

LUCIANO EUSEBI

# LA PENA "IN CRISI"

**Il recente dibattito sulla  
funzione della pena**

**morcelliana**



collana di cultura sociale

COLLANA DI CULTURA SOCIALE  
*diretta da*  
ACHILLE ARDIGO' E COSTANTINO CIPOLLA

*a Gabriella  
e alle piccole Mariachiara e Anna*

LUCIANO EUSEBI

# LA PENA "IN CRISI"

*Il recente dibattito sulla  
funzione della pena*

MORCELLIANA

## PREMESSA

L'estate 1990 ha visto i bambini fra le vittime di atti omicidi: uno dei tabù più radicati, in qualsiasi cultura o subcultura, è stato ormai infranto? E che dire dei 1905 omicidi volontari commessi nel 1989 a New York (cfr. *Time*, 17-9-1990, p. 34), pari a quasi 25 uccisioni per 100.000 abitanti (ma in otto grandi città americane le cose vanno ancor peggio): un tasso annuo circa dieci volte superiore a quello medio italiano (che sorprendentemente, nonostante le regioni 'a rischio', non supererebbe quello di altri Paesi europei)?

Tra allarme sociale e indifferenza, la risposta a simili, drammatici interrogativi viene richiesta, o delegata, al diritto penale; anche quella parte della società che non si attende la soluzione dei problemi da una repressione fine a se stessa esige, del resto, che il sistema punitivo assolva in misura tangibile al suo compito più scontato, quello di prevenire i reati.

Ma quali sono le effettive potenzialità, e dunque anche i limiti strutturali, del diritto penale? Esso è ancora in grado di orientare il comportamento individuale laddove, ad esempio, i legami tra il singolo e l'ordinamento siano *del tutto* lacerati; laddove si sia disposti ad uccidere, ma anche a morire *così facilmente* e il contesto di disgregazione sociale assicuri la sostituzione ininterrotta, nella organizzazione criminale, dei posti vacanti?

Proprio tenendo conto delle situazioni più gravi, è indispensabile domandarsi se abbia un senso (se sia razionalmente e moralmente accettabile) il ritrarsi, sempre a poco prezzo disponibile, nella simbologia appagante e derespon-

sabilizzante della pena retributiva o se possa attendersi di più da un diritto penale che cerchi di fare la sua parte per consolidare, o recuperare, l'adesione ai principi fondamentali della convivenza civile e per scardinare i vincoli di appartenenza criminale.

Guardare con franchezza ai dati disponibili sui fini che possono essere effettivamente perseguiti dall'ordinamento penale, e dunque problematizzare il significato della pena e l'articolazione stessa del sistema sanzionatorio, lungi dal minimizzare la serietà della questione criminale, significa porsi nell'ottica di una strategia preventiva razionale e non puramente simbolica, vale a dire in quella di un incremento della sua efficienza *reale*.

## ABBREVIAZIONI

GA	= Goldammer's Archiv für Strafrecht
JuS	= Juristische Schulung
Krim. Journal	= Kriminologisches Journal
KritV	= Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
MschrKrim	= Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
Riv.it.dir.proc.pen.	= Rivista italiana di diritto e procedura penale
SchwZStr	= Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

LA FUNZIONE DELLA PENA TRA EREDITÀ RETRIBUTIVA  
E INCERTEZZA PREVENTIVA

La prassi penalistica ha saputo tener testa a molte discussioni sulla funzione della pena. A seconda dei momenti, invero, ha fatto concessioni di non poco conto alle diverse Scuole; e, certamente, ha finito nel suo complesso per aprirsi, rispetto al passato, ad una maggiore tutela di alcuni diritti fondamentali del condannato. Ma non si può dire che il nocciolo della realtà punitiva – l'inflizione legalmente deliberata di sofferenza nei confronti di un membro della società – sia stato intaccato in modo rilevante dal succedersi degli indirizzi sul significato della punizione.

