 143.
[90] Per tutti v. Roxin (1973).
[91] Mapelli Caffarena (2005), pp. 53/54.

11. I limiti fondamentali nell'uso della pena. Il principio di sussidiarietà cd. interno. Le garanzie processuali. Il principio di uguaglianza.

(F) Il *principio di sussidiarietà cd. interno*, secondo cui, poiché il diritto penale possiede diversi strumenti per raggiungere i suoi fini, al suo interno va stabilito un ordine di preferenza tra le diverse sanzioni e si può ricorrere a quelle più gravi solo quando le più lievi risultino inefficaci, in tal senso la pena detentiva è sussidiaria rispetto alla pena pecuniaria [92]. Principio che va di pari passo con il *principio del minimalismo*, che può appunto dirsi espressione del principio di *extrema ratio* da un punto di vista interno, cioè la pena meno severa deve essere preferita a quella più severa quando osserva i principi precedenti e sostanzialmente non avrà minori effetti preventivi per specifiche offese e specifici rei [93]. Un approccio liberale classico scolpito da Beccaria: «in generale il peso della pena e la conseguenza di un delitto dev'essere la più efficace per gli altri e la meno dura che sia possibile per chi la soffre, perché non si può chiamare legittima società quella dove non sia principio infallibile che gli uomini si siano voluti assoggettare ai minori mali possibili» - riproposto sotto varie vesti nel pensiero penalistico contemporaneo, fino alle posizioni più radicali di Baratta.

(G) Le pene non possono essere imposte in modi che violano i diritti degli accusati e dei condannati, ovvero specificamente: le *garanzie processuali* (*due process of law*), a partire dalla *presunzione di innocenza*, nonché il principio di *uguaglianza davanti alla legge* (*equal protection of the laws*). Quanto alle prime garanzie occorre sottolineare i pericoli della ricerca di un colpevole ad ogni costo per rassicurare la collettività sulla efficienza del sistema (ovvero per esigenze di prevenzione generale) o per esigenze di giustizia sostanziale (ovvero per scopi retributivi) fuori dalle regole procedurali, così come dei tentativi di *flessibilizzazione processuale* in nome della giustizia istituti sostanziali quali il nesso di causalità, sostituito da concetti quali l'aumento del rischio, e il dolo, esteso fino a ricomprendere situazioni evidentemente colpose [94].

Per il *principio di eguaglianza*, invece, in particolare è pericolosa la *criminologia cd. attuariale* dei vati della tolleranza zero, che utilizza i procedimenti tipici della matematica delle assicurazioni [95], in particolare classificando i soggetti in gruppi di popolazione definiti statisticamente in base ad un maggiore o minore tasso di pericolosità [96], legato a fattori che non hanno ad oggetto l'individuo ma la classe di soggetti pericolosi in cui è inserito, i quali si vogliono sottoposti a particolare sorveglianza e a interventi selettivi contenitivi o neutralizzanti a prescindere dal loro effettivo comportamento e da eventuali responsabilità [97]; quasi un ritorno alla *giustizia di censo* superata da oltre due secoli di tradizione giuridica liberale fondata sul principio di eguaglianza davanti alla legge quale strumento principale per contenere gli abusi del potere punitivo e sulla responsabilità personale per il reato commesso [98]. Il principio di uguaglianza costituisce, poi, un antidoto al *diritto penale del nemico.*

12. Conclusioni.

In conclusione, il complesso di *limiti liberali* delineati *esclude l'ammissibilità di un puro sistema di deterrenza*, il quale mira semplicemente a dare ai potenziali rei ragioni prudenziali per osservare la legge; ma si tratta di un genere errato di ragioni perché, invece di indirizzarli come agenti responsabili con le ragioni che giustificano i precetti legislativi [99], li indirizza come esseri soltanto egoisti, con il linguaggio coercitivo della minaccia secondo la classica obiezione hegeliana [100]. L'introduzione dei detti limiti garantisce che la previsione della pena, non minacci, ma annunci come conseguenza della violazione della norma la pena, istituzione

