

Fra diritto penale e diritto civile

RICCARDO STABILE

Dottorando di ricerca in Scienze Penalistiche
nell'Università di Trieste

1 - LA CONCEZIONE DELLA PENA E LA CENTRALITÀ DEL RISARCIMENTO DEL DANNO DA REATO NELLA SCUOLA POSITIVA

Spostato il fulcro del diritto penale dal delitto al delinquente¹, demolito il postulato classico del “libero arbitrio” – cui si sostituisce una visione rigorosamente deterministica dell’agire umano – e individuato lo scopo del magistero punitivo nella difesa del consorzio sociale dal fenomeno criminale, il concetto positivista di pena non può che rimanere totalmente estraneo a qualsiasi finalità di retribu-

¹ Si tratta del proposito fondamentale indicato da Enrico Ferri in quello che è considerato il manifesto programmatico della Scuola positiva, ossia la sua Prolusione al corso di diritto e procedura penale detta nell’Università di Bologna il 6 dicembre 1880 (ora in E. FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, Zanichelli, 1891). Significativamente, tale intendimento, espressione sintetica del “cambio di paradigma” apportato dalla Scuola positiva alla scienza penalistica, è altresì riportato in esordio alla Relazione di accompagnamento al Progetto Ferri del 1921, quest’ultimo ritenuto unanimemente il prodotto più maturo della Scuola medesima. Cfr. E. FERRI, *Relazione sul Progetto preliminare di Codice penale italiano*, in “Scuola Positiva”, 1921, p. 1 ss. Secondo G. BATTAGLINI, *L’indirizzo di politica criminale in due recenti progetti di codice penale*, in “Rivista Penale”, 1922, p. 206 ss., «la scuola positiva italiana [...] non fa semplicemente questione di un maggiore riguardo alle caratteristiche personali del delinquente, ma pretende di trasportare senz’altro l’obiettivo delle norme legislative dal delitto al delinquente».

zione giuridica (e tantomeno morale)². La pena, che per la Scuola classica, legata al presupposto della libertà del volere, era castigo, misura afflittiva proporzionata alla gravità del “male” causato dal reato, cessa, per la Scuola positiva, di essere tale e diventa mezzo giuridico di difesa contro il delitto, istituto di sicurezza sociale; diventa cioè sanzione criminale, da applicarsi ai delinquenti, qualunque ne sia la personalità antropologica e psichica, salvo il diverso contenuto della medesima a seconda, appunto, della varia personalità del delinquente e delle svariate contingenze del delitto³.

Al termine stesso di “pena” viene preferito quello, depurato da ogni connotazione etica, di “sanzione”:

[...] affermata nella giustizia penale la funzione diretta e preminente della difesa sociale (senza escludere che essa abbia anche una funzione indiretta di educazione e disciplina sociale, consolidando nei cittadini l’esperienza e quindi il sentimento della responsabilità dei propri atti di fronte alla società), ne deriva che i provvedimenti stabiliti dalla legge per ogni autore di un fatto criminoso perdono gli ultimi residui di una pretesa e irrealizzabile “retribuzione della colpa mediante un castigo”, così come dopo Beccaria la giustizia penale perdette sempre più qualsiasi spirito di vendetta ed assumono invece quel carattere positivo di reazione sociale difensiva contro l’azione offensiva del delinquente. La parola sanzione – che si sostituisce perciò a quella tradizionale di pena – ha appunto questo significato: essa esprime il fatto costante ed universale in ogni ordine di fenomeni fisici, biologici e sociali, di una reazione corrispondente ad un’azione⁴.

Dal punto di vista dell’indirizzo positivista, la nozione di pena si estende parallelamente al concetto di imputabilità e ritrae il proprio significato dal principio della difesa sociale⁵.

2 Per una bibliografia essenziale sulla Scuola positiva, e, più in genere, sui principali orientamenti ed ideologie della dottrina penalistica italiana del secolo XIX, si vedano, in particolare, C. F. GROSSO, “Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano”, in *Storia d’Italia. Annali*, XII, a cura di L. VIOLANTE, Torino, Einaudi, 1997, p. 7 ss.; G. NEPPI MODONA, “Diritto penale e positivismo”, in *Il positivismo e la cultura italiana*, a cura di E. R. PAPA Milano, Franco Angeli, p. 47 ss.; M. SBRICCOLI, “La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale dell’Italia unita”, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall’unità alla repubblica*, a cura di A. SCHIAVONE, Roma-Bari, 1990, p. 147 ss.; Id, “Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano”, in *Storia d’Italia. Annali*, XIV, 1998, p. 506 ss.; U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, Torino, 1932, p. 249 ss.; G. VASSALLI, *Codice Penale*, in *Enciclopedia del Diritto*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 268 ss.

3 E. FLORIAN, *Parte Generale del diritto penale*, Milano, Vallardi, 1934⁴, pp. 26 e 760 ss.

4 E. FERRI, *Principii diritto criminale*, Torino, Utet, 1928, p. 690.

5 Così S. RANIERI, *Manuale di diritto penale*, I, Padova, Cedam, 1952, p. 544, che precisa: «Il concetto della *difesa sociale* è ripreso dalla scuola criminale positiva che lo pone a fondamento e scopo del diritto di punire, assegnando alla pena, come mezzo di lotta contro il delitto, e quale suo fine immediato, tanto la prevenzione generale quanto la prevenzione speciale, ma con prevalenza di questa su quella, così che la funzione sociale della pena è realizzata mettendo i delinquenti, temporaneamente o perpetuamente, nella fisica impossibilità di nuocere, sia ottenendo, in quanto possibile, il loro miglioramento, rendendoli socialmente idonei, sia trattenendo la generalità dal delinquere e, che ha già delinquito, dal delinquere di nuovo».

L'imputabilità penale, secondo la Scuola criminale positiva, deve basarsi su presupposti "empirici", dedotti dallo studio dell'uomo delinquente attraverso l'antropologia criminale e dall'esame del retroterra sociale, entro cui il deviante si muove, per il tramite della sociologia criminale. Da tali premesse si deduce che la libertà del volere non esiste affatto o non si rinviene il più delle volte nei delinquenti ed è, in ogni caso, questione non pertinente al diritto penale, bensì alla filosofia e alla metafisica. Ne consegue che il c.d. libero arbitrio non possa assumersi quale fondamento dell'imputabilità penale e che la distinzione, cruciale per i classici, tra imputabili e non imputabili finisca per cadere col suo stesso presupposto, essendo al contrario imputabile astrattamente ogni autore di reato e, in concreto, ciascun delinquente socialmente pericoloso.

Si tratta del concetto di "responsabilità sociale": ogni uomo sempre ed in ogni caso determina con ciascuna delle sue azioni una corrispondente reazione sociale e sempre, quindi, patisce le conseguenze naturali e sociali del proprio operato e ne è responsabile, a prescindere dell'imputabilità morale degli atti posti in essere⁶. In sintesi, «ogni uomo è sempre responsabile di ogni azione antigiuridica, da lui compiuta, soltanto perché e finché egli vive in società»⁷. E la sanzione penale non è che la reazione difensiva che la società predispone nei confronti di colui che ne ha violato le leggi⁸.

Riassumendo, la pena, alla stregua del positivismo, non è che il trattamento, al quale viene sottoposto dallo Stato, per gli scopi della difesa sociale, chiunque abbia commesso un reato ed appaia socialmente pericoloso:

[...] la pena così concepita può considerarsi come il regime, cui conviene siano sottoposti i delinquenti per gli scopi della sicurezza sociale; onde in luogo di pena più propriamente potrebbe dirsi *trattamento*. Poiché il diritto penale non ha un né fondamento, né uno scopo d'indole esclusivamente etica, e compito suo è unicamente quello di difendere la sociale convivenza contro gli individui, che alla medesima rechino, nella peculiare forma del reato, danno e talora anche pericolo; poiché il fatto che il delitto sia oppure no il prodotto di una volontà liberamente e per elezione propria cattiva ed antisociale, rimane cosa estranea all'esercizio di cotesto diritto di difesa; poiché, infine, gli studi moderni hanno per lo meno elevato il dubbio che molti delinquenti non sieno che degli individui psichicamente anormali, evidentemente ne segue che la pena non può considerarsi né come castigo, né come retribuzione di male con male. Essa è solamente misura e provvedimento di sicurezza e di difesa, da adottarsi in confronto di qualsiasi autore di reato, socialmente pericoloso, avuto riguardo alla *natura* del reato ed all'*indole* del delinquente, assumendo coteste parole nel significato più largo e comprensivo⁹.