Lo stesso panorama internazionale, più che il prevalere dell'uno o dell'altro orientamento, sembra d'altra parte manifestare oggi con particolare evidenza i limiti strutturali dei diversi approcci, senza che ciò implichi, evidentemente, una semplificatoria omogeneizzazione del giudizio sui medesimi. È *la funzione* della pena, in altre parole, che appare in crisi, mentre le singole funzioni ad essa tradizionalmente attribuite sembrano aver esaurito, per così dire, la gamma delle possibili modulazioni del tema di base. Il risultato potrebbe essere quello della rassegnazione, che segnerebbe il trionfo della prassi, nelle sue motivazioni inesprese o inesprimibili (alle quali, peraltro, le correnti neoretributive concedono un'insperata dignità scientifica)<sup>1</sup>, e con esso la definitiva rinuncia al-

---

1. Si consenta su questa problematica il rinvio a L. Eusebi, *La 'nuova' retribuzione. (I) Pena retributiva e teorie preventive – (II) L'ideologia retributiva e la di-*

l'obiettivo di una politica criminale razionale. Potrebbe essere, tuttavia, anche quello di un nuovo impegno di progettazione, che, non dimentico dell'utopia di Radbruch<sup>2</sup>, sappia porsi al di là della mera prospettiva di una legittimazione *migliore* dell'esistente<sup>3</sup>.

La maggiore insidia per il diritto penale moderno – un'insidia che ne compromette l'aspirazione più tipica, quella della conformità a uno scopo – è data dalla permanente carenza di conoscenze certe sulla sua efficacia preventiva, e dunque di indicazioni scientificamente motivabili circa la scelta delle entità e delle tipologie sanzionatorie.

La conseguenza si esprime essenzialmente nel riemergere, sotto vesti diverse, dell'interesse per l'idea retributiva, ma anche nell'affermarsi, da altra prospettiva culturale, di una difesa dell'ordinamento penale pragmaticamente fondata soltanto sulla dimensione garantistica – di 'formalizzazione del conflitto'<sup>4</sup> – ad esso propria<sup>5</sup>: un aspetto, quest'ultimo, indubbiamente significativo, specie in rapporto all'opinione che vor-

---

sputa sul principio di colpevolezza, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1983, pp. 914 ss. e 1315 ss. (anche, in generale, per i riferimenti alla letteratura meno recente).

2. La quale, come è ben noto, auspica, piuttosto che un diritto penale *migliore*, «qualcosa di meglio, che sia anche più accorto ed umano, del diritto penale»: in *Rechtsphilosophie*, Leipzig 1932<sup>3</sup>, p. 136; che tuttavia il desiderato salto di qualità sia effettivamente rinvenibile, come ritiene Radbruch, in un '*Besserungs- und Bewahrungsrecht*' suscita fondate perplessità: cfr. G. Marinucci, *L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci e E. Dolcini, Milano, 1985, p. 331; M. Romano, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano e F. Stella, Bologna 1980, p. 152.

3. Conf. H. Beste, *Zur Rolle der Sozialwissenschaften im Strafrecht*, in «KritV», 1989, 177.

4. Così M. Pavarini, *La crisi della prevenzione speciale fra istanze garantiste e ideologie neoliberiste*, in AA. VV., *Quali garanzie*, a cura di G. Cotturri e M. Ramat, Bari 1983, p. 308.

5. Cfr. H. Giehring, *Sozialwissenschaftliche Forschung zur Generalprävention und normative Begründung des Strafrechts*, in «Krim. Journal», 1987, p. 8.

rebbe semplicemente 'ricondotta al sociale' la ricomposizione delle violazioni del diritto sulle quali oggi interviene il sistema punitivo<sup>6</sup> – ma che nulla dice, ovviamente, sulla legittimazione e sui contenuti della pena.

L'incertezza circa l'idoneità della pena a conseguire i fini dichiarati riguarda in primo luogo, nel suo tradizionale meccanismo di contropinta psicologica, la prevenzione generale, alla quale, dopo la 'crisi' della risocializzazione, sono state dedicate in molti Paesi nuove ricerche empiriche: ma queste, come per il passato, non ne hanno potuto attestare livelli significativi di verificabilità<sup>7</sup>.

Non a caso, pertanto, l'interesse generalpreventivo si è andato spostando, come è noto, sulle componenti 'positive' di stabilizzazione della fedeltà all'ordinamento dei consociati, componenti che si sottrarrebbero, secondo Hassemer<sup>8</sup>, a qualsiasi falsificabilità empirica, avvicinandosi nella loro operatività a modelli propri di molte formulazioni retributive classiche.

