

Il paradigma del rapporto punitivo
The paradigm of the punitive relationship

Alì Abukar Hayo

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

Sommario: 1. La distinzione tra diritto e potestà 2. La questione se l'irrogazione della sanzione appartenga all'area del diritto soggettivo o della *potestas* 3. conclusioni

ABSTRACT

Il rapporto punitivo può essere ravvisato come una relazione tra soggetti di pretesa/obbligo. L'Autore non vi ravvisa gli elementi della relazione potestà/soggezione, perché il reo soccombe alla sanzione penale solo a seguito della sentenza del Giudice. L'atto emanato *jussu juducis* non può essere considerato espressione di potestà, perché l'organo giudicante è *super partes* e non impone la sua volontà, ma interpreta la *voluntas legis*, che vincola tutti in condizioni di parità e imparzialmente. L'Autore evidenzia che bisogna operare due distinzioni: una tra sovranità e potestà; una tra il momento deliberativo e quello esecutivo della sanzione penale, il primo di pertinenza del Giudice non implica l'esercizio di una potestà, il secondo lo implica. Tuttavia l'esecuzione potestativa del giudicato non riguarda solo l'ambito penalistico; anche la fase esecutiva della sanzione civile comporta l'esercizio di una potestà e, malgrado ciò, si qualifica diritto e non potestà la pretesa giuridica del soggetto, riconosciuta in sentenza. I termini della questione, secondo l'Autore, non mutano nel rapporto punitivo.

The punitive relationship can be seen as a relationship between subjects of claim/obligation. The author does not see in it the elements of the relationship between authority and subjection, because the offender succumbs to the penal sanction only following the judge's sentence. The act issued *jussu juducis* cannot be considered an expression of power, because the judging body is *super partes* and does not impose its will, but interprets the *voluntas legis*, which binds everyone on equal terms and impartially. The author points out that two distinctions must be made: one between sovereignty and power; one between the deliberative moment and the executive moment of the penal sanction, the first pertaining to the Judge does not imply the exercise of a power, the second implies it. However, the potestative execution of the *res judicata* does not only concern the penal sphere; even the executive phase of the civil sanction involves the

exercise of a power and, despite this, the juridical claim of the subject, recognized in the sentence, is qualified as a right and not a power. The terms of the question, according to the author, do not change in the punitive relationship.

1. La distinzione tra diritto e potestà

La domanda di fondo è se i due poli del rapporto giuridico, che si instaura con l'esercizio del diritto di punire (*jus puniendi*), siano configurabili in termini di *pretesa/obbligo*; oppure in termini di *potestà/soggezione*. Fin da subito possiamo osservare che la potestà non è espressione di un diritto soggettivo, propriamente detto, bensì di un potere sovrano, immediatamente esecutivo e *superiorem non recognoscens*. Ebbene, il Giudice può essere considerato *super partes*, nei limiti in cui l'azione penale non sia riconoscibile come espressione di potere *superiorem non recognoscens*. E allora cerchiamo di distinguere meglio, in seno alla medesima sovranità statale, l'ambito del diritto da quello della potestà.

La distinzione risulta ostacolata dalla nozione onnicomprensiva di Stato, nella quale confluiscono indistintamente tutti i "poteri" della classica tripartizione del *Montesquieu*: legislativo, giudiziario e amministrativo. Nell'unità concettuale risultano sussunte tutte le attività che esprimono, sempre e comunque, sovranità e constano di atti autoritativi. Tale nozione indistinta rende oscuro il *quid proprii* della potestà, sia sotto il profilo della sua estraneità all'atto giurisdizionale, sia sotto il profilo della sua necessaria "parzialità".

