

**Il diritto penale nel quadro della teoria generale del diritto**  
*Criminal law in the framework of the general theory of law*

**Alì Abukar Hayo**

**Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Roma "Unicusano"**

Sommario: 1. La rappresentazione precettiva della norma penale in connessione con la rappresentazione esclusivamente oggettiva del diritto penale 2. L'anomalia del diritto penale unidimensionale 3. Il paradigma della pretesa punitiva.

**ABSTRACT**

Nel quadro della teoria generale del diritto, si fatica a far posto al diritto penale. La moderna dottrina penalistica ha rinunciato a ravvisare nel rapporto punitivo il necessario correlato del diritto penale; questa branca del diritto è vista solo come un insieme di norme astratte, delle quali non si ricerca la necessaria "concretizzazione". È come se il diritto penale non scendesse mai, dal cielo dei concetti, sulla terra delle relazioni umane. A questa stregua, il diritto penale si configura come un *unicum* nella teoria generale, per certi versi "anomalo", giacché alla sua dimensione oggettiva non corrisponde quella soggettiva. Nella sistematica moderna, la norma precettiva è l'alfa e l'omega del diritto penale; manca il diritto di punire appartenente a un soggetto. Il paradigma di riferimento del diritto penale soggettivizzato è la pretesa punitiva, di cui si può apprezzare la particolare sintonia con l'architettura del processo penale accusatorio e l'attitudine a spiegare i fenomeni del "dinamismo" punitivo.

\*\*\*

Within the framework of the general theory of law, it is difficult to make room for criminal law. Modern penal law doctrine has given up on recognizing the necessary correlate of penal law in the punitive relationship; this branch of law is seen only as a set of abstract rules, of which the necessary "concretization" is not sought. It is as if criminal law never descended from the sky of concepts to the land of human relations. In this way, criminal law is configured as a *unicum* in the general theory, in some ways "anomalous", since its objective dimension does not correspond to the subjective one. In modern systematics, the preceptive norm is the alpha and omega of criminal law; the right to punish belonging to a subject is missing. The reference paradigm of the subjectified criminal law is the punitive claim, of which we can appreciate the particular harmony with the

architecture of the accusatory criminal process and the aptitude to explain the phenomena of punitive "dynamism".

### **1. La rappresentazione precettiva della norma penale in connessione con la rappresentazione esclusivamente oggettiva del diritto penale**

L'odierna dottrina dominante descrive il diritto penale solo come un sistema di norme a contenuto "precettivo", le quali sanzionano il comportamento difforme dei sudditi. In questo schema concettuale, isolatamente considerato, manca l'interazione tra i soggetti; l'uomo, pensato come destinatario del "precetto", ossia come "suddito", "interagisce" solo con la norma; si relaziona solo con l'Essere superiore che personifica la norma, un "Legislatore" astratto e metafisico. Siffatta descrizione del fenomeno penalistico ha la sua ragion d'essere, ma non ci pare esaustiva; riteniamo infatti che ravvisare nel "diritto penale" solamente un sistema normativo significa ignorare una parte essenziale dell'universo penalistico. Tutte le norme giuridiche disciplinano rapporti umani, che vengono sussunti sotto il paradigma del diritto "soggettivizzato", posto che i rapporti umani corrono tra soggetti. Sicché coesistono - e hanno sempre ragione di coesistere - le due accezioni del diritto: quella oggettiva, riguardante il sistema normativo; quella soggettiva, riguardante il rapporto giuridico che si instaura tra i soggetti.

In strana solitudine, la dottrina penalistica tende a "ignorare" l'accezione soggettiva del diritto penale, trascurando di conseguenza un dato importante, che potremmo chiamare la "norma vivente", ossia il rapporto giuridico che si instaura tra soggetti, in virtù della norma astratta. Come il "diritto vivente" designa l'applicazione concreta della norma, dedotta dalle pronunce giurisprudenziali, così il rapporto giuridico può pensarsi come la "norma vivente", giacché costituisce la concretizzazione necessaria della norma astratta. Invero la dottrina, in tutte le branche del sistema normativo, accoglie le due nozioni, oggettiva e soggettiva, del diritto; ad eccezione della dominante dottrina penalistica dei tempi moderni. Le ragioni di questa "dimenticanza" ci sembrano molteplici. Proviamo a indicarne alcune.