Di conseguenza, i provvedimenti di difesa sociale contro la delinquenza devono essere adattati non tanto alla maggiore o minore gravità del delitto, quanto alla

6 E. FERRI, *Sociologia criminale*, II, Torino, Utet, 1930⁵, p. 110 ss.

7 E. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 150.

8 U. SPIRITO, *op. cit.*, p. 144.

9 E. FLORIAN, *op. cit.*, p. 761.

maggiore o minore pericolosità del delinquente e la classificazione delle pene funziona pertanto non secondo il bene giuridico tolto o diminuito nel delinquente, ma a seconda delle categorie dei criminali.

Ampio saggio della concezione positivista della penalità è offerto dai “sistemi sanzionatori” – concepiti come alternativi rispetto a quelli vigenti, ispirati ai postulati del classicismo penale – elaborati dai due capofila della c.d. Scuola, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo.

Il primo individua i seguenti tre criteri su cui fondare il suo “sistema positivo di difesa sociale contro il delitto”: a) la segregazione a tempo indeterminato; b) il risarcimento dei danni; c) l’adattamento dei mezzi difensivi alle varie categorie di delinquenti¹⁰.

Ad ogni delitto che si commette, il problema penale non deve più consistere nel determinare una dose fissa di pena, che si creda proporzionata alla colpa del delinquente, ma deve ridursi invece a decidere se, per le condizioni oggettive dell’atto e per le condizioni soggettive dell’agente, sia necessaria la segregazione del reo dall’ambiente sociale, a vita o per un tempo più o meno lungo, a seconda che il condannato si mostri riadattabile oppure no al vivere sociale, ovvero se possa bastare una rigorosa riparazione del danno recato. Vi sarebbe dunque «una radicale opposizione tra i sistemi penali vigenti, tutti fondati sul principio della quantità fissa di pena da graduare ed il sistema penale positivo basato, invece, sul principio della *segregazione indeterminata* del delinquente, come conseguenza logica della teoria che la pena non deve essere la retribuzione di una colpa con un castigo proporzionato, ma una difesa corrispondente alla potenza offensiva ed alla riadattabilità sociale del delinquente»¹¹.

Il risarcimento del danno sofferto dalle vittime del delitto viene invece considerato sotto tre distinti ma complementari aspetti: 1) come obbligazione del delinquente verso l’offeso; 2) come sanzione da sostituirsi alla pena carceraria nei piccoli delitti commessi da delinquenti occasionali; 3) come funzione sociale spettante allo Stato nell’interesse diretto del privato offeso, ma anche nell’interesse indiretto e non meno efficace della difesa sociale¹².

Segregazione indefinita e risarcimento del danno rimarrebbero tuttavia principi astratti se non si completassero e non si rendessero praticamente attuabili tramite l’adattamento dei concreti provvedimenti difensivi alle diverse “classi” antropologiche dei delinquenti. Tale corollario si pone ulteriormente in con-

10 E. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 434 ss.

11 E. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 435. Altrove, l’Autore precisa: «Il sistema tradizionale delle pene detentive a termine fisso è in sostanziale contraddizione coi criteri positivi di una efficace riforma penale. Infatti, se non è realizzabile la pretesa di precisare un castigo proporzionato ad una colpa, e si tratta, invece, di segregare, quando sia necessario, un individuo inadatto alla vita sociale, questa segregazione non può avere un termine prefisso, ma deve durare tanto tempo quanto sia necessario perché l’individuo divenga adatto alla vita libera: e quando esso sia incorreggibile deve durare a tempo assolutamente indeterminato». Cfr. E. FERRI, *Relazione*, cit., pp. 11-12.

12 Sul punto, si tornerà con maggiore approfondimento *infra*, al par. 4.

trasto con l'ideale classico dell'unità della pena – in particolare detentiva, unica nelle sue modalità esecutive, pur se passibile di graduazione secondo la gravità del reato – che Ferri reputa «assurdo, perché urta diametralmente contro il fatto positivo, innegabile, delle diverse categorie di delinquenti»¹³.

Nel “sistema razionale di penalità” sviluppato da Garofalo due sono le principali forme di repressione contemplate: l'eliminazione (totale o parziale) del reo e la coercizione alla riparazione del danno cagionato dal reato¹⁴.

In base alla gravità del difetto di “adattamento” all'ambiente sociale mostrato dal deviante – di cui è sintomo il tipo di reato commesso – e quindi alla categoria entro cui il delinquente va collocato, l'eliminazione sarà assoluta (pena di morte), ovvero limitata e relativa (manicomio criminale, deportazione con abbandono, relegazione perpetua, relegazione a tempo indeterminato, colonia agricola od esilio locale).

Nei reati meno gravi,

[...] quelli che sono al limite della criminalità vera, formando quasi una zona intermedia fra il delitto naturale e la trasgressione a norme di condotta meno assolute ed universali, perché, piuttosto che a un difetto d'istinto pietoso, sono da attribuirsi a un difetto di educazione, a ruvidezza piuttosto che a crudeltà¹⁵,

la sola coercizione alla riparazione pecuniaria o piuttosto ad un'ammenda a favore della parte lesa, congiunta ad un'ammenda a favore dello Stato viene a sostituire qualsiasi altro mezzo repressivo.

Non a caso, nella sistematica sanzionatoria di Garofalo, la detenzione con durata prestabilita, pena tipica della legislazione del tempo, è normalmente scomparsa; essa non appare come sanzione che in pochi casi eccezionali, ma per lo più viene utilizzata come mezzo per costringere il reo solvibile alla riparazione pecuniaria a favore della parte lesa e dello Stato¹⁶.

13 E. FERRI, *Sociologia*, II, cit., p. 464. Sul piano pratico, le premesse teoriche riportate in narrativa condussero la Commissione autrice del Progetto del 1921 ad ammettere una maggiore varietà di sanzioni, proprio al fine di adattarle alle diverse specie di criminali, secondo le loro condizioni personali e il differente grado di pericolosità. In sintesi, si individuarono quattro categorie di sanzioni “principali”: I) per i delitti comuni commessi dai maggiori di anni 18 (esilio locale, prestazione obbligatoria di lavoro diurno, segregazione semplice in una casa di lavoro o colonia agricola, segregazione rigorosa a tempo indeterminato o perpetua); II) per i delitti politico-sociali (esilio generale e detenzione semplice e detenzione rigorosa); III) per i delitti commessi dai minorenni (libertà vigilata, scuola professionale e di correzione, casa di lavoro o colonia agricola, casa di custodia e di cura); IV) per i delitti commessi dagli infermi di mente (manicomio criminale, casa di custodia e colonia speciale di lavoro. Cfr., E. FERRI, *Relazione*, cit., p. 79 ss.

14 R. GAROFALO, *Criminologia*, Torino, Fratelli Bocca, 1891², p. 457 ss.

15 R. GAROFALO, *op. ult. cit.*, p. 472.

16 R. GAROFALO, *op. ult. cit.*, p. 493.

I presupposti teorici del positivismo penale conducono gli esponenti di maggior spicco di tale indirizzo a rivolgere una serrata critica nei confronti del sistema carcerario vigente all'epoca, ed in particolare contro il c.d. “sistema cellulare”:

[...] la cella non corrisponde a nessuno dei requisiti e dei fini della pena, quando questa sia considerata dal punto di vista dell'interesse sociale: non migliora e non rende socialmente idoneo il delinquente, perché anzi, lo prostra fisicamente, lo abbruttisce moralmente, lo spegne intellettualmente, ne forma un focolare di odio contro la società, non lo educa al lavoro, che nella cella è impossibile. Il sistema cellulare è feroce e inumano senza riuscire utile [...]¹⁷.