In riferimento al primo profilo, è necessario sottolineare che il c.d. potere giudiziario si estrinseca in atti che risolvono controversie insorte tra le parti. Il Giudice, nel risolvere la controversia, dichiara fondata (o infondata) la pretesa attrice, in base alle regole vigenti nella società; non persegue alcun interesse proprio e pertanto non esprime una propria volontà, ma si limita a interpretare la legge; al contempo chi soccombe in giudizio, non soggiace alla volontà del Giudice, ma alla volontà della legge, interpretata imparzialmente. L'atto giurisdizionale è in fondo un atto dichiarativo; non già un atto volitivo. Il Giudice pronuncia il diritto (*jus dicit*), nel senso che riconosce la regola giuridica da applicare al caso concreto; non compie alcun atto di potere (ossia *potestativo*), in quanto l'autorità della sua pronuncia risiede nella regola giuridica valida per tutti. In sintesi, il giudice non impone la sua volontà all'altrui volontà; la sua declaratoria è "autoritativa", in senso lato, promanando da un'autorità sovrana, ma non è un atto di coercizione. Il Giudice dichiara semplicemente la soccombenza di una delle parti in causa, in virtù delle regole giuridiche valide *erga omnes*. L'uguale sottoposizione delle parti in giudizio alle norme generali e astratte, valide per tutti, assicura la condizione paritaria di esse e dunque non comporta la soggezione di una parte all'altra, né tanto meno alla volontà del Giudice, per definizione *super partes*, bensì la soggezione alla sola *voluntas legis*.

Sotto questo profilo, la nostra questione - del rapporto giuridico sottostante al diritto penale - verte inevitabilmente sulla condizione paritaria dei soggetti: non sussiste il rapporto, se non sussiste la parità; *simul stabunt vel simul cadent*; e ovviamente tale parità "sostanziale" deve trovare corrispondenza nella parità processuale, posto che l'*actio* esprime il diritto "in azione". Ne sortisce la domanda se il processo penale possa assimilarsi a una controversia tra parti in causa.

In riferimento al secondo profilo, è necessario sottolineare che l'area di esercizio della *potestas*, in senso stretto, coincide con l'amministrazione della cosa pubblica¹. Qui la volontà della *res publica*, espressa dall'organo, prevale sulla volontà del destinatario dell'atto; la parte pubblica con il suo atto realizza direttamente e immediatamente il suo interesse (ovviamente pubblico e conforme alla legge), senza chiedere l'intervento del Giudice. Ebbene il portatore di un interesse (ancorché pubblico) non può che essere "parte", giacché l'imparzialità, per definizione, è assenza d'interesse.

Siffatta "parzialità", a ben vedere, appartiene solo al potere esecutivo (amministrativo), fra quelli della tripartizione di *Montesquieu*. Non appartiene al potere legislativo, perché gli atti di legislazione non risolvono problemi concreti, ma dettano norme generali e astratte e dunque non realizzano alcun interesse concreto. Non appartiene, come detto, alla giurisdizione, che risolve controversie insorte tra portatori di interessi contrapposti. Appartiene non a caso alla branca dell'organizzazione di Stato, che amministra la cosa pubblica con atti potestativi, giacché appunto l'esercizio del potere consiste nella realizzazione diretta di un proprio interesse.

La vera potestà, strettamente intesa, si esercita solo con atti validi *hic et nunc*, che soddisfano direttamente e immediatamente un interesse concreto e non stabiliscono una regola, vincolante per tutti e anche per il soggetto che emana l'atto. Insomma, solo l'atto amministrativo è potestativo, proprio perché consiste nel comando concreto *ad personam*, al quale il destinatario non può opporre

¹ Il dominio della potestà, intesa in senso stretto, è solo quello della pubblica amministrazione. Invero nei c.d. diritti potestativi (p. es. diritto di opzione, disdetta unilaterale) la volontà di una parte si impone direttamente sulla volontà dell'altra; tuttavia, la genesi di tali diritti è consensuale, sicché, a ben vedere, la reciprocità (se una parte acconsente al conferimento di un "potere" unilaterale alla sua controparte, certamente lo fa per un corrispondente vantaggio) e la paritaria condizione dei soggetti non vengono meno. Nell'area dei diritti potestativi, manca la prefigurazione necessaria - dovuta all'imperio della cosa pubblica sul privato - della relazione potestativa; in altri termini, manca la qualifica che a priori conferisce la posizione di supremazia; cfr. G. AULETTA, *Poteri formativi e diritti potestativi*, in *Riv. dir. comm.*, XXXVII, 1939, I, 557 ss.; G. MESSINA, *Diritti potestativi e Diritti facoltativi*, in *Nuovo digesto italiano*, (a cura di) M. D'AMELIO, A. AZARA, 4° vol., *Contrat-Dir*, Torino 1938, *ad voces*, 87, ss.