La cultura idealistica concepisce lo Stato come "Ente", ossia come "ciò che è": un'entità reale; una vera e propria *res*. In questa *res* indistinta confluiscono tutti gli apparati, che esercitano poteri e funzioni pubbliche, invero alquanto diversificati. L'idea unificante di Stato è certamente utile, per capire e descrivere la dinamica della *res publica*; ma la reificazione dell'idea è un errore logico, che complica la comprensione dei fenomeni giuridici. Ai nostri fini, l'idea che prende il posto della *res*, e cioè la configurazione dello Stato come ente reale, complica la

comprensione del fenomeno penalistico e favorisce l'accezione unidimensionale del diritto penale (inteso in senso solamente oggettivo). L'interezza dello Stato, all'interno delle coordinate idealistiche, si erge al di sopra dei "sudditi", in ragione della superiorità aprioristica dei suoi interessi e dei suoi atti; in questa logica, tutte le articolazioni dello Stato sono *super partes* e perciò imparziali. Ne risulta ostacolata la rappresentazione del diritto penale in termini di rapporto giuridico tra soggetti, e cioè tra "parti", giacché una parte (quella pubblica) dovrebbe essere contemporaneamente *super partes*.

Il paradigma del rapporto punitivo entra poi in rotta di collisione con l'idea che lo Stato eserciti nei confronti del reo una *potestà*, non già una *pretesa*, punitiva. La "soggezione" del reo alla pena, anche al di fuori delle coordinate dell'idealismo, è considerata da gran parte della dottrina il corollario necessario dell'imparzialità della *res publica* e perciò dell'organo "puniente". A tale "soggezione" corrisponde l'esercizio di una potestà, non già l'esercizio di un diritto soggettivo; cosicché "evapora" il rapporto punitivo, che presuppone la paritaria condizione delle parti. Nel diritto dei privati, la posizione paritaria dei soggetti del rapporto giuridico non è insidiata dalla superiorità della parte pubblica, aprioristica e presunta, pertanto nessun ostacolo si frappone alla rappresentazione soggettiva del diritto dei privati; al contrario, in campo penalistico, la necessaria presenza dell'organo pubblico interferisce con la configurazione del rapporto punitivo, nei termini che scaturiscono dall'esercizio del diritto soggettivo, ossia in termini di *pretesa/obbligo*.

La rappresentazione unidimensionale del diritto penale trova ulteriore alimento nell'idea che la norma penale abbia un contenuto "precettivo", prim'ancora che sanzionatorio. Il "precettore", per sua stessa natura, si erge al di sopra dei "precettati" e, poiché il "precetto" è impersonale e valido *erga omnes*, il "suddito", destinatario del precetto, non entra in rapporto col "precettore", né con alcun altro. Se, al contrario, la funzionalità primaria della norma penale viene ravvisata come sanzionatoria (e di riflesso precettiva), risulta più semplice concepire la doppia dimensione del diritto penale, giacché nella fase sanzionatoria è ben concepibile la compresenza di due soggetti ("sanzionatore" e "sanzionato"), avvinti in rapporto giuridico.

Si può infine indicare un ulteriore ostacolo alla teorizzazione del rapporto punitivo: la tendenza riduzionistica del giuspositivismo estremo. Laddove tutta la fenomenologia giuridica viene ristretta nei limiti delle norme verbalizzate nei testi legislativi e regolamentari, il diritto è solo quello "visibile" e dunque risiede per intero nel *verbum*. Il rapporto sottostante, che scaturisce dal *verbum*, non è necessariamente escluso, ma diviene comunque secondario. Laddove poi manca del tutto l'autonomia privatistica, come in campo penale, il *verbum* tende ad assorbire l'interezza del diritto e il rapporto giuridico, pur non essendo

necessariamente escluso, diviene tanto secondario, da poter essere “dimenticato”.

Siamo convinti, tuttavia, che questa “dimenticanza” comporti una comprensione parziale e incompleta della dinamica effettiva del diritto penale, della quale l’immobile verbale legislativo non può darci conto. Solo introducendo, nella sistematica penalistica, il rapporto giuridico e i suoi soggetti, si può cogliere il nesso inscindibile tra il diritto sostanziale e quello processuale; si possono spiegare i “movimenti” della pena, ai quali non corrisponde alcun movimento del *verbum*; si può, in ultima analisi, ben comprendere il diritto penale che vive sulla terra, disciplinato, ben s’intende, dalle fattispecie astratte che abitano il mondo dei concetti.

## 2. L’anomalia del diritto penale unidimensionale

Il fenomeno giuridico non può essere inteso nella sua pienezza significativa senza il riferimento necessario a un “rapporto” tra soggetti<sup>1</sup>. Se ne può cogliere la scorza esteriore in mille modi; anche la semplice lettura di una norma di legge o di un atto giudiziario ci accosta alla comprensione intuitiva di che cosa è il diritto, ma la “sostanza” di esso ci sfugge, se trascuriamo la presenza necessaria dei soggetti che sono avvinti nel “rapporto giuridico”. In fondo perfino il diritto dell’uomo sulla *res*, il diritto di proprietà che costituisce forse l’archetipo della situazione giuridica chiamata diritto soggettivo, può vedersi come un rapporto tra il proprietario, che dispone del bene, e la comunità indistinta degli uomini, obbligati a rispettare l’esercizio delle facoltà inerenti al diritto di proprietà e al correlativo *jus excludendi*. Se, invece, prescindessimo dal rapporto che si instaura tra gli uomini, non potremmo spiegarci l’essenza di quel diritto reale, dal