All'interno delle c.d. componenti positive, peraltro, sarà necessario operare, nel corso del nostro lavoro, un'attenta distinzione, perché in realtà le forme di possibile interazione delle norme penali, nella loro articolazione prescrittiva e sanzionatoria, con la percezione sociale dell'intangibilità dei beni tutelati sono molteplici e vanno assoggettate a giudizi qualitativamente diversi.

Non in migliori condizioni si pone la constatabilità di una efficacia specialpreventiva dell'intervento punitivo (almeno

---

6. V. sul punto G. Smaus, *Le legittimazioni tecnocratiche del diritto penale: fuga in avanti della prevenzione generale*, in «Dei Delitti e delle Pene», 1985, p. 108 ss., e, più ampiamente, *infra*, IX.

7. V. *infra*, II.

8. V. W. Hassemer, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, in AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, cit., p. 132.

per quanto non costituisca, ovviamente, pura incapacitazione del singolo condannato).

Prima ancora delle tradizionali riserve concernenti il rispetto dell'autonomia individuale e la non prevedibilità dei tempi necessari a conseguire lo scopo, quel che si rende sempre più evidente è soprattutto, in proposito, la disfunzionalità strutturale fra l'obiettivo della integrazione sociale e la segregazione in cui essenzialmente si sostanzia la pena detentiva<sup>9</sup>. Un dato, quest'ultimo, il quale lascia supporre che l'effetto di copertura legittimatrice offerto dalla impostazione risocializzativa alla centralità della reclusione nel sistema penale sia sostanzialmente prevalso, anche al di là del riferimento alle pene indeterminate nordamericane o agli eccessi dell'ideologia del trattamento, sulla sua componente 'riformistica', rappresentata principalmente dalla attenuazione in sede esecutiva della rigidità del *quantum* di pena conseguente alla commisurazione giudiziaria.

Circa il futuro del concetto di risocializzazione, non si deve tuttavia trascurare il preoccupante mutamento di clima da anni emergente nel dibattito penalistico internazionale, il cui effetto è riassumibile in una drastica riduzione dell'"immagine d'uomo" rilevante per il diritto penale, espressa, fra l'altro, da una marcata deindividualizzazione dei parametri di giudizio soggettivamente orientati, e dalla caduta dell'interesse per l'avvenire del condannato<sup>10</sup>. Proprio alla luce di un simile

9. V. *infra*, vii.

10. In questo quadro, per esempio, lo sforzo intrapreso, anche dalla dottrina italiana (fondamentale in proposito L. Monaco, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli 1984, in part. p. 121ss.), per indicare al giudice criteri verificabili di riferimento nei giudizi prognostici richiesti dalla legge rischierebbe di rivelarsi già in partenza obsoleto (si confrontino a questo proposito le posizioni di A. von Hirsch, *Guiding Principles for Sentencing: The Proposed Swedish Law*, in *The Criminal Law Review*, 1987, p. 747). Come superato potrebbe apparire il richiamo al 'mistero dell'uomo che delinque' (l'espressione è di A. Gemelli, *La concezione dinamica della personalità nello studio dei delinquenti*, in

contesto, infatti, una definitiva presa di distanze da *qualsiasi* dimensione dell'idea risocializzativa, così da assimilare in un medesimo destino il 'mito' della rieducazione fondata sul carcere e le potenzialità critiche complessive di tale idea nei confronti del sistema penale, non potrebbe non apparire, come si vedrà, almeno in parte 'sospetta'<sup>11</sup>.

L'incertezza relativa alla funzione della pena si riflette inevitabilmente anche nell'ambito politico criminale, ove convivono atteggiamenti di segno diverso. Lo si può cogliere, per limitarsi ad un solo esempio fra i molti possibili, in relazione al settore di più recente intervento penalistico, quello degli illeciti in materia economica ed ambientale.

È interessante notare, in primo luogo, come un deciso incremento dell'intervento punitivo nei settori in oggetto (ma anche in altre aree specifiche, come quella dei reati sessuali), sia richiesto proprio dagli stessi gruppi sociali e culturali in genere maggiormente disponibili a concrete iniziative di depenalizzazione<sup>12</sup>. E come, all'opposto, sussistano cospicui indirizzi i quali, nonostante gli obiettivi pericoli derivanti dall'inquinamento o dal connubio fra grossa criminalità ed affari, sembrano voler continuare a privilegiare l'appagamento del senso immediato di sicurezza del cittadino rispetto alla *Alltagskriminalität*.