alcuna resistenza (semmai può dolersi successivamente dell'eventuale irregolarità dell'atto, che comunque ha già dispiegato i suoi effetti). Il destinatario dell'atto soggiace alla volontà del soggetto che emana l'atto; la sua volontà e quella dell'organo pubblico non sono poste su un piano di parità. L'atto potestativo realizza una coazione, giacché i suoi effetti si riversano in capo al destinatario senza il suo consenso. Dunque, il vincolo che nasce dall'atto amministrativo è unilaterale, giacché l'esercizio della *potestas* non vincola l'organo (titolare della *potestas*), ma solo il destinatario (mentre l'atto legislativo vincola tutti, anche il legislatore stesso, ossia, in concreto, i componenti dell'Assemblea legislativa).

Se il destinatario dell'atto potestativo ne subisce la forza cogente, senza poter opporre resistenza (dolendosi semmai, successivamente, della sua illegittimità), al contrario, il soggetto obbligato, in un rapporto giuridico *inter pares*, può resistere alla pretesa altrui, innanzi al Giudice. La condizione paritaria delle parti processuali è la conseguenza necessaria di una condizione paritaria presupposta e la pronuncia giudiziale si ravvisa *super partes*, nei limiti in cui la volontà del titolare della pretesa non prevale *ex officio* sulla volontà dell'obbligato.

2. La questione se l'irrogazione della sanzione appartenga all'area del diritto soggettivo o della *potestas*

Abbiamo distinto l'ambito del diritto soggettivo dall'ambito della potestà, secondo che vi si siano sottesi rapporti paritari o rapporti predefiniti di sovraordinazione/subordinazione. Al primo ambito appartengono le relazioni umane governate da norme di comportamento generali e astratte che vincolano tutti alla stessa maniera, in condizioni di reciprocità, offrono il quadro di riferimento e garanzia di pretese socialmente accettate, *tutelano* in maniera equilibrata tutti gli interessi in gioco e non autorizzano la tutela unilaterale (autotutela) di uno solo di essi; al secondo appartengono le relazioni di potere, nelle quali la volontà dell'organo pubblico prevale sulla volontà della parte privata e dà vita a un atto di *autotutela* dell'interesse.

A questa stregua, ci dobbiamo chiedere, preliminarmente e in generale, se il fenomeno sanzionatorio sia espressione di un diritto soggettivo o di una potestà; ci chiederemo poi a quale dominio appartenga l'irrogazione della sanzione penale. Di prim'acchito, parrebbe che la fenomenologia sanzionatoria sia la più intrinsecamente "potestativa" e nell'irrogazione di qualsivoglia sanzione risieda la quintessenza della potestà, dal momento che la volontà del destinatario è necessariamente soccombente e del tutto irrilevante di fronte alla forza cogente della sanzione. Ma, a ben vedere, questa prima "apparenza" può

rivelarsi fuorviante, soprattutto in campo penalistico, il solo nel quale si annida l'“anomalia” dell'esclusiva declinazione oggettiva.