[92] Zipf (1980), p. 53; Niggli (1993), p. 239.
[93] Bedau, Kelly (2010); Ferrajoli (2004)., 325, 391; Prieto Sanchís (2011), 57; Silva Sánchez (1992), 243; Demuro (2013), 1661.
[94] Esemplare in negativo la sentenza del Tribunale di Torino sul caso Tyssen Krupp.
[95] Ewald (1991); Wacquant (2000); Wilson (1975).
[96] Ewald (1991), 195.
[97] V. anche l'analisi di Mosconi (2002), 369.
[98] Santoro (1997); Castel (1991); Ferrajoli (2004).
[99] V. Cocco (2019), cap. I, § 3 s.,
[100] Hegel (1821), trad. 246; riproposto da Lewis (1953), pp. 224 ss.; Morris H. (1968), 475; von Hirsch (1993) 9-14; Allen (1998), § 1, 3.

la quale si caratterizza come male [101]. Un sistema così congegnato può essere compatibile con il rispetto dei soggetti puniti, o avvertiti di pena, in quanto costituisce una specie di *autodifesa della società* [102], oppure perché offre agli interessati, sordi all'appello morale della legge, ragioni prudenziali che possono comprendere [103]. E, al di là dell'oscurità nelle sue implicazioni (malgrado i secolari e contrastanti sforzi dei filosofi) del divieto kantiano di usarsi reciprocamente «soltanto come mezzi», può escludersi che la sanzione dell'autore volontario di un delitto previsto dallo Stato di diritto ed accertato secondo le sue regole lo tratti soltanto come mezzo [104]. Infatti, chi volontariamente viola la legge penale *perde almeno alcuni diritti comunemente riconosciuti ai cittadini* e nei suoi confronti sono legittimi tipi di trattamento (ad es., riformativo o neutralizzatore) che normalmente costituiscono violazioni dei diritti [105].

Se non mancano critiche alla pena così considerata, a cui si ascrive di infettare il formalismo giuridico impedendo a priori di trattare in modo equivalente reati identici [106], occorre riconoscere che l'attribuzione alla pena di finalità *generalpreventive limitate*, ovvero che offre ai soggetti insensibili alle ragioni morali *ragioni prudenziali di freno al crimine*, costituisce la forma più plausibile di una sua giustificazione. Attraverso il sistema penale tutti vengono egualmente avvertiti che mettono a rischio i propri diritti se tengono intenzionalmente specifici tipi di condotta dannosa [107]. Resta dunque imprescindibile la prospettiva di prevenzione generale, che può anche definirsi *nuova* [108] nei termini in cui sia volta ad un *ridimensionamento progressivo della materia penale e dell'uso del carcere* per dare spazio ad altre forme di intervento che prevengano i comportamenti criminosi. In primo luogo, con l'intervento sulle cause socio-economiche e i processi culturali che determinano il diffondersi della criminalità [109] e, sul piano che direttamente ci interessa, con lo sviluppo di sanzioni diverse dalla detenzione, attingendo anche alle pene accessorie che possono essere ridefinite in pene principali, lavoro socialmente utile, detenzione di fine settimana. Inoltre, con l'applicazione di sanzioni alternative già in sede di cognizione: pena pecuniaria, sanzioni interdittive e detenzione domiciliare [110]. Infine, con lo sviluppo di istituti che valorizzino la riparazione del danno e la tutela degli interessi materiali della vittima, nonché dove ammissibile (non certo, ad esempio, in materia di violenza sessuale) e utile ai fini preventivi con la mediazione per la soluzione dei conflitti impliciti a varie forme di criminalità.

Bibliografia

Ackerman, Bruce A. (1980), "Social Justice in the Liberal State" (New Haven, Yale University Press)

Alexander, Lawrence (1980), "The Doomsday Machine: Proportionality, Punishment and Prevention", The Monist, v. 63, pp. 199–227

Allen, Francis (1998), "Decline of the Rehabilitative Ideal", in von Hirsch, Andrew e Ashworth, Andrew (ed.) (1998), *Principled Sentencing. Readings on Theory and Policy: Readings on Theory and Policy* (2ª ed., Oxford, Hart pub.)