La critica ai postulati del classicismo penale – in specie alla pretesa di “misurare” la responsabilità morale del delinquente e all'assoluta preminenza, in chiave retributiva, della pena detentiva, irrogata in dose fissa – si salda con la censura delle aberrazioni del carcere contemporaneo, di cui peraltro si stigmatizza il sostanziale fallimento:

[...] che gli odierni ordinamenti penali – ispirati per una parte alla pretesa di misurare la responsabilità morale nei delinquenti e dall'altra alla speranza della loro generale emendabilità, e ridottisi quindi sempre più ad una prevalenza quasi esclusiva della pena detentiva e del sistema di reclusione cellulare – abbiano completamente mancato al loro ufficio di preservazione sociale dal delitto: è ormai cosa che non ha più bisogno di essere dimostrata. [...] I difetti dell'ordinamento penale ispirato nei principi teorici alla teoria classica criminale e nelle sue applicazioni pratiche alla teoria classica penitenziaristica, si riassumono tutti nei seguenti: chimerica misura della responsabilità morale e penale, a dose fissa – ignoranza e trascuranza assoluta dei caratteri fisio-psichici dell'uomo delinquente – distacco e oblio fra la legge e la sentenza da una parte e fra la sentenza e la sua esecuzione dall'altra – effetti disastrosi; quali la corruzione e le associazioni criminose aventi nelle carceri stesse i loro centri d'azione – milioni di persone condannate in gran parte a brevi pene carcerarie, stupide e risibili – e aumento continuo, inesorabile nella recidiva¹⁸.

17 E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale*, I, parte II, Milano, Vallardi, 1934², p. 21. Il medesimo Autore, in altra sede, rincara la dose: «In linea morale, se la detenzione è solitaria (cellulare) l'individuo è per lo più colpito fieramente nel suo sistema nervoso e mentale; se collettiva, che la subisce riesce, in genere, addottrinato alla delinquenza, per integrazione immancabile della capacità a delinquere sua con quella dei compagni. Le carceri furono perciò chiamate “università del delitto”». Cfr. A. B. BELLONI, *Pena*, in *Dizionario di criminologia*, a cura di E. FLORIAN, A. NICEFORO, N. PENDE, Milano, Vallardi, 1943, p. 658. Parole di condanna definitiva ed inequivoca del sistema detentivo cellulare provengono da E. FERRI, “Lavoro e celle dei condannati”, in *Studi sulla criminalità*, Torino, Utet, 1926², p. 135, ove si legge: «Il sistema cellulare costituisce una delle aberrazioni del secolo XIX».

18 E. FERRI, *Sociologia*, II, cit., pp. 425-427. Secondo l'Autore il carattere comune e fondamentale che dovrebbero assumere i vari stabilimenti di segregazione dei delinquenti, in alternativa alle censurate carceri del tempo, sarebbe quello per cui da “case di pena”, cioè da luoghi di tormento e di schiavitù, essi si trasformino in stabilimenti di sicurezza e di educazione (fisica e morale), con disciplina adatta alle forme diverse di tendenza criminale, ove viga universale ed impre-

Altrove, si revoca finanche in dubbio l'efficacia general-preventiva della sanzione privativa della libertà personale, sottolineando l'errore in cui sarebbero incorsi i legislatori del XIX secolo¹⁹, i quali, non avendo trovato «altro mezzo di repressione che il restringere per un tempo maggiore o minore la libertà del colpevole», si sarebbero illusi «che tale “pena” sia la più eguale per tutti i cittadini, cioè a dire quella che tutti debbano sentire con la stessa intensità, mentre invece, se vi è cosa che varia immensamente secondo le classi e gli individui, essa è appunto il valore che si dà alla libertà personale»²⁰.

La critica all'istituzione carceraria non è invero nuova nel panorama della letteratura penalistica dell'Ottocento²¹. Tuttavia, mentre nella prima metà del XIX secolo la censura si limitava al contenuto della pena detentiva e le soluzioni di volta in volta individuate si mantenevano entro una dimensione puramente “tecnica”, senza che i presupposti teorici del circuito pena detentiva/istituzione penitenziaria fossero posti in discussione, nella seconda metà del secolo essa assume una portata assai più vasta, in quanto tende ad investire il sistema penale nel suo complesso, facendo riemergere il tema fondamentale della funzione della pena. Non ci si arresta più al biasimo della realtà del carcere, esigendone la trasformazione in modo che la pena detentiva possa effettivamente perseguire i propri scopi, ma si comincia a dubitare dell'opportunità stessa di ricorrere in ogni caso a tale tipo di sanzione; ci si domanda se uno dei suoi difetti strutturali non consista proprio nella sua generalizzazione e nella sua applicazione indiscriminata; ci si interroga sull'opportunità di allargare lo spettro delle sanzioni penali principali e di ricorrere a pene o a misure alternative rispetto alla detenzione²².

A provocare questo fondamentale mutamento di prospettiva contribuisce in maniera determinante l'indirizzo positivista:

[...] l'edificio costruito dai riformatori settecenteschi e dalla scuola classica viene infatti aggredito dal positivismo criminologico sin dalle sue fondamenta: il significato lesivo reale del fatto, chiave di volta di ogni teoria della pena, sia retributiva che preventiva, viene sostituito dalla pericolosità del reo, rispetto alla quale il reato assume un valore meramente sintomatico; la plausibilità di un intervento punitivo diretto ad influire sul comportamento dei consociati scompare di fronte alla constatazione di un deter-

scindibile l'obbligo al lavoro, evitando che la segregazione, anziché essere un luogo di privazione, divenga e rimanga «un comodo asilo di oziosità protetta e di criminosa compagnia».

19 Che il secolo XIX abbia consacrato «il pressoché incontrastato trionfo della pena detentiva» è ben chiarito da F. DELLA CASA, “Dalle colonie penali alle misure alternative: ovvero tentativi (non riusciti) di detronizzazione della pena detentiva”, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, I, 2006, p. 155 ss.

20 R. GAROFALO, *op. cit.*, p. 373 ss. e p. 457 ss.

21 Si pensi, ad esempio, a quel movimento riformistico, teso alla delineazione di un modello di carcere ideale, che vide in J. Bentham e Filangieri due dei maggiori esponenti. Sul punto si veda, *amplius* e per i necessari riferimenti bibliografici, T. PADOVANI, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 16 ss.

22 T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 43 ss.

minismo psichico, che risolve il reato nella comprensione dei fattori criminogenetici, biologici e sociali che l'hanno prodotto. Alla valutazione astratta del fatto di reato si vuol così sostituire la considerazione concreta del delinquente, mentre la contestazione dei presupposti ideologici della pena sfocia nella proposta di misure puramente preventive, più o meno rigorosamente correlate alla pericolosità sociale del reo. [...] Il positivismo criminologico non solo distrugge il postulato "classico" del libero arbitrio in nome del determinismo psichico, ma aggredisce alle fondamenta l'uguaglianza formale dei sistemi classici: le diversità biologiche, antropologiche, psicologiche, ambientali, sociali, appaiono come costanti strutturali della personalità umana, mentre il delinquente emerge con connotati suoi propri, di volta in volta legati alle caratteristiche tipologiche considerate dominanti, secondo i vari indirizzi della scuola positiva. Il quadro sociale che i positivisti presuppongono appare l'antitesi radicale dell'utopia settecentesca: all'uguaglianza necessaria si contrappone la disuguaglianza obiettiva, scientificamente rilevata²³.

Il tema centrale – almeno sul piano della "mole" del dibattito dottrinale fomentato – che segna il passaggio dalla ricerca di soluzioni interne all'istituzione penitenziaria alla ricerca di alternative alla detenzione, è costituito dalla polemica contro le pene detentive di breve durata²⁴.

Dal punto di vista del pensiero positivista, le pene detentive brevi non possono che risultare deleterie sotto molteplici aspetti: 1) sono anzitutto troppo brevi per garantire un'efficace neutralizzazione/eliminazione del reo pericoloso e dunque non servono agli scopi della difesa sociale; 2) la loro scarsa durata impedisce altresì il riadattamento (oggi si direbbe la rieducazione) del reo, non consentendo alcun trattamento e anzi l'impatto con l'ambiente penitenziario rischia di determinare nel delinquente (specie se al "primo ingresso") una negativa familiarizzazione con la pena, esponendolo al pericolo del contagio criminale; 3) le pene detentive brevi non posseggono inoltre alcuna forza di intimidazione nei confronti dei delinquenti abituali e annientano moralmente il delinquente occasionale²⁵.

In definitiva, come ebbe ad osservare Von Liszt, con paradosso divenuto celebre, «la pena detentiva breve non è solo priva di utilità: essa danneggia l'ordinamento giuridico più di quanto potrebbe fare la completa impunità del reo»²⁶.