La via per la quale la dottrina dominante giunge ad inquadrare l'irrogazione della pena nel paradigma della *potestà punitiva*, piuttosto che in quello del *diritto punitivo*, prende in considerazione il (già) “punito” piuttosto che il “puniendo” e dunque la fase *esecutiva*, piuttosto che quella *deliberativa* della pena. 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 soggettivo 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*². La differenza del vincolo risiede in ciò: il soggetto vincolato dall'esercizio del *diritto* altrui versa in una posizione di *obbligo*; l'obbligato subisce la coazione da parte di chi esercita il diritto, ma la sua volontà non viene annullata del tutto, nel senso che residua la possibilità di una scelta in violazione del vincolo giuridico; al contrario, il soggetto vincolato dall'esercizio della *potestà* versa in una posizione di mera *soggezione*, definibile solo come *pati*; la sua volontà è annullata del tutto e nessuna possibilità di scelta può residuare. Sicché si può dire che il diritto si esercita con la necessaria cooperazione della volontà altrui, ancorché vincolata, mentre la potestà si esercita indipendentemente dalla volontà altrui, assolutamente irrilevante. In sintesi, il *quid* che discrimina le due figure si può individuare nella rilevanza/irrilevanza della volontà del soggetto vincolato. In quest'accezione, al diritto corrisponde l'obbligo, alla potestà corrisponde la soggezione. E poiché si assume che la condizione del destinatario della sanzione penale sia configurabile come mera *soggezione*, nel senso che la volontà del destinatario non coopera all'attuazione

² 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 rinviamo al primo paragrafo del secondo capitolo.

della misura sanzionatoria, si ascrive il fenomeno penalistico alla sfera della potestà³.

Ciò posto, è indiscutibile che il soggetto “esecutato” versa in condizione di soggezione e non di obbligo, dal momento che non pone in essere alcun atto di cooperazione per la realizzazione della pretesa altrui. Ma in verità non ci sembra questo il punto discriminante, per due ragioni: a) gli atti dell’ autorità pubblica hanno comunque efficacia cogente e prescindono dalla cooperazione altrui, legislativi, giurisdizionali o amministrativi che siano; b) la fase esecutiva della sanzione si iscrive sempre nell’ area potestativa, a prescindere dalla tipologia di sanzione.

A - Invero, tutte le espressioni della sovranità possono essere considerate “potestative”, nel senso (lato) che tutti gli atti di esercizio della sovranità prescindono dalla volontà dei cittadini-destinatari e sono produttivi di effetti senza il loro consenso. Sotto questo profilo, sovranità e potestà vengono a coincidere. Così gli atti legislativi, che dettano regole astratte e creano obblighi *erga omnes*, sono valide ed efficaci per deliberazione dell’ assemblea legislativa, indipendentemente dalla volontà degli obbligati; gli atti giudiziari sono vincolanti ed efficaci senza alcuna cooperazione volontaria delle parti in causa; e, allo stesso modo, gli atti amministrativi esplicano i loro effetti non già per il consenso, bensì senza il consenso delle parti in causa.

³ G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, cit., 40, evidenzia che il concetto di *soggezione* è accettato in dottrina «in chiaro contrapposto a quello di obbligo o dovere giuridico, anche da autori (come il Romano e il Carnelutti) che - a parer nostro giustamente - respingono, quanto meno come superflua, la categoria dei diritti potestativi». Ed è proprio questa la condizione del reo, secondo l’ insigne Autore (pag. 41): «nel momento dell’ entrata in funzione della sanzione, o meglio dell’ entrata nel regno della sanzione, altro non si ha nel reo che non sia soggezione ... la volontà del reo non ha cioè in questo momento alcun rilievo: nel senso che si prescinde affatto dall’ imporre a codesta volontà un vincolo, appunto perché si presuppone che nulla possa in proposito un suo intervento».

Osserviamo che, “il momento dell’ entrata del regno della sanzione” in verità consiste di due momenti, nei quali la condizione del reo è differenziata: questi prima resiste di fronte alla pretesa punitiva del pubblico ministero (cfr. *infra* par. 2 cap. 2), poi soccombe di fronte alla sentenza del giudice. A quale dei due momenti si riferisce la soggezione? Se si riferisse al primo, bisognerebbe ipotizzare una potestà “controversa”, giacché il destinatario dell’ atto potestativo oppone resistenza. E ci pare che la potestà controversa non sia vera potestà. Se si riferisse al secondo, si dovrebbe definire potestativa la sentenza del giudice. E poiché il giudice *jus dicit* e dichiara la *voluntas legis*, dovremmo definire potestativo, in ultima analisi, l’ atto legislativo. Ma, in questo modo, tutti gli atti di esercizio della potestà non verrebbero a coincidere con gli atti di esercizio della sovranità? Ma se potestà e sovranità coincidono, per ciò stesso lo Stato sovrano, che con ogni suo atto non impone vincoli obbligatori, bensì determina mera “soggezione”, non ci appare come un immenso, invincibile despota, che sovrasta gli uomini ridotti a sudditi non pesanti?

