

CAPITOLO PRIMO

“QUALIFICAZIONE DELLA FATTISPECIE DELL’OMICIDIO STRADALE IN RAPPORTO ALLA FUNZIONE DELLA PENA”

1. LA FUNZIONE DELLA PENA

SOMMARIO: 1.1. Rilievi introduttivi; 1.2. I fondamenti della funzione della pena; 1.3. Preliminari conclusioni.

1.1. Rilievi introduttivi

Nella cornice del diritto penale, la pena rappresenta la reazione dell’ordinamento rispetto ad un fatto già accaduto, diventando funzionale al perseguimento di qualsiasi finalità a seconda delle scelte di politica criminale compiute dal sistema¹. Le scelte realizzate dall’ordinamento devono essere attuate con una particolare attenzione, cosicché vengano salvaguardati i diritti fondamentali dell’individuo.

Pertanto, in conformità con i principi di un moderno Stato di diritto democratico, il diritto penale non può avvalersi di mezzi indiscriminati per garantire la pacifica convivenza tra i cittadini, poiché ciò comporterebbe un rischio per la tutela dei diritti individuali.

Orbene, negli ultimi decenni, prima nell’ambito della scienza penalistica tedesca, e poi in quella italiana, si rafforzò la consapevolezza di dover dedicare maggior riguardo all’elaborazione di un sistema giuridico ispirato ai principi della politica criminale. Vediamo come, in una prima fase, il protagonista di

¹ S. MOCCIA, *il diritto tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992

tale elaborazione fosse Franz Listz, al quale venne dato il grande merito di aver posto la politica criminale alla base della disciplina che avrebbe dovuto attuare un controllo del crimine².

L'autore, in altri termini, idealizzava la scienza penale come quell'insieme di conoscenze che permettono di sviluppare una strategia efficace per il controllo del reato e del reo attraverso il diritto penale.

Successivamente vediamo come, seppur non esattamente in linea con l'ideologia di Franz Listz, tra i maggiori esponenti ed interpreti principali della politica criminale vi fosse anche Claus Roxin.

Grazie a Roxin maturò l'esigenza di costruire un sistema penale che assumesse come principi di riferimento quei valori di tipo politico-sociale, cosicché si tutelasse l'interesse di un ordine sostanziale, ma allo stesso tempo non si rinunciasse alla funzione di garanzia formale, secondo le esigenze coordinate ad uno Stato sociale e Stato di diritto³.

Il raggiungimento dell'unità sistematica tra politica criminale e diritto penale, secondo Roxin, debba essere inteso come uno dei compiti fondamentali dell'ordinamento⁴; infatti, egli stesso definisce la ratio della politica – criminale come: *“La vincolatività del diritto ed il finalismo della politica criminale non possono essere in contraddizione, ma devono ricondursi a sintesi, così come Stato di diritto e Stato sociale non costituiscono in realtà inconciliabili opposti, bensì una unità dialettica⁵”*.

Una tale prospettiva di intreccio tra politica criminale e diritto penale poteva realizzarsi solo attraverso la costruzione della teoria generale del reato⁶, nella

² JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS, *La política criminal en las ciencias penales*, tratto da Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2021, numero 23- 02, pp. 1-32

³ C. ROXIN, *La politica criminale e sistema del diritto penale*, trad. di S. Moccia 1998

⁴ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore - Funzione della pena e sistematica teleologica*, 1992

⁵ C. ROXIN, *La politica criminale e sistema del diritto penale*, 1998;

⁶ La teoria del reato analizza il “modello” o “stampo” cui ogni previsione incriminatrice astratta deve conformarsi. Questa può concettualmente svilupparsi in due versioni diverse, ove in primo momento era prefissata una concezione bipartita, secondo cui nel reato si ravvisano due soli elementi generali, quello oggettivo (o materiale) e quello soggettivo (o psicologico); successivamente prese campo una concezione tripartita del reato, ove lo stesso reato si suddivide in tre distinti elementi, ossia, il fatto

quale, gli elementi costitutivi del reato, “*vanno fin dal principio considerati, sviluppati e sistematizzati dall’angolo visuale*”⁷.