Come conseguenza della crociata mossa contro le brevi pene carcerarie ed in applicazione della distinzione fra delinquenti, che per la prima volta cadono nel

23 T. PADOVANI, *op. cit.*, pp. 63-65.

24 E. DOLCINI, C. E. PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 1 ss. Gli Autori sottolineano che il problema della detenzione di breve durata era tanto più acuto in quanto questo tipo di sanzioni era assunto al ruolo di pilastro portante del sistema sanzionatorio penale e che l'abuso della pena detentiva breve era fenomeno ampiamente presente in tutta l'area giuridica europea.

25 Si vedano, in particolare, E. FERRI, *Sociologia*, cit., II, p. 526 ss. ed E. FLORIAN, *Trattato*, cit., p. 23.

26 L. VON LISZT, *Kriminalpolitische Aufgaben (1889-92)*, in *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I, 1905, p. 347. Per ampie indicazioni bibliografiche sul tema della polemica contro le pene detentive brevi si rimanda a T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 45, in nota 6.

delitto e delinquenti recidivi ed abituali, l'attenzione degli studiosi si volge a quegli istituti idonei a sostituire le brevi pene e da adottare nei confronti della prima categoria di criminali: tali istituti prendono il nome di *surrogati penali*. I principali di questi sono: la condanna condizionale – individuata generalmente quale sostituto ideale per le pene detentive brevi – il perdono giudiziale, la riprensione giudiziale, il risarcimento del danno e altri²⁷.

3 - (SEGUE) LA TEORIA DEI SOSTITUTIVI PENALI

La critica ai sistemi sanzionatori esistenti e la ricerca di alternative al carcere si sviluppa, nell'ambito della Scuola positiva, anche nella direzione di un premiato interesse per la prevenzione del delitto.

Se non esiste la libertà umana e se ogni azione delittuosa è la conseguenza inevitabile del convergere di una infinità di fattori fisici, biologici e sociali, la pena – che rappresenta tutt'al più un "accidente" nella concatenazione di cause che determina il delinquente al delitto – non potrebbe mai pretendere di interromperne l'ineluttabile decorso.

Dato, perciò, che le pene hanno una potenza repulsiva dal delitto assai limitata, e puramente negativa, compito del criminalista (e del legislatore) diviene, in primo luogo, quello di indagare l'eziologia del delitto, e, anziché limitarsi a un tardivo e scarsamente efficace sistema di repressione, concentrare tutti gli sforzi e le cure sulla prevenzione dell'attività criminosa.

Anzi, nelle attività di prevenzione e repressione del crimine si ravvisa una fondamentale identità: esse non sono altro che due momenti di una sola e unitaria funzione, assolta da un medesimo organo sociale, in vista di un unico scopo, ossia la conservazione sociale²⁸.

Alla pena devono, pertanto, opporsi quelli che Ferri chiama i *sostitutivi penali*²⁹, vale a dire quei rimedi che, ove adottati nei tempi, modi e luoghi che solo un

27 Per un'ampia rassegna dei principali surrogati penali conosciuti ed applicati ai tempi della Scuola positiva, si guardi E. FLORIAN, *op. ult. cit.*, pp. 32 ss. e 81 ss. Per una più ampia panoramica sulle misure sostitutive al carcere, in chiave storica e comparatistica, si consultino, rispettivamente, le già citate opere di T. PADOVANI e di E. DOLCINI, C. E. PALIERO. Sul risarcimento del danno da reato, inteso quale surrogato penale, si veda *infra*, al par. 4.

28 Così E. FERRI, *Sociologia*, I, cit., p. 538 ss.

29 La teoria dei sostitutivi penali fu impostata da E. FERRI per la prima volta nel suo *Dei sostitutivi penali*, in "Archivio di psichiatria", I, 1880, pp. 67 ss. e 214 ss., per poi essere compiutamente sviluppata ne *I nuovi orizzonti*, cit., p. 88 ss. In un altro scritto, lo stesso Autore così illustra le ragioni di fondo del suo pensiero in tema di prevenzione del crimine: «Ed ecco perché la scuola positiva di diritto criminale, studiando le cause dei reati per togliere in alcune parti, quando sia possibile, o almeno per rattenere dallo straripamento questo fenomeno patologico della delinquenza, propugna lo studio, finora trascurato, della prevenzione sociale e scientifica dei reati, non però prevenzione di polizia ed empirica: quella, prevenzione remota, utile, civile, che va alle radici del male in ogni ordine dell'attività umana e non solo nel campo del Codice Penale e terreni limitrofi; questa, prevenzione miope, inutile, violenta, spesso provocatrice, perché

approfondito esame della genesi del delinquere possono suggerire, siano capaci di eliminare le ragioni della criminalità.

Sostitutivi penali, di cui il concetto si riassume in ciò che il legislatore, abbracciando con lo sguardo l'andamento e le manifestazioni dell'attività individuale e sociale e scorgendone le origini, le condizioni, gli effetti, tenga conto delle leggi psicologiche e sociologiche, per le quali è possibile rendersi padrone o per lo meno avere il controllo di una gran parte dei fattori criminosi, e specialmente di quelli sociali, per influire così in modo indiretto, ma più sicuro, sull'andamento della criminalità. Il che poi si riduce a dire: che alle disposizioni legislative (politiche, economiche, civili, amministrative, penali) dai più grandi istituti ai minimi particolari, sia data una tale orientazione, per la quale l'attività umana anziché essere minacciata meno efficacemente di repressione, sia guidata in modo continuo e indiretto nelle vie non criminose, con l'offrire libero sfogo alle energie ed ai bisogni individuali, urtandoli il meno possibile e scemando le tentazioni e le occasioni di delinquere³⁰.

Si tratta di una congerie molto eterogenea di misure di ordine economico-sociale, politico, tecnico, civile ed amministrativo, religioso, familiare ed educativo³¹. Nel primo ambito si individuano, ad esempio, il libero scambio – che evitando le carestie e il rialzo anormale del prezzo delle derrate alimentari sarebbe in grado di prevenire molti reati contro la proprietà –, la diminuzione delle tariffe doganali – quale misura anti-contrabbando –, la perequazione delle imposte e l'esenzione delle quote minime, le opere pubbliche – per tenere lontani dalla delinquenza i meno abbienti –, la tassazione indiretta sulla fabbricazione, vendita e consumo di alcool, la sostituzione della moneta metallica – per diminuire i delitti di falso nummario –, ma pure la fabbricazione di case e vie ampie, la estesa illuminazione notturna, la soppressione dei ghetti ecc. Riguardo, ancora, ai provvedimenti preventivi di ordine politico, si annoverino: il rispetto diffuso e costante, *in primis* da parte delle autorità pubbliche, dei diritti individuali e sociali, una buona riforma elettorale – che sola può evitare le frodi e gli altri delitti elettorali –, riforme politiche e parlamentari tali da rendere più rispondente al paese reale la sua rappresentanza, e, quale rimedio principe nella lotta a forme di criminalità regionale endemica (mafia e camorra), l'abbandono, da parte del

pretende d'impedire il male imminente, senza curarsi di toglierne le cause lontane. E questa prevenzione sociale della criminalità, chiamata col nome di teoria dei sostitutivi penali, si riduce appunto a modificare l'ambiente sociale nelle sue parti contrarie alle leggi naturali, non di sbalzo, ma sempre, continuamente, in ognuna delle troppe leggi che si vanno facendo. Ed essa, come tale, rappresenta la soluzione positiva e scientifica, liberata dall'ingombro di vedute più o meno idealiste del sentimento e della metafisica sociale». Cfr. E. FERRI, *Socialismo e criminalità. Appunti*, Torino, Fratelli Bocca, 1883, p. 144. Un illustre studioso di storia del diritto penale annovera la ferriana teoria dei sostitutivi tra gli episodi più significativi del c.d. socialismo giuridico, tendenza di pensiero trasversale più che vera e propria "scuola", sviluppatasi in Italia negli ultimi decenni del XIX secolo. Cfr. M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale 1883-1912*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", Tomo I, Milano, Giuffrè, 1975, p. 567 ss.

30 E. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 475.

31 Per un elenco completo dei c.d. sostitutivi, si veda E. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 477 ss.

governo nazionale, delle invalse (e perniciose) pratiche di strumentalizzazione, a fini elettorali, del crimine organizzato³².