E allora la vera questione torna a essere un'altra: è appagante un concetto indistinto di Stato, tanto generico e onnicomprensivo da assimilare tutte le espressioni della sovranità, sotto la specie del "potere" (o potestà)? E se non lo è; se, nell'ambito dello Stato sovrano, è necessario e utile distinguere le varie forme di esercizio della sovranità; non è consequenziale ricercare il *quid proprii* della potestà, al di fuori della condizione di assoggettamento del destinatario dell'atto?

In fondo, gli atti del giudice "assoggettano" le parti in causa e producono i loro effetti per forza autonoma; l'atto emanato *iussu iudicis* è, al contempo, efficace *iussu iudicis*; ma non si dirà che il diritto sottostante, dichiarato dal giudice, si converte per ciò solo in potestà. Né si dirà che l'esecuzione forzata del diritto, comandata dal giudice, costituisce esercizio di potestà. Allora diritto e potestà devono essere distinti in maniera diversa; se il *quid* distintivo non risiede nella forza cogente dell'atto d'imperio (nella fase esecutiva), non può che risiedere nella fonte della coazione, ossia nel titolo della forza cogente. Sotto questo profilo, è facile constatare che il diritto invoca la tutela giudiziaria dell'interesse (ovviamente nei casi controversi, a cagione del mancato consenso dell'obbligato), mentre l'atto di esercizio della potestà produce direttamente in capo al destinatario i propri effetti in *autotutela* dell'interesse. Insomma, la differenza tra il diritto e la potestà non corre tanto tra la condizione di obbligo e di assoggettamento del destinatario dell'atto (nella fase esecutiva), quanto tra la *tutela giudiziaria* e l'*autotutela dell'interesse*. Vero è che al diritto corrisponde l'obbligo e non la soggezione passiva, perché il diritto si esercita sempre con il concorso della volontà dell'obbligato; ma in caso di dissenso, il diritto viene dichiarato dal giudice, la cui pronuncia, espressiva di sovranità, determina l'assoggettamento; sicché, a ben vedere, la condizione di soggezione non è il *quid* distintivo della potestà, ma identifica tutte le espressioni della sovranità. Al contrario, l'autotutela dell'interesse non appartiene all'ambito del diritto⁴ e caratterizza solo gli atti amministrativi, qualificabili come strettamente potestativi.

Il vero potere (ossia l'autentica potestà) consiste nel comandare ad altri ciò che non si comanda a sé stessi. In altri termini, il potere non si esercita in condizioni di reciprocità; mentre il diritto si esercita sempre in regime di

⁴ Nei diritti c.d. potestativi (p. es. diritto di opzione, disdetta unilaterale) la volontà di una parte si impone direttamente sulla volontà dell'altra; tuttavia, la genesi di tali diritti è consensuale, sicché, a ben vedere, la reciprocità (se una parte acconsente al conferimento di un "potere" unilaterale alla sua controparte, certamente lo fa per un corrispondente vantaggio) e la paritaria condizione dei soggetti non vengono meno; in ragione di ciò, tali diritti, denominati potestativi, non appartengono al dominio della potestà (intesa in senso stretto). Cfr. *supra* nota n. 13 di questo capitolo.