Ambrosetti, Enrico (2019), "La legge penale nel tempo", in Cocco, Giovanni e Ambrosetti, Enrico (eds.), *Trattato breve di diritto penale. Parte generale*. I-1, *La legge penale* (2 ed., Padova, Cedam-Wolters Kluwer)

[101] Neumann (2007), p. 438.
[102] Alexander (1980), p. 199; Quinn (1985), p. 327; Farrell (1985), p. 367; Farrell (1995), p. 220; Montague (1995); in Italia Antolisei (2003), p. 691.
[103] Baker (1992), 149; inoltre Duff (2001), § 1.3, 3.1-3.; Duff (2013).
[104] Cfr. Walker (1980), 80 s..
[105] Goldman (1982), pp. 57 ss.; Morris (1991), pp. 53 ss.; Wellman (2012), pp. 371 ss..
[106] Cacciari (2002), 243; Ross (1972), pp. 223 ss..
[107] Hart (1968).
[108] Mosconi (2002), p. 369; Ferrajoli (2004); Baratta (1990), p. 19; Baratta (1982); Silva Sánchez (1992).
[109] *Amplius* Mosconi (2002), p. 370.
[110] Bartoli (2013), pp. 739 ss.; Menghini (2008), p. 263.

Antolisei, Francesco (2003), "Manuale di diritto penale, parte generale) (16ª ed., agg. Conti, Milano, Giuffré)

Appel, Ivo (1998), „Verfassung und Strafe" (Berlin, Duncker & Humblot)

Bacigalupo, Enrique (1998), "Principios de Derecho Penal, Parte General" (5ª ed., Madrid, Akal)

Baker, Brenda M. (1992), "Consequentialism, Punishment and Autonomy", in Cragg, Wesley (ed.), *Retributivism and its Critics*, (Stuttgart, Franz Steiner Verlag), pp. 149 ss.

Baratta, Alessandro (1982), "Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale" (Bologna, Meltemi)

Baratta, Alessandro (1990), "Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico", in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, *Saggi teorico-giuridici* (Milano, Giuffrè), pp. 19-49;

Barry, Brian (1991), "Theories of Justice. A Treatise on Social Justice" (Berkeley, University of California Press)

Bartoli, Roberto (2013), "Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere (appunti 'sistematici' per una riforma 'mirata' del sistema sanzionatorio)", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 715-741;

Beccaria, Cesare (1764), "Dei delitti e delle pene" (nella vulgata di Morellet 1766, ed. a cura di Pisapia G.D., Milano, Giuffrè, 1973)

Bedau, Hugo Adam e Kelly, Erin (2003), "Punishment", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (online)

Blackstone, William (1765-1769), *Commentaries on the Laws of England*, vol. I-IV, (Oxford, Clarendon Press)

Böse, Martin (2003), „Grundrechte und Strafrecht als 'Zwangsrecht", in Hefendehl, Roland e von Hirsch, Andrew e Wohlers, Wolfang (eds.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* (Baden-Baden, Nomos), pp. 89-95

Bunzel, Michael (2003), „Die Potenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze des Rechtsgüterschutzes in der Informationsgesellschaft", in Hefendehl, Roland e von Hirsch, Andrew e Wohlers, Wolfang (eds.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* (Baden-Baden, Nomos), pp. 96-118

Cacciari, Massimo (2002), "Due passi all'inferno. Brevi note sul mito della pena", in Curi, Umberto e Palombarini, Giovanni (eds.), *Diritto penale minimo* (Roma, Donzelli), pp. **243**-54

Castel, Robert (1991), "From Dangerous to Risk", in Burchell, Graham e Gordon, Colin e Miller, Peter (eds.), *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, (Chicago, The University of Chicago Press), pp. 281-298

Cocco, Giovanni (2017), "La punibilità quarto elemento del reato" (Padova, Cedam-Wolters Kluwer)

Cocco, Giovanni (2018), "Storia e attualità", in Cocco, Giovanni e Ambrosetti, Enrico (eds.), *Trattato breve di diritto penale. Parte generale*. II. *Punibilità e pene* (2ª ed., Padova, Cedam-Wolters Kluwer)

Cocco, Giovanni (2019), "Il fondamento", in Cocco, Giovanni e Ambrosetti, Enrico (eds.), *Trattato breve di diritto penale. Parte generale*. I-1, *La legge penale*, (2ª ed., Padova, Cedam-Wolters Kluwer)

Dechsling, Rainer (1989), „Das Verhältnismäßigkeitsgebot" (München, Vahlen)

Demuro, Gian Paolo (2013), "*Ultima ratio*: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1654 ss.

Demuro, Gian Paolo (2016), "Diritto penale come ultima ratio: deflazione del sistema penale nella recente normativa", in Cocco, Giovanni (ed.), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Padova, 2016, pp. 60 ss.