Al di là delle singole misure proposte, negli stessi intendimenti del suo fautore, la teoria dei sostitutivi penali non va intesa in senso assoluto, quale panacea universale contro la delinquenza, ma come tentativo di ri-orientare il pensiero legislativo ed amministrativo, in modo da indurli ad abbandonare «il vecchio feticismo della pena», di talché, quando si presenti qualche inedito fenomeno di patologia sociale, non ci si limiti a stabilire nuove pene (o nuovi reati) o ad aggravare quelle esistenti, ma si pensi piuttosto a studiare le cause di quei fenomeni e ad eliminarle o, almeno, attenuarle, così da influire efficacemente sui loro effetti³³.

Il grande valore, sul piano della politica criminale, delle intuizioni di Ferri venne riconosciuto, nei primi decenni del Novecento, anche da uno studioso, non certo riconducibile alla Scuola, il quale lasciò scritto che: «Nella teoria dei

32 Altre misure significative, tra quelle proposte dal Ferri, paiono: sul piano tecnico, l'uso dei vaglia bancari e di sempre più sofisticati meccanismi anti-furto, in funzione preventiva dei reati contro il patrimonio; in ambito civile ed amministrativo, una più accorta disciplina in materia di successioni e diritto di famiglia, tale da prevenire reati di cupidigia tra parenti e affini, il miglior funzionamento della giustizia civile, onde evitare delitti contro l'ordine pubblico, le persone e la proprietà, e un miglior funzionamento del notariato e degli uffici dell'anagrafe, per prevenire i reati di falso; nei rapporti familiari e di relazione, l'ammissione del divorzio nei casi più gravi, per scongiurare reati di bigamia, adulterio, omicidio, e un «opportuno ordinamento del meretricio», quale rimedio contro i reati sessuali. Cfr., E. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 510 ss. A parere di M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale*, cit., p. 572, il "programma" di riforme legislative e amministrative, propugnato da Ferri, appare debole e criticabile «per l'assenza di una adeguata base politica che gli desse coerenza, per il fatto di essere astratto da un disegno concreto di riforma sociale, e per le stesse carenze metodologiche (dovute in primo luogo all'uso ancora incerto di una dubbia "sociologia criminale" in formazione)». All'interno della stessa Scuola positiva, non mancano, invero, voci scettiche riguardo alla teoria dei sostitutivi penali. Garofalo, ad esempio, esprime diverse perplessità, tanto di tenore generale, sull'opportunità di dar preminenza della prevenzione sulla repressione del crimine, che in ordine alla praticabilità dei singoli sostitutivi: sul primo versante, in particolare, l'Autore osserva che: «D'altra parte, se il legislatore ha il dovere di preoccuparsi dell'effetto che le leggi possono avere sulla criminalità, egli non deve trascurare altri interessi non meno importanti. Né può sacrificare tutto allo scopo unico di sopprimere le tentazioni in coloro che hanno tendenze criminose. Lo Stato, inoltre, non deve esagerare la prevenzione, inceppando con infiniti regolamenti le azioni dei cittadini. Le occasioni e le tentazioni di delitto sono innumerevoli, ed è vano sperare di rimuoverne la maggior parte. [...] L'eccesso delle restrizioni e dei divieti necessari ad allontanare le occasioni di delitto richiederebbe una vigilanza perpetua della polizia su di ogni maniera di attività privata. E la cosa assumerebbe presto l'aspetto di un intollerabile dispotismo». Cfr. R. GAROFALO, *op. cit.*, p. 203. Altrove, si afferma, con tono perentorio, che la funzione di «prevenzione indiretta e sociale», di pertinenza dello Stato e consistente «nella copiosa e benefica serie di quei provvedimenti d'ordine politico, amministrativo, educativo, domestico, economico, che migliorando le condizioni sociali, servono a combattere le tendenze ed i germi della delinquenza», non appartiene al diritto penale. Così E. FLORIAN, *La fase odierna del problema penale*, Prelezione letta il 20 gennaio 1900 nella R. Università di Padova, in "Rivista Italiana di Diritto Penale e Sociologia Criminale", I, 1900, p. 8.

33 E. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 476, il quale, più avanti (p. 544), precisa che: «L'anima dei sostitutivi penali, più che nel valore pratico di questa o quella proposta singola, sta soprattutto nel togliere od attenuare l'abitudine mentale di non pensare ad altro che alle leggi penali, quando si voglia evitare qualche fenomeno di patologia sociale».

sostitutivi penali è certo il merito maggiore della scuola positiva e del Ferri in particolar modo»³⁴.

4 - (SEGUE) IL RISARCIMENTO DEL DANNO COME STRUMENTO DI DIFESA SOCIALE E SUCCEDANEO DELLA PENA

Come già anticipato, nell'articolata e innovativa concezione positivista della penalità, assume un ruolo centrale il risarcimento del danno da reato: lungi dal rimanere confinato entro una dimensione meramente "accessoria" rispetto agli strumenti classici della repressione penale, esso diviene mezzo di difesa sociale, dotato di rango pari a quello delle sanzioni privative della libertà personale, oltre ad essere indicato, riguardo a talune, meno gravi, ipotesi di reato quale vero e proprio "sostitutivo penale"³⁵.

Secondo la nostra scuola, in molti reati, specie quelli più lievi contro le persone, potrebbe utilmente sostituire la pena di pochi giorni di carcere o di arresti con una efficace riparazione, una soddisfazione da dare all'offeso. La riparazione dei danni potrebbe divenire un vero *sostitutivo penale*, quando essa, in cambio di essere, come è oggi, una conseguenza legale, un diritto dichiarato da far valere con le norme di procedura civile, divenisse un obbligo a cui il reo non si potesse in alcun modo sottrarre³⁶.

34 U. SPIRITO, *op. cit.*, p. 148. L'Autore così riassume i meriti del pensiero di Ferri: «La pena è ridotta ad uno dei tanti mezzi per combattere il delitto ed è messa sullo stesso piano dei criteri preventivi di cui ha la stessa funzione e la stessa finalità. Prevenzione e repressione per questo aspetto si identificano perfettamente, e, l'identità, su cui il Ferri esplicitamente insiste, cancella dalla pena tutti quei caratteri tradizionali, che si assommavano nel concetto di vendetta, instaurando, sia pure sul terreno contraddittorio di una teoria deterministica, un sistema criminale essenzialmente educativo». Simili riconoscimenti alla teoria dei sostitutivi penali si rinvencono, più di recente, in F. MANTOVANI, "Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale", in M. ROMANO, F. STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, Il Mulino, 1980, p. 72, il quale sostiene che: «L'esigenza della prevenzione generale sociale, che ha la funzione di eliminare o attenuare le verosimili cause sociali della criminalità mediante attività di carattere legislativo, amministrativo e più genericamente sociale e culturale, fu prospettata con geniale intuizione, anche se talvolta con formule ingenue, dalla Scuola positiva (Ferri, Garofalo), attraverso i c.d. sostitutivi penali».

35 R. GAROFALO, *Ciò che dovrebbe essere un giudizio penale*, in "Archivio di psichiatria", 1882, III, fasc. 1. L'Autore pare, invero, confondere i termini "sostitutivo" e "surrogato" (penali), che invece vanno tenuti rigorosamente separati. Il primo, infatti, allude a qualsiasi misura applicata in luogo della pena detentiva, ma, di solito, con riferimento specifico alle sole misure rimesse al potere discrezionale del giudice (condanna condizionale, perdono giudiziale ecc.); mentre il secondo viene adoperato dai positivisti per individuare quegli strumenti di prevenzione della criminalità, consistenti in sostanza in una serie di riforme economiche, sociali e giudiziarie, volte a rimuovere le cause sociali del delitto. Sulla necessità di non confondere i due concetti, vedi T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 71, in nota 83. In questa prospettiva, il risarcimento del danno, in funzione "sostitutiva" della pena detentiva (specie breve) non può che considerarsi "surrogato penale", in quanto comunque reazione difensiva rispetto a un crimine già commesso.