---

<sup>1</sup> Non si può prescindere dal soggetto che esercita il diritto; tutto il costrutto teorico della fenomenologia giuridica (di ogni branca) poggia sui pilastri del diritto oggettivo e soggettivo. Per una sintetica panoramica cfr. G. FERRARA, *Diritto soggettivo, diritto oggettivo. Uno sguardo sugli apici del giuridico*, in *Costutuzionalismo.it*, 14 settembre 2008. Secondo un’autorevole dottrina, il binomio sul quale si fonda la fenomenologia giuridica non è quello diritto soggettivo-diritto oggettivo, bensì diritto soggettivo-potere; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pub.*, 1949, 238 ss.. A questa stregua il diritto oggettivo, e cioè l’ordinamento di norme, designa ciò che promana dall’esercizio del potere, come la *facultas agendi* promana dal diritto soggettivo. Tale dottrina ravvisa nel diritto oggettivo il quadro normativo, all’interno del quale si instaurano e si sviluppano i rapporti tra gli oggetti; ma proprio per questo, il diritto oggettivo non può stare in piedi da solo. Se il potere, da cui promana il diritto oggettivo, ha ragion d’essere in quanto esercitato e pertanto postula il riferimento necessario ai soggetti che lo esercitano e ai soggetti che sono vincolati dal suo esercizio, risulta evidente che il diritto oggettivo si connette necessariamente al corrispondente diritto dei soggetti. Nel campo penalistico, utilizzando il paradigma del potere come antecedente logico del diritto oggettivo, la questione (alla quale si cercherà di rispondere nelle pagine che seguono) si pone in questi termini: lo *jus puniendi* instaura un rapporto tra soggetti o si connota come mero esercizio di potere?

momento che l'uomo, con molta evidenza, non comunica con la *res*, ma solo con altri uomini; e infatti giammai diremmo che l'unico abitante dell'isola deserta (*Robinson Crusoe*) sia titolare del diritto di proprietà sull'isola. Né potremmo dire che un ipotetico abitante solitario della terra eserciti "diritti" di libertà; la stessa dimensione della libertà non avrebbe ragion d'essere, giacché concerne rapporti tra gli uomini, non già la condizione dell'uomo con sé stesso.

Se al diritto è sempre sottesa una relazione umana, appare "anomala" l'odierna dominante sistematica del diritto penale - e solo del diritto penale - la quale, "dimenticando" qualsivoglia rapporto tra soggetti, si limita a descrivere un insieme di "precetti", verbalizzati in forma scritta, dettati al popolo dei sudditi da un Legislatore issato in un sopramondo invisibile<sup>2</sup>. Le tavole della Legge non sono ricevute da Mosè, ma direttamente dal popolo dei *cives*, senza alcuna mediazione; cosicché non si instaura alcun rapporto tra Mosè e il popolo. Tutto il diritto penale si esaurisce nelle formule verbali delle fattispecie legislative, che descrivono "precetti" e comminano sanzioni per le violazioni.

Non ci si avvede che la purezza astratta di un diritto penale etereo e sopramondano, che non si cala sulla terra e non si inverte nei rapporti umani

---

<sup>2</sup> Nessuna traccia del rapporto punitivo che avvince i soggetti (inteso come relazione di pretesa/obbligo) è data riscontrare nella moderna manualistica italiana F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di L. CONTI, XVI ed., Milano, 2003; G. BETTIOL, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Padova, 2000; A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova/Milano, 2017; S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2017; I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2005; COCCO G. – AMBROSETTI E. M., *Il reato*, in *Trattato breve di diritto penale*, diretto da COCCO G. – AMBROSETTI E. M., Milano/Padova, 2021; G. CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, Bari, 2006; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2016; M. GALLO, *Appunti di diritto penale. Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2003; C. F. GROSSO – M. PELISSERO – D. PETRINI – P. PISA, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Milano, 2020; G. MAGGIORE, *Diritto penale*, I, Bologna, 1949; A. F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, Milano, 2020; MARINI G., *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993; MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Milano, 2001; G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 10<sup>a</sup>, Milano, 2021; T. PADOVANI, *Diritto penale*, 12<sup>a</sup> ed., Milano, 2019; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 8<sup>a</sup>, Milano, 2003; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte Generale*, 8<sup>a</sup> ed., Torino, 2021; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 9<sup>a</sup> ed., Torino, 2021; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2021.