Diez Ripollés, José Luis (1997), "El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista", *Jueces para la Democracia*, n. 30, pp. 10-19

Dolcini, Emilio (2016), "Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1949-1964

Dolinko, David (1991), "Some Thoughts about Retributivism", *Ethics* vol. 101, n. 3, 537-559

Donini, Massimo (2013), "Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei", *Diritto penale contemporaneo-Rivista trimestrale*, n. 4, pp. 4-43.

Duff, R. Antony (2001), "Punishment, Communication, and Community" (New York, Oxford University Press)

Duff, R. Antony (2013), "Legal punishment", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*

Dworkin, Ronald (1986), "Law's Empire" (Cambridge, Harvard University Press) [trad., *L'impero del diritto*, Milano, 1989];

Eisemberg, Ulrich (2000), „Kriminologie" (5ª ed., München, Beck.)

Ewald, Francois (1991), "Insurance and Risk", in Burchell, Graham e Cordon, Colin e Miller, Peter (eds.), *The Foucault Effect. Studies in Governmentality* (Chicago, University of Chicago Press), pp. 197-210

Farrell, Daniel M. (1985), "The Justification of General Deterrence", *Philosophical Review* 94 (3), pp. 367-394

Farrell, Daniel M. (1995), "Deterrence and the Just Distribution of Harm", *Social Philosophy and Policy* 12 (2), pp. 220-240

Feinberg, Joel (1965), "The Expressive Function of Punishment", The Monist, 49, 397-423

Feinberg, Joel (1984), "The Moral Limits of the Criminal Law, I, Harm to Others" (New York, Oxford University Press)

Ferrajoli, Luigi (2004), "Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale) (8ª ed., Bari, Laterza)

Feuerbach, Paul Johann Anselm (1798), „Anti-Hobbes, oder über die Grenzen der Höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn" (*Anti-Hobbes, ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, Milano, Giuffrè, 1972)

Feuerbach, Paul Johann Anselm (1847), „Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts", (14ª ed. a cura di Mittermaier, Gießen, 1847; rist. Aalen, 1986);

Fiandaca, Giovanni (2006), "Scopi della pena tra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale", in Vassalli, Giuliano (ed.), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane), 131-145

Fiandaca, Giovanni e Musco, Enzo (2014), "Diritto penale, Parte generale" (7ª ed., Bologna, Zanichelli)

Filangieri, Gaetano (1780-1783), "La scienza della legislazione" (I-V), (ed. 1853 Parigi; rist. integrale 2003, Napoli, Grimaldi & C.)

Frisch, Wolfang (2014), "Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità", in *Diritto penale contemporaneo -Rivista Trimestrale*, n. 3/4, pp. 164-177

García Pérez, Octavio (1997), "La punibilidad en el Derecho Penal" (Pamplona, Aranzadi)

Garland, David (2001), „The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society" (Chicago, University of Chicago Press) [trad. a cura di Ceretti, Adolfo, *La cultura del controllo*, Milano, Il Saggiatore, 2004]

Gibbs, Jack P., (1975), "Crime, Punishment, and Deterrence" (New York: Elsevier)

Greco, Luis (2009), „Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie: ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion" (Berlin Duncker & Humblot)

Gross, Hyman (1979), "A Theory of Criminal Justice" (New York, Oxford University Press)

Günther, Klaus (2010), "Responsabilità e pena nello stato di diritto" (Torino, Trauben)

Hart, Herbert L.A. (1968), "Punishment and Responsibility" (Oxford, Oxford University Press), [trad. di Jori, Mario, *Responsabilità e pena: saggi di filosofia del diritto*, Milano, Edizioni di Comunità, 1981];

Hart, Jr., Henry M., (1958), "The Aims of the Criminal Law", *Law and Contemporary Problems*, 23: 401–41.

Hassemer, Winfried (1979), „Generalprävention und Strafzumessung", in Hassemer, Winfried e Lüderssen, Klaus e Naucke, Wolfang (eds.), *Hauptprobleme der Generalprävention* (Frankfurt a.M., Metzner) 29-53

Hassemer, Winfried (1990), „Einführung in die Grundlagen des Strafrechts" (2ª ed , München, Beck.)