Facendo una breve parentesi, nell’elaborazione sistematica di Roxin, il “fatto tipico” soddisfa le esigenze di tutela della libertà individuale rispetto all’esercizio del potere punitivo; “l’antigiuridicità”, è il luogo di risoluzione dei conflitti sociali, che sorgono dalle collisioni di interessi individuati e/o superindividuali; mentre, la “colpevolezza” integra il presupposto ed il limite garantistico per l’esercizio della pretesa punitiva, intesa in termini di prevenzione⁸.

Pertanto, si deduce come alla politica criminale non poteva essere più negato un ruolo centrale nella costruzione del sistema e nell’interpretazione della norma. Di conseguenza, in quest’ambito la politica criminale assume la funzione garantistica di delimitazione dell’intervento punitivo statale, che in tal modo ed in un certo senso, ribalta la concezione lisztiana del diritto penale come insuperabile barriera garantistica della politica criminale, considerati l’uno e l’altra quali elementi completamente indipendenti ed opposti e mai in grado di compenetrarsi.

Il diritto penale, a seguito del suo impianto sistematico, resta il “limite invalicabile della politica criminale”, ma al contempo, la politica criminale, in base a quanto predispone per le esigenze di efficienza del sistema nel suo complesso, diviene il limite del diritto penale, che risulta condizionato nella sua azione rispetto a quel tipo di esigenze⁹.

tipico, l’antigiuridicità (la quale coincide con il verificarsi di un’azione contraria a quanto stabilito dall’ordinamento) e la colpevolezza.

Secondo come riportato dalla Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2021, numero 23-02, pp. 1-32, La política criminal en las ciencias penales, “si sostiene che il notevole contributo di Roxin alla teoria giuridica del reato non deve essere considerato un progresso nella sistematizzazione del diritto penale. Piuttosto, costituisce la relativizzazione del pensiero sistematico con l’obiettivo di introdurre in modo più significativo nella dogmatica giuridico-penale un pensiero tipico e casistico.

⁷ C. ROXIN, La politica criminale e sistema del diritto penale, pagina 41, 1998;

⁸ C. ROXIN, Politica criminale, e, cit., p. 51 e ss.; S. Moccia, Il diritto penale tra essere e valore, cit., p. 26 e ss.;

⁹ Così, S. MOCCIA, Il diritto penale tra essere e valore - Funzione della pena e sistematica teleologica, 1992;

Vediamo come ad oggi, in uno Stato di diritto, il sistema del diritto penale può essere costruito solo quale strumento di tutela dei beni giuridici ed esclusivamente in riferimento a quei beni già protetti dalla Costituzione¹⁰. Difatti, nella nostra Carta fondamentale viene dedicata una disposizione alla tutela dei beni costituzionalmente suscettibili di “protezione penale”, la cui protezione può essere compiuta solo alla luce della funzione risocializzante della pena, ex art. 27, co. 3, Cost.¹¹. Tale disposizione, obbliga il legislatore a considerare meritevoli di tutela solo quei valori che, con riferimento ad un dato momento storico, ci si può attendere che vengano considerati dalla stragrande maggioranza dei cittadini quali valori essenziali da coltivare e da rispettare e la cui indispensabile¹² integrità può, quindi, legittimare il ricorso all'estremo rimedio dell'azione penale.

1.2. I fondamenti della funzione della pena.

Attinente alla correlazione tra la politica – criminale e l'impianto sistematico del diritto penale, è la rilevanza della funzione della pena, quale elemento sussidiario del diritto penale, cosicché da acquistare un preciso significato costituzionale. In altri termini, tale rilevanza costituzionale predispone che l'esercizio della pena è legittimo solo laddove vi sia necessità, assumendo

¹⁰ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale: parte generale*. Utet Giuridica, 2020.