Il diritto penale è declinato solo in senso oggettivo, mentre alla sovranità dell'ordinamento (non già a un singolo organo della *res publica*) compete la potestà (non già la pretesa) punitiva. A titolo meramente esemplificativo si citano la vecchia versione di G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 2, che ha come titolo del primo capitolo "Legalità e irretroattività come limiti alla potestà punitiva dello Stato", e G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 3. Gli Illustri Autori inquadrano il diritto penale nell'ambito del diritto pubblico, caratterizzato dall'esercizio di potestà.

soggettivi, lo allontana, in ultima analisi, dal paradigma generale del diritto. Il che giustifica una domanda di fondo: ha senso chiamare “diritto” una non-relazione, qualcosa di simile, in ultima analisi, al precetto divino, seppure vestito di “sacralità” laica, diversamente divina? Fin quando il diritto penale veniva chiamato *jus puniendi*<sup>3</sup>, cioè “diritto di punire” e perciò diritto di un soggetto di irrogare la sanzione a un altro soggetto, previo accertamento giudiziale, il paradigma di riferimento era quello valido per tutte le branche del diritto, che designava e definiva una relazione instaurata tra soggetti, non già la situazione del suddito di fronte all’impersonale *voluntas* del Legislatore. A questa stregua, era chiaro che legge e diritto non potevano coincidere; era chiaro, in altri termini, che la legge fonda, autorizza, protegge il diritto, ma non coincide con esso; la legge è impersonale, mentre il diritto appartiene a un soggetto. Oggi, invece, nel campo del diritto penale, di fonte esclusivamente legislativa, legge e diritto tendono a coincidere, ma in tal modo si confonde, a nostro parere, la fonte con ciò che ne sgorga: la partoriente con il partorito. Ecco perché ha senso riscoprire la categoria concettuale dello *jus puniendi*, la quale, proprio perché sottende una relazione tra soggetti, introduce immediatamente le questioni relative alla titolarità: a chi appartiene il diritto di punire? Quale organo esercita tale diritto? A quali termini e condizioni è sottoposta la titolarità del diritto? *Etc.*

Ovviamente la riscoperta dello *jus puniendi* impone la doppia declinazione del diritto penale, in senso oggettivo, ma anche soggettivo<sup>4</sup>. Entrambe le

---

<sup>3</sup> Storicamente la prima accezione del diritto penale è stata quella di *jus puniendi*, ossia diritto di un soggetto di punire un altro soggetto. Quest’accezione è stata accolta dalla dottrina classica; si può risalire fino a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. Harlem, 1766, 1981, a cura di F. Venturi. Il secondo capitolo è dedicato al *diritto di punire*, appartenente al *Sovrano*; e non già alla *sovranità* impersonale e oggettiva dell’ordinamento, bensì alla persona (fisica) del sovrano. La dottrina più recente che declina il diritto penale in termini soggettivi - e cioè come posizione giuridica di un soggetto (che esercita la pretesa punitiva) nell’ambito di un rapporto che avvince un altro soggetto (obbligato) - si deve a E. FLORIAN, *Diritto processuale penale*, Torino, 1939; A. TESAURO, *Il diritto subiettivo penale*, Napoli, 1925, 56 ss.; B. ALIMENA, *Principii di diritto penale*, I, Napoli, 1910, 112 ss.; E. CARNEVALE, *Ragione del diritto di punire*, ripubblicato in *Diritto criminale*, II, Roma, 1932, 255 ss.; F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. 2, Milano, 1950; B. PETROCELLI, *Principii di diritto penale*, vol. 1, 2° ed., Napoli, 1964. La corrispondente dottrina tedesca (classica) si deve a K. BINDING, *Die normen*, I, 3<sup>a</sup> ed., Engelmann, Leipzig, 1916, 20 ss.; ID., *Grundriss des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, VII ed., Engelmann, Leipzig, 1907, par. 30; R. LOENING, *Über geschichtliche und ungeschichtliche Behandlung des deutschen Strafrechts*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, III, 1883, 227 ss; BIERLING, *Strafrechtsverhältnis und Strafprozessverhältnis*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1890, 270 ss.

<sup>4</sup> A questa stregua, la vicenda penale ha il suo epicentro in un rapporto giuridico, i cui poli si ravvisano nel diritto soggettivo di punire e nel corrispondente obbligo di subire la pena. In questo senso A. TESAURO, *Il diritto subiettivo penale*, cit., 56 ss.; ID., *La sentenza penale*, Napoli, 1925, 24 ss.; B. ALIMENA, *Principii di diritto penale*, cit. 112 ss.; E. FLORIAN, *Diritto processuale penale*, cit. 204 ss.; E. CARNEVALE, *Ragione del diritto di punire*, cit., 255 ss. Nella moderna dottrina italiana,

declinazioni del diritto hanno ragion d'essere nel mondo dei concetti; ma, a nostro avviso, solo la declinazione soggettiva esprime il rapporto della vita reale che avvince gli uomini. Al contrario, il diritto penale, nella dominante manualistica odierna, è rappresentato nella sola dimensione oggettiva, senza alcuna titolarità soggettiva; il paradosso di questo diritto penale unidimensionale è quello di chiamarsi ancora "diritto", entrando tuttavia in rotta di collisione con l'archetipo generale del diritto e con tutte le altre figure di settore (privato, amministrativo, internazionale etc.), declinate in due accezioni, una oggettiva, come ordinamento, e una soggettiva, come rapporto.