Hassemer, Winfried (2000), „Strafen im Rechtsstaat" (Baden-Baden, Nomos)

Hassemer, Winfried (2006), „Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe", in von Hirsch, Andrew e Seelmann, Kurt e Wohlers, Wolfang (eds.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung* (Baden-Baden, Nomos), pp. 121-127

Hassemer, Winfried (2012), "Perché punire è necessario" (Bologna, Il Mulino) [*Warum strafe sein muss*, Berlin, Ullstein Verlag, 2009]

Hefendehl, Roland (2002), „Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 21 ss.

Hefendhel, Roland (2006), „Äpfel und Birnen oder Steine statt Steine. Die technische Prävention und das Strafrecht", in von Hirsch, Andrew e Seelmann, Kurt e Wohlers, Wolfang (eds.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung* (Baden-Baden, Nomos), pp. 48-53

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich (1821), "Grundlinien der Philosophie des Rechts" (*Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma-Bari, Laterza 1979)

Hoekema, David (1986), "Rights and Wrongs: Coercion, Punishment, and the State" (Selinsgrove, PA., Susquehanna University Press)

Hörnle, Tatjana (2011), „Straftheorien", in *Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie* (online)

Hörnle, Tatjana (2006), „Subsidiarität als Begrenzungsprinzip-Selbstschutz“, in von Hirsch, Andrew e Seelmann, Kurt e Wohlers, Wolfang (eds.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden, Nomos), pp. 36-47

Hoerster, Norbert (1970), „Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens“, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 272-281.

Honderich, Ted (1976), "Punishment: The Supposed Justifications" (rev. ed. Harmondsworth, Penguin).

Hoskins, Zachary (2011), "Deterrent Punishment and Respect for Persons", in *Ohio State Journal of Criminal Law* vol. 8, 369-384

Hulsman, Louk (2002) "Alternative alla giustizia criminale", in Curi, Umberto e Palombarini, Giovanni (ed.), *Diritto penale minimo* (Roma, Donzelli)

Husak, Douglas (2004), "The Criminal Law as a Last Resort", *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 24, pp. 207-235

Insolera, Pietro (2016), "Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?", *Indice Penale*, pp. 176 ss.

Jakobs, Günther (1991), „Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre“ (2ª ed., Berlin, de Gruyter)

Jareborg, Nils (2005), "Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)", in *Ohio State Journal of Criminal* Law, vol. 2;

Kaiser, Gunther (1985), "Criminologia. Una introduzione ai suoi principi" (Milano Giuffré)

Kaufmann, Artur (1974), „Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht“, in *FS für Heinrich Henkel zum 70. Geburstag am 12. September 1973*) (Berlin, De Gruyter) pp. 99 ss.

Kersting, Wolfang (2005), „Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags“ (Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft)

Kindhäuser, Urs (1990), „Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz“, in Lüderssen, Klaus e Nestler-Tremel, Cornelius e Weigend, Ewa (eds.), *Modernes Strafrecht und ultima ratio Prinzip*, (Frankfurt a.M., Peter Lang)

Koller, Peter (1987), „Neue Theorien des Sozialkontrakts“ (Berlin, Duncker & Humblot)

Koriath, Heinz, (2004), „Zum Streit um die positive Generalprävention - Eine Skizze“, in Radtke, Henning e altri (eds.), *Muss Strafe sein?* (Baden-Baden, Nomos), p. 69 ss.

Kuhlen, Lothar (1998), „Anmerkungen zur positiven Generalprävention“, in Schünemann, Bernd e von Hirsch, Andrew e Jareborg, Nils (eds.), *Positive Generalprävention*, (Heidelberg, C.F. Müller), p. 58 ss.

Kunz, Karl-Ludwig (2004), "Muss Strafe wirklich sein? Einige Überlegungen zur Beantwortbarkeit der Frage und zu den Konsequenzen daraus“, in *Festschrift für Heike Jung* (Baden-Baden, Nomos), pp.71-83

Lacey, Nicola (1988), "State Punishment: Political Principles and Community Values" (London, Routledge)

Lagodny, Otto (1996), „Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte“ (Tübingen, Mohr Siebeck)

Lewis, C.S. (1953), "The Humanitarian Theory of Punishment", *Res Judicatae* (University of Melbourne), pp. 224-230;

Locke, John (1690), "Second Treatise of Government" [trad., *Il secondo trattato sul governo*, Milano, Rizzoli, 1998];

Lüderssen, Klaus (1995), „Abschaffen des Strafens?" (Frankfurt a.M., Edition Suhrkamp)

Maiwald, Manfred (1972), „Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts", in *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag* (Karlsruhe, C.F. Müller), pp. 9-25