36 R. GAROFALO, *op. loc. ult. cit.*

Lo stesso Ferri non mancò di rivendicare i meriti della Scuola positiva, quanto alla promozione di un tema, fino ad allora, largamente negletto:

[...] una delle proposte su cui la scuola italiana di sociologia criminale avrebbe più insistito fino dai suoi primordi è stata ed è la protezione efficace che lo stato deve alle vittime del delitto. E poiché il delitto avvenuto non può purtroppo essere annullato, il risarcimento del danno da esso prodotto è l'unico rimedio che lo Stato possa attuare a diretta tutela dell'offeso. Nella difesa sociale contro la criminalità prendono così un posto importante i mezzi *riparatorii* che, insieme ai mezzi *preventivi* del delitto, sono stati finora troppo trascurati in confronto dei mezzi *repressivi* ed *eliminativi*. E poiché tutti questi mezzi di difesa sociale contro il delitto sono di interesse pubblico, ne deriva naturalmente il concetto giuridico, fin dall'inizio sostenuto dalla scuola criminale positiva, che l'obbligo del delinquente al risarcimento del danno verso la parte lesa non è soltanto di diritto privato, come l'obbligo derivante ad esempio in esecuzione di un contratto; ma è essenzialmente e sempre di diritto pubblico. E deve quindi essere funzione dello Stato come è la prevenzione e la repressione dei delitti³⁷.

La riparazione civile del danno è concepita, quindi, non soltanto nell'interesse della parte lesa, ma anche nell'interesse pubblico della difesa sociale preventiva e repressiva contro il delitto, quale strumento per attenuare l'allarme sociale e soddisfare il desiderio di giustizia delle vittime. Il risarcimento assume, in quest'ottica, la connotazione di una vera e propria sanzione punitiva: in alcuni casi si affiancherebbe alla pena criminale, integrandola, mentre in altri casi potrebbe addirittura sostituirsi ad essa.

Necessaria al pari della sanzione penale, la riparazione deve essere realizzata nell'ambito dell'azione penale e d'ufficio (iniziativa del pubblico ministero, che deve provvedere anche alla iscrizione dell'ipoteca legale ed al sequestro dei beni dell'imputato; condanna al risarcimento d'ufficio; azione esecutiva del p.m. per il recupero delle somme da mettere a disposizione della vittima); e deve essere assicurata anche in caso di reale o simulata insolvenza mediante la coercizione al lavoro del condannato insolubile; nonché subordinando la concessione della condanna e della liberazione condizionale e della riabilitazione all'avvenuto adempimento dell'obbligo risarcitorio³⁸.

La coercizione alla riparazione del danno da reato appare, dunque, come nuova forma di repressione, la quale può essere in molti casi sufficiente, purché sia piena e tale da far sì che la valutazione del danno da risarcire non sia limitata al danno materiale, ma siano computati i dolori, le ansietà, e finanche le noie patite dalla parte lesa. Inoltre, poiché quest'ultima non è l'unica ad essere offesa dal reato, ma la società stessa subisce le conseguenze materiali – in termini di spesa pubblica impiegata per gli stipendi degli agenti di pubblica sicurezza, e per i pro-

37 E. FERRI, *Relazione*, cit., p. 111.

38 Si tratta dei capisaldi della c.d. teoria del "risarcimento quale funzione pubblica", elaborata dal Ferri, che ispirò gran parte delle soluzioni adottate, in tema di disciplina delle conseguenze civili del reato, nel Progetto del 1921.

cessi penali – e morali del delitto, occorre che sia riparato anche questo duplice danno recato alla società.

Il risarcimento del danno *ex delicto* è chiamato, pertanto, ad assolvere alla duplice funzione di riparazione alla parte direttamente lesa e riparazione alla società³⁹; e la coercizione al pagamento delle somme stabilite dal giudice potrebbe utilmente sostituire ogni altro mezzo repressivo, a patto che la sua esecuzione diventi energica, e non regolata dalle norme ordinarie di procedura.

Bisogna, insomma, impedire che il colpevole riesca a sottrarsi al pagamento, se egli è solvibile; e che se è insolubile o simula insolubilità, sia costretto a lavorare a beneficio dello Stato e della parte lesa.

La distinzione fondamentale, quanto al tipo di risposta sanzionatoria da predisporre, risulta, in definitiva, quella fra i reati che richiedono l'uso di mezzi eliminativi, e quelli che richiedono semplicemente una riparazione all'offeso. Contro questa seconda categoria di delitti (*rectius* di delinquenti)⁴⁰, il miglior mezzo repressivo a disposizione è la coercizione alla riparazione del danno materiale o morale, il cui obbligo deve essere reso serio e ineluttabile, perché esso possa costituire un vero e proprio succedaneo della pena.

Esistendo un'enorme differenza fra un debito nascente da un contratto, in cui si è potuto prevedere il caso dell'inosservanza e prendere le cautele opportune, e un debito nascente da un'offesa, con cui non si è già violato una norma di condotta convenuta tra due persone, bensì una norma di condotta universalmente adottata, allo stesso modo è necessario approntare una disciplina differenziata, e maggiormente rigorosa, a garanzia dell'adempimento dell'obbligo riparatorio sorgente *ex delicto*, rispetto a quella prevista per l'esecuzione degli obblighi risarcitori contrattuali.

In assenza di un idoneo sistema "speciale" di realizzazione coattiva, la riparazione dei danni rischierebbe di rimanere formula vana, mentre essa sarebbe la pena naturale di tutti quei reati che non richiedono necessariamente l'eliminazione del reo.

Nel quadro della critica positivista alla concezione classica della pena e al carcere, la valorizzazione, in funzione punitiva, del risarcimento del danno da reato, mira, in definitiva, a far scomparire del tutto le così dette "pene correzionali" (tra cui, *in primis*, la pena detentiva di breve durata), ed in generale tutte quelle pene le quali non hanno lo scopo di segregare il reo dalla società, ma soltanto quello di infliggergli un castigo. Il castigo vero, serio, indimenticabile sarebbe, al contrario, proprio l'obbligo di restituire il tolto, di riparare l'offesa, di compensare il danneggiato, tenendosi conto del danno morale, dell'agitazione, del timore, dell'ango-

39 Così R. GAROFALO, *Criminologia*, cit. p. 256 ss. e ID., *Riparazione alle vittime del delitto*, Torino, Fratelli Bocca, 1887, *passim*.

40 R. GAROFALO, *Criminologia*, cit., p. 471 ss., offre una casistica di reati per cui sarebbe sufficiente il ricorso alla coercizione risarcitoria: essa comprende ferimenti in rissa, maltrattamenti non gravi né continuati, percosse, minacce, diffamazioni, ingiurie verbali, incendio, devastamento, danneggiamento, bancarotta, insolvenza fraudolenta e altri reati contro il patrimonio.

scia dell'offeso, e con la certezza che a tale obbligo sia impossibile sottrarsi se non con una perpetua o lunghissima servitù (nella forma del lavoro coatto)⁴¹.

5 - IL DECLINO DEL PENSIERO POSITIVISTICO: MARGINALITÀ DEL RISARCIMENTO DEL DANNO NEL CODICE ROCCO.

Prendendo a paradigma la teorica ferriana delle tre “dimensioni” in cui può potenzialmente svilupparsi il risarcimento del danno da reato – obbligazione civilistica del delinquente verso l'offeso, o sanzione da sostituirsi alla pena carceraria nei piccoli delitti commessi da delinquenti occasionali, ovvero ancora funzione sociale spettante allo Stato nell'interesse diretto del privato offeso, ma anche nell'interesse indiretto della difesa sociale⁴² – si confronteranno, di seguito, le discipline previste dal Progetto del 1921 e nel Codice Rocco, allo scopo di saggiare quanto gli approdi positivi di quest'ultimo divergano dai postulati teorici sottesi al primo.

Se si muove dalle disposizioni cardine dei due microsistemi in discorso, rispettivamente l'art. 90 del Progetto Ferri e l'art. 185 del Codice Rocco, se ne apprezza immediatamente lo scarto.

La prima norma, infatti, imponendo indefettibilmente la condanna, in sede penale, alle restituzioni e al risarcimento e ancorandone la commisurazione alla «gravità e modalità del delitto e alle condizioni economiche dell'imputato», tradisce la concezione pubblicistica e punitiva dell'istituto – propugnata dalla Scuola positiva e da Ferri e Garofalo in particolare – tale da trascenderne la mera funzione compensativa-reintegratoria, consentanea al risarcimento del danno in ambito civilistico. Ciò risulta confermato anche dalla previsione di cui al terzo comma, ove l'obbligo di pagamento di una somma a beneficio della Cassa delle ammende finisce per sganciarsi da qualsiasi valutazione di ordine economico e quindi dall'ottica del ristoro, in termini monetari, del danno subito dalla persona offesa.