reciprocità, tanto che è necessaria la pronuncia del giudice-terzo in caso di controversia. Nel diritto è insito un rapporto paritario tra i soggetti titolari della pretesa e dell'obbligo, nascente dall'eguale "soggezione" all'impersonale *voluntas legis* e dall'equilibrio degli interessi in gioco; mentre nel dominio della potestà la relazione tra i soggetti nasce squilibrata, caratterizzata com'è dall'aprioristica prevalenza della volontà e dell'interesse di un soggetto pubblico sulla volontà e sull'interesse del destinatario dell'atto, il quale versa in condizione di soggezione passiva e in capo al quale si producono gli effetti giuridici dell'atto, senza il concorso della sua volontà. S'intende che l'esercizio della potestà è sottoposto alle regole generali dell'ordinamento giuridico, ma il rispetto di tali regole è sindacato dal giudice in un secondo tempo, dopo che l'atto è stato emanato, ha prodotto i suoi effetti e ha realizzato il soddisfacimento dell'interesse sotteso. Insomma, la pronuncia del giudice non è necessaria per la tutela dell'interesse, di cui l'atto d'esercizio della potestà è portatore; è necessaria semmai, in caso di controversia, per "ristabilire" l'ordine legittimo turbato, in ipotesi, dagli effetti giuridici dell'atto illegittimo (già prodottisi in capo al soggetto destinatario, in ipotesi ricorrente).

Al dominio del diritto non appartiene invece l'autotutela dell'interesse. Giova ribadire che il titolare del diritto esercita una pretesa, la quale vincola l'altro soggetto del rapporto (l'obbligato), ma invoca da costui una sorta di "consenso". Il destinatario della pretesa ha l'obbligo di realizzare la prestazione richiesta (dedotta nella pretesa), ma la realizza con l'apporto della sua volontà. In caso di dissenso, il titolare della pretesa non può dare corso al soddisfacimento immediato e diretto del suo interesse; non può autotutelarla, può solo invocare la tutela giudiziaria. In questo caso, la pronuncia del Giudice non interviene *dopo* il soddisfacimento dell'interesse, bensì *per* il soddisfacimento dell'interesse dedotto nella pretesa. In sintesi, nel dominio del diritto è esclusa sempre e comunque l'autotutela dell'interesse; se l'obbligato adempie volontariamente, la pretesa si realizza (e l'interesse connesso viene tutelato) con l'apporto della volontà dell'obbligato; se l'obbligato non adempie, la pretesa, in quanto legittima, si realizza (e l'interesse connesso viene tutelato) *iussu judicis*: non per forza endogena, ma solo in forza della pronuncia giudiziale.

B – A nostro avviso, è necessario distinguere tra il momento *deliberativo-costitutivo* e il momento *esecutivo* della sanzione. È ovvio che l'esecuzione forzata della sanzione appartiene all'area della potestà; ma ciò può dirsi anche dell'esecuzione forzata del diritto del privato; sicché la natura potestativa degli atti esecutivi non è di per sé un dato indicativo e discretivo.

L'effettività e il reale godimento dei diritti degli uomini dipendono dalla capacità dello Stato di proteggerli, mediante l'utilizzo degli apparati amministrativi della coercizione. L'intervento degli apparati coercitivi si

compendia nell'area della potestà, ancorché la *vis* coattiva sia diretta alla tutela di diritti di indole squisitamente privatistica, in quanto la *ratio* intrinseca dell'esecuzione coattiva postula l'immediata e diretta efficacia degli atti. Le forze di polizia che assistono l'ufficiale giudiziario nell'esecuzione di uno sfratto pongono in essere atti potestativi e possono vincere la resistenza di chicchessia senza alcuna intermediazione; e lo stesso ufficiale giudiziario che esegue il provvedimento del giudice pone in essere atti che "assoggettano" immediatamente i destinatari, dunque potestativi in senso lato. In sintesi, tutti gli apparati amministrativi, nel compiere un'attività di esecuzione coattiva, pongono in essere atti espressivi di un *potere* sovrano, i quali giungono al loro fine immediatamente e direttamente, senza l'intervento di un'autorità terza; ciò è vero sempre e comunque, ma si potrebbe dire che è vero a maggior ragione, quando gli atti coercitivi sono diretti all'esecuzione di una sanzione.