¹¹ Ai fini di questi rilievi introduttivi è rilevante sottolineare l'incidenza della nostra carta fondamentale, nello specifico del terzo comma dell'art. 27 Cost. il quale stabilisce che “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”. Pertanto, si nota come tale articolo contenga un'espressa indicazione sulla funzione rieducativa della pena, la quale deve necessariamente costituire il riferimento di base. Nonostante ciò, è da sottolineare come, fino a non molti decenni fa, «la teoria assoluta della retribuzione raccoglieva ampi consensi» Così ritroviamo scritto in Cfr. MOCCIA S., *Diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, op cit., p. 85. Tra gli autorevoli sostenitori della dottrina etico-retributiva è annoverabile «Dario Santamaria che, nella prolusione senese del 1963, Il fondamento etico della responsabilità penale, estratto dall'annuario dell'Università degli studi di Siena 1962/1963, diede uno dei contributi più suggestivi e densi di significato a favore del principio retribuzionistico, evidenziandone la capacità di esaltare il valore dell'autonomia individuale». Tuttavia, i contenuti dell'articolo 27 co. 3, hanno determinato un vero e proprio revirement – dottrinale e giurisprudenziale – in tema di funzione e finalità della pena;

¹² S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore - Funzione della pena e sistematica teleologica*, 1992;

così un carattere di *extrema-ratio*, e per di più, operabile esclusivamente qualora tutti gli altri strumenti di politica sociale e giuridica appaiano inadeguati a promuovere il rispetto dei beni costituzionali¹³.

Pertanto, le scelte di politica criminale, che delineano la fisionomia del sistema penale, sono fortemente condizionate dalla funzione della pena, la quale quest'ultima è caratterizzata dalla classica bipartizione che vede contrapporsi le teorie c.d. assolute e le teorie c.d. relative.

Alla base della distinzione, si collocano, seppur in maniera sintetica, due brocardi latini che esprimono concetti alternativi tra loro; il primo, "*punitur quia peccatum est*" (si punisce perché si è peccato)¹⁴, il quale corrisponde al concetto della teoria "assoluta". In tal teoria, la pena può essere definita quale reazione dell'ordinamento giuridico-penale e conseguenza a qualcosa che è già accaduto e, dunque, che si è già manifestato materialmente nel mondo esterno. Tale teoria è anche definita attraverso una *funzione retributiva o giustiziale* della pena, la cui ratio consiste nel colpire il soggetto, che viola la norma penale con una pena, che corrisponda al danno sociale procurato¹⁵.

In continuità con quanto detto, nell'ambito della c.d. teoria della prevenzione, si identifica il secondo brocardo latino "*punitur ne peccetur*" (si punisce affinché non si pecchi)¹⁶ che si affianca alla teoria relativa, la quale rimanda ad un momento cronologico anteriore (o anche posteriore) rispetto alla verifica del fatto-evento dal quale scaturisce la pena stessa.

Pertanto, all'interno di tale teoria preme distinguere se l'effetto di prevenzione sia riferito alla generalità dei consociati, richiamando la *prevenzione generale*, oppure se l'accento si ponga su obiettivi di neutralizzazione e/o recupero del

¹³G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, Rivista Jus 2019;

¹⁴ Cfr. C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale: parte generale*. Utet Giuridica, 2020, p. 13

¹⁵ IBIDEM. Lo stesso autore, inoltre si premura a sottolineare come, in tal teoria richiamata, delle pene non commisurate alla violazione, rischierebbero di contraddire un principio di altissimo valore, quale quello dell'uguaglianza, ordunque, vi si deve garantire che soggetti, che attuino un reato arrecando lo stesso male, siano colpiti dalla stessa pena;

¹⁶ IBIDEM;

soggetto che ha commesso il reato e di conseguenza si rimanda alla *prevenzione speciale*.

Consideriamo come, nell'ottica della prevenzione *general-preventiva*, l'entità della sanzione dovrebbe fondarsi, non tanto sulla gravità del singolo reato, quanto piuttosto sul bisogno di pena che è correlato ad un certo numero di reati commessi in una data società¹⁷. Tale teoria, nella sua dimensione *general - negativa*, trova il suo limite funzionale nel rischio che la pena minacciata e inflitta sia sproporzionata rispetto al danno sociale arrecato, che, creerà quindi, una degenerazione del sistema penale con conseguente strumentalizzazione del reo quale "esempio" per tutti i consociati, affinché quest'ultimi siano distolti dal delinquere¹⁸.