All'opposto, l'art. 185 c.p., a partire dalla stessa collocazione sistematica in esordio al Titolo VII, rubricato «Delle sanzioni civili», sembra ripudiare la qualificazione del risarcimento del danno *ex delicto* quale obbligo di diritto pubblico, riconducendolo ad obbligazione di natura civilistica, pur se rafforzata da un robusto presidio di garanzie attuative⁴³.

41 Così R. GAROFALO, *op. ult. cit.*, p. 282, che precisa: «Si eviterebbe in tal maniera nelle carceri l'andirivieni dei condannati ad una breve prigionia, i quali difficilmente ritornano, dopo simile macchia, alla vita pacifica ed onesta. E mentre ai contribuenti sarebbero risparmiate annualmente molte decine di milioni, che così stupidamente vanno oggi sprecati, gli offesi dal reato, soddisfatti da larghe indennità, cesserebbero dal gridare contro l'inefficacia della giustizia punitiva».

42 Cfr. E. FERRI, *Sociologia*, II, cit., p. 425 ss.

43 Così, su tutti, M. ROMANO, sub Pre-Art. 185, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, II, Milano, Giuffrè, 1994, p. 276 ss. In narrativa, si fa riferimento alle disposizioni di cui agli artt. 189 e ss., che prevedono, rispettivamente: l'ipoteca legale dello Stato sui beni dell'imputato a garanzia, fra le altre, delle somme dovute a titolo di risarcimento del

Il risarcimento/riparazione del danno da reato, come previsto all'art. 185 c.p., si presenta, dunque, alla stregua di un'obbligazione integralmente di natura civile e la netta separazione tra conseguenze penali e conseguenze civili del reato, cui è improntato il Codice Rocco, risulta altresì accentuata dalla previsione di cui all'art. 198 comma 1 c.p., ove si dispone che l'estinzione del reato o della pena non importa il venir meno delle obbligazioni civili⁴⁴.

Nel sistema penale delineato dal Codice del 1930, il risarcimento (o meglio, l'adempimento della relativa obbligazione) trova, inoltre, rilievo in alcuni ulteriori, seppur marginali, settori, quale elemento di valutazione complessiva del reato e del suo autore, potendo influire o sulla commisurazione della pena, oppure, dopo la condanna, sull'an dell'esecuzione della pena o sulla durata di essa.

Nel primo senso, l'art. 62 n. 6 c.p. prevede una circostanza attenuante, con conseguente diminuzione di pena, per chi abbia «prima del giudizio, riparato interamente il danno, mediante il risarcimento di esso e, quando sia possibile, mediante le restituzioni»⁴⁵.

Nella seconda direzione, per l'art. 163 comma 1 c.p., la sospensione condizionale della pena «può essere subordinata all'adempimento dell'obbligo alle restituzioni, al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno [...] e alla pubblicazione della sentenza a titolo di riparazione del danno»⁴⁶. Ancora, ai sensi dell'art. 176 comma 4, la liberazione condizionale «è subordinata all'adempimento delle obbligazioni civili derivanti da reato, salvo che il condannato dimostri di trovarsi nell'impossibilità di adempierle»⁴⁷.

Ciò premesso, non pare tuttavia di poter concludere che l'elaborazione teorica positivista, in tema di risarcimento del danno da reato, sia stata completamente

danno e il sequestro preventivo dei beni mobili, in presenza di fondate ragioni che manchino o si disperdano le garanzie delle obbligazioni per le quali è ammessa l'ipoteca legale, entrambe le misure evitabili dietro offerta di cauzione da parte dell'imputato (art. 189 c.p., abrogato dall'art. 218, d.lgs. 28 luglio 1989, n. 271); un'articolata serie di norme relative all'inefficacia degli atti di disposizione dei propri beni, eventualmente compiuti dall'imputato prima o dopo la commissione del fatto di reato (artt. da 192 a 195 c.p.). Su questi aspetti, si veda, in particolare, S. RANIERI, *Manuale di diritto penale*, vol. I, Padova, Cedam, 1952, p. 598 ss.

44 Sulla disciplina codicistica del risarcimento del danno da reato si vedano, ancora e su tutti, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di L. CONTI, Milano, Giuffrè, 2000¹⁵, p. 835 ss. e F. MANTOVANI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 2007⁵, p. 857 ss.

45 Riguardo alla circostanza attenuante di cui all'art. 62 n. 6 c.p. si guardino, in specie, F. DEAN, *Il risarcimento del danno come attenuante comune*, in "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", 1956, M. ROMANO, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, ivi, 1993, p. 865, V. ZAGREBELSKY, *Danno da riparare, entità della riparazione e applicazione dell'attenuante dell'art. 62 n. 6 c.p.*, ivi, 1966, p. 555.

46 Sulla sospensione condizionale della pena si confrontino, tra i tanti, F. DEAN, *Sospensione condizionale della pena*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XVII, 1970, p. 921 e F. GIUNTA, *Sospensione condizionale della pena*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLIII, 1990, p. 87.

47 In tema di liberazione condizionale si consultino, ad esempio, C. PEYRON, *Liberazione condizionale*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXIV, 1970, p. 224, e più di recente, G. FLORA, *La libertà condizionale: quale futuro?*, in "Indice penale", 1989, p. 353.

trascurata dai fautori dell'attuale Codice penale, né che l'attenzione dedicata dai principali esponenti della Scuola positiva alla «protezione efficace che lo Stato deve alle vittime del delitto»⁴⁸ non abbia lasciato traccia alcuna nella disciplina di cui agli artt. 185 e ss. c.p.

In primo luogo, occorre sottolineare che, rispetto alla scarna regolamentazione predisposta nel codice previgente, che sul punto in questione si limitava ad un generico rinvio alla normativa civilistica⁴⁹, l'art. 185 c.p. pone un preciso e generale obbligo al risarcimento del danno da reato («Ogni reato [...] obbliga al risarcimento il colpevole [...]»).

Oltre a ciò, la disciplina codicistica ricomprende, in via del tutto inedita, nell'obbligo risarcitorio anche i danni non patrimoniali⁵⁰ – anche nella forma “specificata” della pubblicazione della sentenza di condanna (art. 186 c.p.) – superando, sotto questo profilo, pure il Progetto Ferri, che non ne contemplava apertamente il ristoro⁵¹, pur se la necessità di riparare anche le conseguenze morali del crimine fosse stata fortemente sostenuta proprio in seno al pensiero positivistico⁵².

Ancora, la previsione di cui all'art. 185 c.p. è, come si è detto, accompagnata da un corredo non indifferente di disposizioni di contorno, attuative e rafforzative, che, invero, non paiono così distanti dall'apparato normativo di rinforzo, allestito agli artt. 93 e ss. del Progetto Ferri⁵³.

Lo stesso legislatore del 1930, con accenti in effetti non dissimili da quelli incontrati in taluni scritti positivisti⁵⁴, giustificò le sue opzioni disciplinari con la «speciale origine dei crediti nascenti da reati» e con le «esigenze di una più efficace guarentigia» delle ragioni delle vittime del delitto⁵⁵.

48 Così E. FERRI, *Relazione*, cit., p. 111.

49 Cfr. il testo dell'art. 37 del Codice Zanardelli, che si limitava a disporre: «la condanna penale non pregiudica il diritto dell'offeso o danneggiato alle restituzioni e al risarcimento del danno».

50 Sul carattere fortemente innovativo della previsione dell'obbligo di risarcimento dei danni anche non patrimoniali si guardi, in particolare, P. CALAMANDREI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali nella nuova legislazione penale*, in “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, 1931, p. 71 ss., il quale ne sottolineò altresì la “potenzialità espansiva” anche nei confronti dell'allora vigente disciplina civilistica.

51 Tanto è vero che l'art. 90 comma 3 del Progetto Ferri prevedeva che «Quando il delitto non abbia recato un danno economicamente valutabile, il giudice può aggiungere l'obbligo di pagare, a beneficio della Cassa delle ammende, una somma non superiore a lire cinquantamila». Sul punto, vedasi E. FLORIAN, *Per una più rigorosa disciplina dell'obbligazione di risarcimento del danno derivante da delitto penale*, in “Scuola Positiva”, 1928, p. 97 ss.