Manes, Vittorio (2005), "Il principio di offensività in materia penale" (Torino, Giappichelli)

Manes, Vittorio (2016), "Proporzione senza geometrie", *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 2105-2115

Mapelli Caffarena, Borja (2005), "Las consecuencias jurídicas del delito" (4ª ed., Madrid, Civitas)

Marinucci, Giorgio (1974), "Politica criminale e riforma del diritto penale", *Jus*, pp. 463-498

Menghini, Antonia (2008), "Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo" (Torino, Giappichelli)

Mir Puig, Santiago (2011), "Bases constitucionales del derecho penal" (Madrid, Tirant)

Montada, Leo (1998), „Moralische Entwicklung und moralische Sozialisation", in Oerter, Rolf e Montada, Leo (eds.), *Entwicklungpsychologie* (4ª ed., Weinheim, Beltz Psychologie Verlags Union-PVU).

Montague, Phillip (1995), "Punishment as Societal Defense" (Lanham - MD, Rowman & Littlefield)

Moos, Reinhard (1989), "Positive Generalprävention und Vergeltung", in Melnizky, Walter e Müller, Otto F. (eds.), *Strafrecht Strafprozeßrecht und Kriminologie. Festschrift für Franz Pallin zum 80. Geburtstag)* (Wien, Manz), pp. 283–318

Morison, John (1988), "Hart's Excuses: Problems with a Compromise Theory of Punishment", in Leith, Philip e Ingram, Peter (eds.), *The Jurisprudence of Orthodoxy* (London, Routlege), pp. 117-146;

Morris, Herbert (1968), "Persons and Punishment," *The Monist*, 52, 475–501

Mosconi, Giuseppe (2002) "La crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effetti sull'istituzione penitenziaria", in Curi, Umberto e Palombarini, Giovanni (ed.), *Diritto penale minimo* (Roma, Donzelli),

Neumann, Ulfried (2007), „Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe", in Pawlik, Michael (ed.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007* (Köln-Berlin-München, Heymann), 435-450

Niggli, Marcel Alexander (1993), "Ultima Ratio? Über Rechtsgüter und das Verhältnis von Straf- und Zivilrecht bezüglich der sogenannt ‚subsidiären oder sekundären' Natur des Strafrechts", *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 111 (3), pp. 236-263

Padovani, Tullio (1981), "L'utopia punitiva" (Milano, Giuffrè)

Paliero, Carlo Enrico (1985), "*Minima non curat praetor*. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari" (Padova, Cedam)

Paliero, Carlo Enrico (1990), "Il principio di effettività del diritto penale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 430 ss.

Pisa, Paolo (2016), "L'omicidio stradale nell'eclissi giurisprudenziale del dolo eventuale", in *Diritto penale e processo* 2016, f. 2, pp. 145-147

Prieto Sanchís, Luis (2011), "Garantismo y derecho penal" (Madrid, Iustel)

Primoratz, Igor (1999), "Justifying Legal Punishment" (2ª ed., Atlantic Highlands, NJ, Humanities Press)

Pulitanò, Domenico (2018), "Minacciare e punire", in Paliero, Carlo Enrico e Viganò, Francesco e altri (ed.), *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini* (Milano, Giuffrè), II tomi, I, 1

Pulitanò, Domenico (2017), "La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali", *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, n. 2, pp. 48-60

Quinn, Warren (1985), "The Right to Threaten and the Right to Punish", *Philosophy and Public Affairs 14* (4), pp. 327-373

Rawls, John (1955), "Two Concepts of Rules", *Philosophical Review*, 64, 3–32.

Rawls, John (1971), "A Theory of Justice" (Cambridge, MA, Harvard University Press) [trad., *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 1984];

Rodríguez Mesa, María José (2007), "Las razones del derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (online)

Romagnosi, Gian Domenico (1791), "Genesi del diritto penale" [rist. della 5ª ed. Prato 1833, Milano, Giuffrè, 2003]

Ross, Alf (1972), "Colpa, responsabilità e pena" (Milano, Giuffrè) [*Skyld, ansvar og straf*, 1970]

Roxin, Claus (1973), "Strafrechtliche Grundlagenprobleme" (Berlin-New York, W. De Gruyter) (trad. sp. di Luzón Peña, *Problemas básicos de Derecho penal*, Madrid, Reus, 1976)