Se si vuole cercare la priorità logica, la si può individuare nell'accezione soggettiva; l'ordinamento, infatti, può essere concepito come l'idea rappresentativa dei rapporti giuridici effettivamente instaurati tra i soggetti, similmente al "mercato", che consiste in una mera idea, rappresentativa dei rapporti economici instaurati tra gli operatori; in questa logica, il rapporto giuridico soggettivo configura il *prius* e l'ordinamento configura il *posterius*. Comunque, a prescindere dalla priorità logica, si può almeno sottolineare una priorità cronologica: è certo che il paradigma del "diritto" più antico e consolidato nel tempo postula necessariamente un rapporto sottostante, che vincola i soggetti. Di fronte a una priorità logica e cronologica, che a noi pare innegabile, c'è da chiedersi come mai l'evidente "anomalia" del diritto penale unidimensionale, e cioè esclusivamente oggettivo, sfugga a tanta parte della dottrina.

In primo luogo, la risposta va cercata nel retropensiero riduzionistico, che tende a coniugarsi con la visione giuspositivistica portata alle estreme conseguenze. Laddove il diritto, declinato oggettivamente, viene confinato entro ristretti parametri giuspositivistici, la fenomenologia giuridica risulta ridotta al verbale dello *jus positum*; e, laddove, come in campo penalistico, vige il principio

---

dopo la pubblicazione nel 1942 della basilare monografia del Vassalli (G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942) si è persa ogni traccia di tale orientamento.

Un tempo, nella letteratura tedesca, quest'orientamento era largamente prevalente. Cfr. K. BINDING, *op. cit.*, 20 ss.; e anche *Grundriss des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, VII ed., Engelmann, Leipzig, 1907, par. 30; R. LOENING, *op. cit.*, BIERLING, *op. cit.*, 270 ss. Nell'ambito di questo rapporto la posizione attiva, contrapposta all'obbligo del reo e designata come diritto soggettivo, si sostanziava in una pretesa punitiva (*Strafanspruch*); cfr. per tutti F. LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25° ed., a cura di E. SCHMIDT - W. DE GRUYTER - Co., Berlin-Leipzig, 1927, 1.

Riteniamo che la configurazione classica del rapporto punitivo, pretesa/obbligo, seppure del tutto abbandonata dalla moderna dottrina, possa rivelarsi feconda anche oggi; soprattutto, se rivisitata alla luce della teoria generale del diritto di Bruno Leoni, cui non ha arriso il meritato successo e il giusto apprezzamento dell'accademia italiana. In B. LEONI, *Il diritto come pretesa*, Macerata, 2004.

di legalità, al *verbum* del legislatore. In questo quadro concettuale, s'intende che il lemma "diritto penale" si presta a rappresentare un universo penalistico che si costituisce e sostanzia solo in norme astratte, verbalizzate in proposizioni linguistiche pronunciate dal legislatore e formalizzate nell'atto parlamentare, dalle quali non discendono rapporti tra soggetti, ma solo comandi *erga omnes*. Ne scaturisce una visione "immobilizzata" e "statica" di questo specifico *jus*, manchevole del dinamismo che i soggetti, e solo i soggetti, possono conferire. S'intende, per contro, che l'accezione soggettiva del "diritto di punire" (*jus puniendi*) si presta a tradurre meglio il dinamismo del fenomeno giuridico, in quanto la punizione è pena "in atto", calata nella realtà della storia. Al contempo, il "diritto di punire", che appartiene a uno dei soggetti del rapporto giuridico, fa pensare immediatamente a una *facultas agendi* e dunque si presta a ricondurre l'oggetto della scienza penalistica entro i paradigmi della teoria generale del diritto. In conclusione, l'obliata categoria del rapporto giuridico penalistico ha il pregio, a nostro avviso, di consentire la doppia declinazione, oggettiva e soggettiva, del diritto penale, riportando la dogmatica penalistica nell'ambito della dogmatica generale del diritto, che spiega e descrive tutti i rapporti giuridici degli uomini nel tessuto sociale.