52 Cfr. R. GAROFALO, *Criminologia*, cit., p. 256 ss.

53 Le più vistose divergenze di disciplina del Progetto Ferri rispetto al Codice Rocco riguardano, invero, l'iniziativa officiosa del P.M. anche per la richiesta di condanna al risarcimento (art. 91 del Progetto) e le disposizioni di cui agli artt. 96 e 97 del Progetto, volte a garantire l'effettivo risarcimento del danno. Cfr. *supra* al par. 2.

54 Vedi *supra* par. 1, 3 e 2.

55 *Relazione al Codice Rocco*, n. 190.

Non può, quindi, destare meraviglia che le soluzioni normative adottate nel Codice Rocco, in materia di risarcimento del danno *ex delicto*, avessero suscitato reazioni favorevoli anche presso taluni esponenti di spicco della Scuola positiva. Enrico Ferri medesimo, in una delle sue ultime opere, rivendicò che il futuro codice Rocco (ancora in fase progettuale) avesse recepito «molte delle norme sul risarcimento sistemate nel nostro Progetto (1921)»⁵⁶.

Altrove, ribadendo l'insegnamento positivista circa la necessità di un rinvigorimento dell'obbligo del risarcimento e della sua esecuzione – pur senza farne una sanzione penale – si constatava, con un certo compiacimento, che «in questa felice via si è posto arditamente il cod. attuale, non solo con allargare l'oggetto del risarcimento ma anche con apprestare energiche opportune sanzioni civili e idonee garanzie per la sua efficace prestazione»⁵⁷.

Quel che indubbiamente non trova cittadinanza nell'ambito dell'attuale codice è invece l'idea che il risarcimento del danno da reato possa configurarsi alla stregua di una autonoma sanzione penale, che possa cioè assumere le vesti di un surrogato penale⁵⁸.

Significativamente, lo stesso Progetto Ferri aveva già ripudiato quella che abbiamo definito la “terza dimensione” del risarcimento del danno *ex delicto*, come dimostrano i seguenti, inequivoci, passaggi:

[...] la Commissione ha pensato di non ammettere in questo Progetto il solo risarcimento del danno, come forma per sé stante di sanzione repressiva per i delinquenti occasionali, responsabili di lievi delitti, perché praticamente tale sanzione – se stabilita in favore dell'Erario pubblico – male si distinguerebbe dalla multa ed in caso di amnistia o prescrizione dell'azione penale porterebbe pregiudizio – e non soltanto in via eccezionale, come nel caso del perdono – ai diritti civili della parte lesa, senza dire che giuridicamente, il risarcimento del danno *ex delicto*, per quanto si debba ritenere di diritto pubblico, non può del tutto identificarsi con una sanzione repressiva e perdere il proprio carattere di mezzo riparatorio⁵⁹.

Al di là delle incongruenze pratiche rilevate, pare di poter leggere, tra le riportate righe, quasi una sorta di autodafé, di riconoscimento dell'intima incoerenza teorica tra i postulati del positivismo – tutto improntato alla vanificazione futura della pericolosità sociale del delinquente – e l'irriducibile connotazione retribu-

56 E. FERRI, *Principii di diritto criminale*, cit., p. 589. L'Autore rimarca tuttavia l'assenza di disciplina delle ipotesi di insolvibilità del condannato al risarcimento e la mancata previsione dell'obbligo al risarcimento per gli infermi di mente e gli incapaci in genere, al contrario contemplato nel Progetto del 1921.

57 E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, cit., p. 1084.

58 Vedi *supra* al par. 4.

59 E. FERRI, *Relazione*, cit., p. 116. Qualcuno ebbe a definire addirittura «encomiabile [...] il rigetto da parte della Commissione dell'idea, ripetutamente espressa da uno dei membri, dell'ammissione del solo risarcimento come forma di sanzione repressiva per i delinquenti occasionali responsabili di lievi delitti». Cfr. V. ISOLDI, *Del danno ex delicto secondo il recente Progetto di Codice Penale*, in “Scuola Positiva”, 1921, p. 282.

tiva – inevitabilmente volta al passato – del risarcimento del danno, ove inteso come sanzione criminale⁶⁰.

Tornando al confronto con la disciplina del Codice Rocco, non sembra azzardato ritenere che la distanza dalle soluzioni auspiccate dalla dottrina positivista si misuri più sul piano delle opzioni politico-criminali di fondo (obbligo di diritto pubblico o finanche autonoma sanzione penale contro obbligazione di natura rigorosamente civilistica, pur se “rafforzata”) che su quello delle puntuali scelte normative.

Ampliando il discorso, si può ipotizzare che il tramonto della concezione “pubblicistica” del risarcimento del danno da reato nella codificazione del 1930 sia anch’esso, in qualche misura, riconducibile all’affermazione dell’indirizzo dottrinale tecnico-giuridico, il cui principale intento teorico consisteva nel recupero dell’identità del diritto penale, che avrebbe rischiato, altrimenti, di scomparire in un indifferenziato «magma sociologico»⁶¹.

Di qui, l’esigenza di ristabilire i confini esterni, le mura perimetrali, del diritto penale rispetto alle scienze sociali che si occupano del suo oggetto (antropologia, sociologia criminale ecc.), ma anche di rinsaldarne il recinto interno, rispetto ad altre branche del diritto, in modo da ripristinare la specificità del “momento giuridico penale” e le ragioni del punire⁶².

60 Simile profilo di incompatibilità non sfuggì al più autorevole ed acuto dei critici “dall’interno” della concezione “pubblicistica” del risarcimento del danno da reato, il quale rilevò: «Nulla, infatti, ripugna maggiormente ai criteri del positivismo, che identificare la pena coll’obbligo del risarcimento. Tale identificazione non si può fare, che considerando la pena ed il risarcimento semplicemente come forme di reazione al reato, indirizzate a toglierne ed a ripararne le conseguenze. Ora ciò, se ammissibile nel sistema dell’espiazione, si palesa contraddicente nell’orbita del positivismo. Qui la pena guarda al futuro ed è regime e trattamento del delinquente, secondo il fine generale della sociale difesa ed i fini relativi e particolari di cura, miglioramento, sicurezza, a seconda dei singoli casi. A ciò contraddice l’obbligo del risarcimento, che è soltanto riparazione del male passato e si estrinseca non in confronto del delinquente e come trattamento di questo, bensì in confronti di chi ebbe il danno del reato o dei suoi eredi, mediante per lo più il semplice pagamento di una somma di denaro. Inoltre si osservi, che la pena si applica in ragione della pericolosità del delinquente; l’obbligo del risarcimento nasce dal reato e si applica unicamente in ragione della qualità e quantità di danno, che dal reato è derivato». Così E. FLORIAN, *Trattato*, cit., p. 12.

61 La paternità dell’efficace espressione è di M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti*, cit., p. 523. Sul punto, cfr., su tutti, A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza nel diritto penale*, in “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, I, 1910, parte I, pp. 497-521, 560-582.

62 Sul punto, si veda, per tutti, G. BATTAGLINI, *op. cit.*, pp. 216-217, il quale ebbe a sostenere: «Niuno può dubitare che, nella lotta contro il delitto, non giovi rivolgere la mente e l’opera, oltre che al diritto repressivo, anche ad altre branche del diritto e ad altre discipline estranee a quella legali; ma ciò non toglie che il diritto penale resti un sistema di norme a sé stante, che non può essere identificato o confuso con alcun altro sistema di norme. Contro il delitto lotteranno il diritto civile, il diritto amministrativo, le leggi sanitarie, l’illuminazione notturna, la ferrovia, il telegrafo, la fotografia, gli asili di infanzia, tutto quello che voi volete: ma resterà sempre un posto distinto al diritto penale, come branca giuridica e come strumento specifico di lotta contro la delinquenza. Strumento, che non può pretendere all’infallibilità, e che, per raggiungere l’infalibilità, non può andarsi a confondere con ogni sorta di branche giuridiche e di discipline sociali o sperimentali. Quantunque qua e là la legislazione civile abbia mostrato negli ultimi tempi la tendenza ad assumere un carattere sociale e pubblicistico [...] pur tuttavia risarcimento del danno e pena sono due istituti distinti, e devono rimanere distinti».