Diversamente nella prevenzione *generale - positiva*, il rispetto delle regole non è indotto dal timore della sanzione, ma deriva da un'adesione spontanea dell'individuo¹⁹, che comprende, condivide e rispetta le norme ed i valori che esse esprimono²⁰.

Pertanto, nella teoria richiamata, l'inflizione penale non deve essere rivolta alla generalità dei consociati, ma deve essere indirizzata interamente nei confronti del reo, in quanto avendo essa una finalità preventiva, eviterà la realizzazione di ulteriori delitti.

Orbene, affinché la pena raggiunga il suo scopo, è necessario che la pena inflitta sia proporzionata al danno arrecato ed altresì che essa sia sussidiaria,

¹⁷ Cfr. C. FIORE, S. FIORE, Diritto penale: parte generale. Utet Giuridica, 2020, p. 14. Con tal riferimento, S. MOCCIA, Il diritto penale tra essere e valore, cit., p. 51, analizza come l'individuo tenderà a fare un calcolo probabilistico avente ad oggetto il rapporto tra il beneficio derivante dall'attività delittuosa e la sofferenza minacciata dalla pena; il sistema sarà tanto più funzionante, quanto più sicura sarà inflizione della pena in caso di violazione. Si parla in tal caso di "effettività della minaccia".

¹⁸ F. PALAZZO, Corso di diritto penale, cit., p. 12.

¹⁹ S. MOCCIA, Il diritto penale tra essere e valore, cit., p. 61; G. INSOLERA, Introduzione al sistema penale, cit., p. 357

²⁰ In tal proposito vi sono opinioni secondo cui, utilizzare in questo modo il diritto penale comporterebbe una sorta di eterodirezione che indirizzerebbe le modalità di interiorizzazione dei valori, che a seguito dell'assenza della "direzione" statale avrebbero potuto affermarsi anche con modalità e intensità diverse cfr. F. PALAZZO, Corso di diritto penale, cit., p. 10.

quale ultimo mezzo a disposizione dell'ordinamento per "recuperare" il reo, qualora tutti gli altri mezzi afflittivi siano risultati vani²¹.

1.3. Preliminari conclusioni.

Per concludere, si osserva come le molteplici modifiche legislative intervenute negli ultimi decenni, sembrano muoversi verso una concezione di pena -ed in particolare di pena detentiva- come una extrema ratio della risposta penale²².

In tal prospettiva, si percepisce come il compito dello Stato sia quello di reinserire il reo nella società dopo il reato, nel tentativo di rimediare agli errori riconducibili dalle politiche sociali che, si rendono complici del comportamento che inducono il reo a delinquere.

Infine, riportiamo come G. Marinucci nel suo libro di *"politica criminale e riforma del diritto penale"* sottolinea come creare una linea razionale di politica criminale non è un'esigenza avulsa dalla realtà. Qualora ciò non accadesse, sarebbe lo stesso diritto penale a violare la legalità e, quindi, sul piano sostanziale, i diritti del singolo o della collettività che, in premessa, intendeva tutelare²³.

Nei successivi paragrafi, il presente elaborato analizzerà nel merito la disciplina dell'omicidio stradale ex art. 589 bis cp introdotto dalla legge 2016 n°41, in relazione alla corretta applicazione dei principi penalistici, quali il principio di offensività; i principi di proporzione e di ragionevolezza; il principio di legalità ed i principi di colpevolezza/responsabilità, e delle loro eventuali lesioni dovute agli infondati incrementi sanzionatori.

²¹K. L. GROLMAN, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft trad. in S. Moccia, il diritto penale tra essere e valore, cit., p. 55, Grolman presta molta attenzione alla psicologia dell'autore, lasciando però sempre intatta la distinzione tra diritto ed etica, cosciente dell'impossibilità da parte di forze statuali di conoscere gli intimi pensieri dell'agente.

²² Cfr. FIORE C., FIORE S., Diritto penale: parte generale, p. 66;

²³ G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., p. 469;