In secondo luogo, la risposta alla nostra domanda - sul mancato rilevamento dell'"anomalia" del diritto penale unidimensionale - va cercata nel fatto che la dottrina prevalente ravvisa, nell'irrogazione della pena, l'esercizio di una potestà e non l'esercizio di un diritto<sup>5</sup>. Se l'organo pubblico, che punisce, non esercita una pretesa punitiva qualificabile come diritto, bensì una potestà immediatamente esecutiva, in autotutela; se il reo soggiace alla pena, non in quanto obbligato, ma in quanto suddito, privato della possibilità di resistere alla potestà punitiva dello Stato e perciò necessariamente soccombente; la titolarità del diritto non appartiene ad alcun soggetto; non si instaura alcun rapporto giuridico *inter pares*, che avvince il titolare di una pretesa e il titolare di un obbligo; esula il diritto soggettivo e non rimane dunque che la dimensione oggettiva del diritto<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> A nostro avviso, non è un caso che la nozione di potestà punitiva, contrapposta alla precedente nozione di diritto soggettivo di punire, sia stata elaborata in un quadro di riferimento ideale, particolarmente sensibile alle sirene dello "Stato etico". Il primo Autore, al quale si devono una critica profonda e il ripudio radicale della configurazione soggettiva del diritto di punire, è Arturo Rocco (ispiratore del codice penale del 1930 che reca il nome del fratello Alfredo, ministro guardasigilli dell'epoca). Cfr. A. ROCCO, *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, in *Studi in onore di V. Scialoja*, Prato, 1904, ripubblicato in *Giustizia Penale*, 1905, 401 ss. e in *Opere Giuridiche*, Roma, 1935, vol. III, 127 ss. Peraltro, sempre nel periodo fascista (nell'ultimo scorcio del regime) viene pubblicato il testo fondamentale, cui si ispira tutta la successiva sistematica della potestà punitiva: G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, cit.

<sup>6</sup> A ben vedere, configurare il diritto penale a una sola dimensione (oggettiva, senza corrispondente dimensione soggettiva) equivale a concepirlo come mera espressione di potere;

La nostra questione – se sia opportuno declinare il diritto penale anche nella sua versione soggettiva, sulla base di un rapporto giuridico sottostante – passa, dunque, necessariamente attraverso quell'altra: se l'irrogazione della sanzione penale sia configurabile come esercizio di un diritto, basato sull'*equilibrio* delle volontà delle parti, o piuttosto come esercizio di una potestà, basato su rapporti *squilibrati* di sovraordinazione/subordinazione. Diciamo subito che la comminatoria, l'irrogazione e l'esecuzione della pena appartengono non solo a fasi e procedure diverse, ma anche alla competenza di branche diverse dello Stato. La pena è prevista (*comminata* per un fatto che costituisce reato) dalla legge; pertanto, l'attribuzione relativa appartiene all'assemblea legislativa; è *irrogata* dal Giudice, all'esito del processo penale; è *eseguita* dall'ufficio del Pubblico Ministero. Se queste distinte attribuzioni vengono ricondotte nel coacervo indistinto dello Stato "onnicomprendente", ci appaiono comunque espressione di una sola sovranità. Tuttavia, è fin troppo evidente che il giurista non può acquietarsi di ricondurre tutta la fenomenologia penalistica alla sovranità dello Stato, per ciò semplicemente: che il potere legislativo differisce da quello esecutivo e il Giudice non esercita un potere, ma *jus dicit* in nome del popolo italiano; se dunque l'irrogazione della pena appartiene all'attribuzione del giudice, sembra incongruo, già di prim'acchito, assumerla come esercizio di potere. L'irrogazione della pena appartiene a un ambito giurisdizionale, per sua natura *super partes*; come, dunque, può istituire un rapporto potestativo? Non è più congruo ritenere la domanda di pena, ossia la pretesa punitiva esercitata dal Pubblico Ministero, e vagliata dal Giudice, riconducibile all'area del diritto, piuttosto che a quella della potestà?

### 3. Il paradigma della pretesa punitiva

Per rispondere compiutamente alla superiore domanda, è necessaria una premessa sull'errore logico, consistente nella *reificazione dell'idea*. Lo Stato è solo un'idea, mentre la *res* è costituita dagli apparati che esercitano la sovranità, per sua natura multiforme e poliedrica. Mentre l'apparato che chiamiamo *Parlamento* esercita la sovranità emanando leggi, ossia testi che contengono norme valide *erga omnes*; l'apparato che amministra la giustizia esercita la sovranità emanando sentenze, ossia atti che risolvono una controversia in applicazione delle norme valide *erga omnes*; e l'apparato amministrativo esercita la sovranità emanando provvedimenti validi *hic et nunc*, non aventi efficacia normativa. Lo Stato è l'idea unificante<sup>7</sup>, la nozione che esprime l'identità e il comune denominatore della