Se dunque il fenomeno sanzionatorio, nella sua fase esecutiva, può essere ascritto all'area del potere coercitivo, ma ciò non è bastevole per cogliere la natura del rapporto sottostante, giacché l'esecuzione coattiva in quanto tale, ancorché sottenda un rapporto privatistico, si deve ascrivere alla stessa area; non rimane che prendere in considerazione il momento antecedente, deliberativo-costitutivo, per intendere fino in fondo il senso della sanzione e discriminare tra la sanzione afferente al diritto e la sanzione afferente alla potestà.

Il *risarcimento del danno* cagionato dall'illecito civile viene universalmente e pacificamente riconosciuto in dottrina come "sanzione", cui si conviene l'attributo di "civile". La posizione di colui che "attende" tale risarcimento è descritta come diritto e non come potestà; si parla dunque di diritto al risarcimento, ovvero di *pretesa risarcitoria*, e non di potestà risarcitoria; e con ciò si significa, in maniera chiara e univoca, che il titolare della posizione giuridica non può realizzare da sé il risarcimento, ma può solo pretenderlo e, in caso di dissenso dell'obbligato, può invocare un provvedimento giudiziale. Il giudice adito risolve la controversia con un provvedimento giurisdizionale, che *jus dicit*, cioè dichiara il diritto. L'efficacia della sentenza è dichiarativa, giacché il diritto le preesiste, essendo nato e costituito in virtù del fatto che ha determinato il danno. In conclusione, sul punto che qui ci preme, non sussistono dubbi in dottrina: quantunque il risarcimento del danno sia sussumibile nel paradigma della sanzione, la posizione di aspettativa del beneficiario viene intesa come "diritto", il cui contenuto consiste in una *pretesa*, non già in una *potestà*. Quest'asserzione, non controversa in dottrina, funge da punto di partenza delle nostre argomentazioni, giacché, a ben vedere, è indicativa del fatto che non l'assoggettamento del destinatario nella fase esecutiva, bensì l'*impossibilità* di tutelare autonomamente e direttamente l'aspettativa, senza il consenso del destinatario, fonda il diritto (come la *possibilità* fonda la potestà).

A questa stregua, solo la posizione dell'autorità amministrativa che sanziona da sé l'illecito amministrativo può essere intesa come "potestà", dal momento che solo in questo caso l'autorità amministrativa può "autotutelare" la sua aspettativa di sanzionare l'illecito. E s'intende che la vera potestà non sussiste, sia nel caso in cui l'esecuzione della sanzione avvenga sempre *iussu iudicis* e perciò consegua necessariamente al provvedimento giudiziale, sia nel caso in cui il ricorso (del destinatario) all'autorità giudiziaria abbia efficacia sospensiva. In altri termini, la vera autotutela, in senso pieno e stretto, si ha quando l'autorità amministrativa irroga sanzioni immediatamente esecutive e il ricorso all'autorità giudiziaria, inevitabilmente proposto *a posteriori*, può avere solo effetti riparatori. Si può fare l'esempio dell'iscrizione a ruolo dei crediti fiscali delle pubbliche amministrazioni, il cui ammontare è comprensivo della sanzione, nei casi in cui vige la regola del *solve et repete*.

In virtù delle superiori considerazioni, il fenomeno sanzionatorio (considerato nel suo complesso, a prescindere che la sanzione sia civile, amministrativa, disciplinare o penale) appartiene, in misura prevalente, all'ambito del diritto; ma può appartenere anche, parzialmente, all'ambito della potestà.

3. Conclusioni

Nell'ambito penalistico, sempre e comunque l'irrogazione della sanzione appartiene alle attribuzioni e alla competenza del Giudice *super partes*. In nessun caso, tale atto giudiziale può essere configurato come espressione di autotutela, dunque, a nostro avviso, non si può parlare di potestà punitiva del Giudice, il quale emana un atto sovrano, ma non esprime la sua volontà con forza vincolante (in autotutela). D'altronde, il pubblico ministero esercita una pretesa attrice in giudizio, ma non ha alcun potere (potestà) di irrogare la sanzione penale. Insomma, gli elementi caratteristici della potestà punitiva non sussistono né negli atti del Giudice, né negli atti del pubblico ministero.