Roxin, Claus (2006), „Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre" (4ª ed., München, C.H. Beck)

Roxin, Claus (2013), "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* (online)

Rudolphi, Hans-Joachim (2014), „Vor § 1", in *Systematischer Kommentar zum StGB*, *Allgemeiner Teil* I (Neuwied, Luchterhand)

Santoro, Emilio (1997), "Carcere e società liberale" (Torino, Giappichelli)

Scanlon, T. M., (1998), "What We Owe To Each Other" (Cambridge, MA, Harvard University Press)

Scheid, Don E. (1990), "Davis and the Unfair-Advantage Theory of Punishment: A Critique", *Phil. Topics Philosophical Topics*, vol. 18, No. 1, pp. 143-170.

Schmidhäuser, Eberhard (2004), „Vom Sinn der Strafe", (Berlin, Logos)

Schünemann, Bernd (2012), "Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de derecho liberal", in von Hirsch, Andrew Seelmann, Kurt Wohlers, Wolfang Robles Planas, Ricardo (eds.), *Límites al derecho penal*, (Barcelona, Atelier Libros), pp. 66 ss..

Schünemann, Bernd (2007), "El derecho penal es la *ultima ratio* para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho" (Bogotà, Universidad Externado)

Seher, Gerhard (2006), „Kann Strafrecht 'subsidiär' sein? Aporien eines 'unbestrittenen' Rechtsgrundsatzes", in von Hirsch, Andrew e Seelmann, Kurt e Wohlers, Wolfang (eds.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung* (Baden-Baden, Nomos), pp. 70-82

Silva Sánchez, Jesús María (1992), "Aproximación al Derecho penal contemporáneo" (Barcelona, J.M. Bosch)

Stächelin, Gregor (1998), „Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat" (Berlin, Duncker & Humblot)

Stratenwerth, Günter (1995), „Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?" (Berlin De Gruyter);

Ten, C.L. (1987), "Crime, Guilt, and Punishment" (Oxford, Clarendon Press)

Tiedemann, Klaus (2014), „Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten" (4ª ed. München, Verlag Franz Vahlen)

Vassalli, Giuliano (1961), "Funzioni e insufficienza della pena", *Rivista italiana di diritto e procedura penale* (Milano, Giuffrè), 320;

Viganò, Francesco (2017), "Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, n. 2, 61-66

Von Hirsch, Andrew (1993), "Censure and Sanctions" (Oxford, Oxford University Press)

Von Liszt, Franz (1882/1883), "Der Zweckgedanke im Strafrecht 'Marburger Programm'" [*La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1962]

Wacquant, Loic (2000), "Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale" (Milano, Feltrinelli) [*Les prisons de la misère,* Paris, Raisons d'agir, 1999]

Walker, Nigel (1980), "Punishment, Danger and Stigma: the morality of criminal justice" (Oxford, B. Blackwell)

Walker, Nigel (1991), "Why Punish?" (Oxford, Oxford University Press)

Wasserstrom, Richard (1980), "Punishment," in Wasserstrom, Richard (ed.), *Philosophy and Social Justice* (Notre Dame, University of Notre Dame Press), pp. 112–51.

Weigend, Thomas (1999), „Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt", *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999* (Berlin, Duncker & Humblot), pp. 917-938

Welzel, Hans (1967), „Das deutsche Strafrecht" (10ª ed., Berlin, De Gruyter)

Wilson, James Q., (1975), "Thinking About Crime", (New York: Basic Books)

Wohlers, Wolfang (2006), „Strafrecht als ultima ratio-tragender Grundsatz eines rechtsstaatlichen Strafrechts oder Prinzip ohne eigenen Aussagegehalt?", in von Hirsch, Andrew e Seelmann, Kurt e Wohlers, Wolfang (eds.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden, Nomos), pp. 54-69

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2000), "Derecho Penal. Parte General" (Buenos Aires, Ediar)

Zipf, Heinz (1989), „Die Integrationsprävention (positive Generalprävention)", in Melnizky, Walte e Müller, Otto F. (eds.), *Strafrecht Strafprozeßrecht und Kriminologie* (Festschrift für Franz Pallin zum 80. Geburtstag) (Wien, Manz), pp. 479 ss.

Zipf, Heinz (1980), "Kriminalpolitik" (2ª ed., Heidelberg, C. F. Müller) (trad., *Politica criminale*, Milano, Giuffrè, 1989)