---

non a caso nella sistematica di Guarino, il diritto oggettivo è ravvisato come ciò che promana dall'esercizio del potere; cfr. C. GUARINO, *op.cit.*

<sup>7</sup> "Lo Stato è, in prima approssimazione, un *fictum*, qualche cosa di congegnato dalla mente degli uomini, un concetto astratto che ha valore come tale [...]", B. LEONI, *Lezioni di dottrina dello Stato*, Soveria Mannelli, 2004, 47.

sovranità, la quale viene esercitata, sempre e comunque, mediante l'emanazione di atti autoritativi, ancorché molto diversificati. Se questa idea, utile per significare l'unità dell'ordinamento giuridico, si sostituisce alla *res*, si corre il rischio di assimilare in una nozione indistinta le varie forme di sovranità; in questa logica la "potestà" diviene sinonimo di sovranità, ma l'utilità dogmatica di una nozione così generica è molto dubbia. A nostro avviso, invece, la nozione di "potestà" si addice a uno solo dei modi di esercizio della sovranità, secondo la specifica natura della soggezione che ne deriva ai *cives*; e non si addice certamente alle pronunce giurisdizionali, le quali risolvono controversie tra le parti che siedono in giudizio in condizioni paritarie.

Se dunque, come pare fin da subito, l'irrogazione della pena, pronunciata dal giudice *super partes*, non costituisce esercizio unilaterale di potestà e non esprime la forza cogente e irresistibile dell'autotutela, il paradigma che può spiegare il fenomeno *de quo* non può che essere quello della *pretesa punitiva*<sup>8</sup>; in questa logica, il diritto penale, nella sua dimensione soggettiva, viene a configurarsi come *diritto punitivo* (ossia sanzionatorio), appartenente a un organo della *res publica*, ed esercitato nell'interesse della *res publica*, tuttavia nelle forme della *pretesa attrice*. L'azione penale, a questa stregua, non è altro che il diritto penale "in azione" e il titolare dell'azione penale non è altro che il titolare del diritto punitivo, del quale si controverte innanzi al Giudice; il reo è colui che resiste alla *pretesa attrice*, ma l'"attore", proprio per il fatto che incontra la

---

<sup>8</sup> La via per la quale la prevalente dottrina italiana giunge ad inquadrare l'irrogazione della pena nel paradigma della potestà punitiva, piuttosto che in quello del diritto punitivo, prende in considerazione il "punito" piuttosto che il "puniente". Il percorso argomentativo può essere così sintetizzato: posto che la condizione del "punito" non può essere sussunta nel paradigma dell'obbligo, ma solamente in quello della soggezione; e posto che il diritto ha ragion d'essere solo che si relazioni con un obbligo; non rimane che asserire il diritto penale come potestà, ossia come complesso normativo istitutivo del potere di punire e non già del diritto di punire. Cfr. G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, cit., 29 ss. Tutti gli sforzi argomentativi dell'insigne Autore sono diretti a dimostrare che non è configurabile "il cosiddetto obbligo del reo di sottostare alla pena", bensì la mera soggezione che non implica alcun apporto volitivo; sicché di fronte all'annullamento della volontà del punito si staglia la potestà punitiva.

A nostro avviso, questa dottrina entra in crisi innanzi alle seguenti domande: a chi appartiene codesta potestà punitiva? Si prende in considerazione la condizione del reo prima o dopo la condanna del giudice? In ordine alla prima questione, si osserva che la pena è irrogata dal giudice (che *jus dicit*), sicché il titolare della potestà dovrebbe essere il giudice; ma se il giudice risolve una controversia, che verte proprio sulla pena, come può al contempo esercitare la potestà di punire? In ordine alla seconda questione, si osserva che il paradigma astratto del reo non presuppone affatto la condanna, coglie semmai la condizione di colui che *dovrà* subire la condanna e la isola in uno spazio temporale indeterminato, nel quale egli è necessariamente resistente rispetto ad una aspettativa controversa di punizione. Su questo punto rinviemo al primo paragrafo del secondo capitolo.

resistenza del “convenuto”, non esercita alcuna potestà unilaterale. Questo schema concettuale ha il pregio di ricondurre il diritto (sostanziale) all'*actio*, nel solco di un pensiero millenario, con radici nel primigenio diritto romano, che riconosce il diritto solo in quanto derivato dalla corrispondente *actio*.

Siffatto paradigma della *pretesa punitiva* entra immediatamente in sintonia con la moderna architettura del processo penale, di rito accusatorio. Le parti del processo penale si possono ravvisare come le parti del rapporto giuridico, del quale si controverte innanzi al giudice terzo, allo stesso modo che nel processo civile<sup>9</sup>; ben difficilmente, e solo con grandi acrobazie logico-giuridiche, il rapporto controverso innanzi al giudice può essere ravvisato come esercizio di potestà, perché la potestà si esercita immediatamente, semmai si controverte successivamente degli effetti della potestà già esercitata. Sicché l'archetipo della potestà entra in distonia con il caposaldo del processo accusatorio, ossia la “terzietà” del giudice, il quale può dirsi appunto “terzo” *super partes* solo in quanto delibera la sanzione penale, e non la ratifica o la annulla *a posteriori*, come sarebbe nel caso di una potestà esercitata dalla parte pubblica che siede in giudizio (pubblico ministero)<sup>10</sup>. E se invece si supponesse che la potestà punitiva sia esercitata dal giudice stesso, la figura del terzo *super partes* verrebbe meno a maggior ragione, perché giurisdizione e potestà, il terzo e la parte, verrebbero a coincidere.

Inoltre, il paradigma del diritto punitivo, appartenente al titolare dell'azione penale, si presta a sussumere tutte le forme dinamiche della sanzione punitiva, difficilmente spiegabili nel quadro di un diritto penale imbalsamato nella proposizione linguistica della fattispecie legislativa. Invero: mentre la dinamica del diritto soggettivo sanzionatorio è pienamente plausibile, perché l'interesse che fa capo a un soggetto nasce, vive, muore e si modifica nel tempo; il diritto oggettivo immedesimato nella norma positiva, a contenuto precettivo-sanzionatorio, non si può modificare, posto che il verbale della norma rimane immutato. E se tale norma legislativa “precetta” i comportamenti umani e il “precetto” riguarda tutti, non si capisce come possa venir meno - per alcuni soggetti (immuni, non punibili) - l'obbligatorietà del diritto penale, immedesimato nel verbale della norma. Al contrario, la categoria della *pretesa punitiva* è pienamente compatibile col fenomeno delle immunità penali, posto

---

<sup>9</sup> Sulle interazioni tra processo penale e civile cfr. C. SANTORIELLO – A. GAITO, *Ma davvero il processo penale è luogo adatto al soddisfacimento delle istanze civilistiche*, in *Arch. pen.*, 2/2013, 391 ss..

<sup>10</sup> Il paradigma della potestà punitiva si confà a un processo, di modello *inquisitorio*, nel quale l'imputato “è un mero oggetto dell'indagine penale ... un'entità equiparata al reato oggetto di accertamento”, mentre il paradigma del diritto punitivo si confà al modello *accusatorio*, nel quale l'imputato è un “soggetto che partecipa da protagonista al processo”; sul dualismo oggetto-soggetto cfr. G.P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 2004, 76.

che l'obbligo penale è correlato alla pretesa, sicché viene meno l'obbligo, se viene meno la pretesa. In sintesi, sia la pena sottoposta a condizione, sia la pena che si estingue, o viene meno *ab imo* (per alcuni soggetti) o per sopravvenute circostanze (in altri casi)<sup>11</sup>, configurano un "dinamismo" punitivo, che all'interno del "rapporto giuridico" ha una sua chiara logica, ma, nella dimensione oggettiva avulsa dal rapporto tra i soggetti, risulta difficilmente spiegabile.

# NOC

<sup>11</sup> Sono numerosi i casi nei quali la punibilità è esclusa o ridimensionata, pur essendo integrati tutti gli estremi – oggettivi e soggettivi - di reato, in ragione del comportamento del reo *post factum*; si fa riferimento, in primo luogo, al fenomeno del c.d. "pentitismo"; ma anche, in secondo luogo, a quella parte del sistema sanzionatorio a carattere reattivo-premiale. Su quest'ultimo punto cfr. R. BARTOLI, *Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma punitivo reattivo premiale. Una prima riflessione*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, (a cura) di M. CATENACCI - V.N. D'ASCOLA - R. RAMPIONI, Roma, 2021, 467 ss.; ID., *La 'galassia affittiva': sistematica, fondamento, legittimità. Studio per un affresco*, in *Studi in onore di Lucio Monaco*, (a cura di) A. BONDI - G. FIANDACA - G. P. FLETCHER - G. MARRA - A. M. STILE - C. ROXIN - K. VOLK, Urbino, 2020, 111 ss.; M. DONINI, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, *ibidem*, 389 ss. L'indubbia rilevanza del fenomeno ha indotto una parte della dottrina a proporre la sistematica quadripartita del reato (la quale si aggiunge alle tradizionali teorie bipartita e tripartita del reato). Cfr. G. COCCO, *La punibilità: quarto elemento del reato*, Padova, 2022; G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 219 ss. Sul punto sia consentito rinviare alle nostre osservazioni, in A. ABUKAR HAYO, *I molteplici aspetti della funzione di garanzia della fattispecie penale. Argini normativi e culturali al potere coercitivo dello Stato nella teoria del reato*, Napoli, 2019, 114 ss.