È tuttavia la stessa attitudine preventiva della penalizzazione nelle suddette aree non tradizionali che è stata autorevol-

*Riv.it.dir.pen.*, 1951, p. 8 ss.) con cui F. Stella significativamente apriva, alcuni anni orsono, un convegno sulla prevenzione generale (*Il problema della prevenzione della criminalità*, in AA.VV., *Teoria e prassi*, cit., p. 13 s.).

11. Cfr., in questo senso, A. Baratta, *Integrazione-prevenzione. Una 'nuova' fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, in *Dei Delitti e delle Pene*, 1984, p. 21, e, più ampiamente, *infra*, VIII.

12. Così K. Lüderssen, *Neuere Tendenzen der deutschen Kriminalpolitik*, in AA.VV., *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik. Beiträge zu einem deutsch-skandinavisches Strafrechtsskolloquium*, a cura di A. Eser e K. Cornils, Freiburg i. Br. 1987, p. 161 ss.

mente contestata, poiché risulterebbe puramente 'simbolica'. Il ricorso al diritto penale, in quanto giustificato come *ultima ratio*, consentirebbe infatti al legislatore di esonerarsi dalla doverosa attivazione delle misure politico-strutturali, vale a dire degli sbarramenti pre-penalistici, realmente efficaci<sup>13</sup>.

Questo risultato, secondo il medesimo orientamento, non sarebbe affatto casuale, ma si inquadrirebbe nel preoccupante processo di *materializzazione* che caratterizzerebbe il sistema penale moderno, privilegiandone la dimensione 'plasmatrice' dei comportamenti sociali, rispetto alla tradizionale funzione di tutela: il diritto penale fornirebbe così un facile surrogato 'di facciata' per la caduta della capacità *sociale* di orientamento delle condotte e per la carente influenza esercitata dal contesto politico-amministrativo sugli interessi organizzati, specie di natura economica<sup>14</sup>.

Simili considerazioni, nel contesto della problematica complessiva sin qui sommariamente delineata, indicano efficacemente l'opportunità di affrontare innanzitutto, nella nostra indagine, l'interrogativo cardine circa la l'effettiva sussistenza e l'eventuale esatta collocazione della forza motivazionale inerente alla norma incriminatrice, e ciò onde creare le premesse per verificare sia la legittimità del ricorso allo strumento penale nelle diverse situazioni, sia la necessità delle risposte sanzionatorie di volta in volta adottate.

Nonostante i problemi segnalati, la ricerca di soluzioni che rappresentino una mediazione più razionale fra le esigenze di una tutela reale della convivenza civile e i 'costi' del siste-

---

13. Così P.-A. Albrecht, *Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat. Entwicklungstendenzen des materiellen Strafrechts*, in «KritV», 1988, p. 198. Conf., circa il rapporto fra diritto penale ed economia, K.-D. Bussmann, *Der Mythos Strafrecht hat Konjunktur - Wirtschaftsstrafrecht und Abolitionismus*, in «KritV», 1989, p. 146 s.

14. Così P.-A. Albrecht, *op. cit.*, p. 199; Id., *Prävention als problematische Zielbestimmung im Kriminaljustizsystem*, in «KritV», 1986, p. 58.

ma punitivo dovrà continuare a ricercarsi, in ogni caso, sul terreno della prevenzione.

Il ritorno alla retribuzione, infatti, non costituirebbe che un mascheramento di precise opzioni nell'ambito delle strategie preventive, né, d'altro lato, potrebbe ambire ad imporsi nuovamente quale conseguenza obbligata di una concezione dell'uomo inteso come fine e non come semplice mezzo, dato che non si vede perché tale concezione dovrebbe implicare, trovando in essa conferma, un'idea di giustizia fondata sulla compensazione del male<sup>15</sup>.

Lo aveva chiaramente inteso già nei primi decenni di questo secolo, nonostante la temperie della disputa sul positivismo, una figura non sospettabile come quella del padre Agostino Gemelli, il quale nelle sue ricerche criminologiche mai si discostò dal collegare la pretesa punitiva ad un'esigenza di prevenzione: «La pena ha in se stessa una efficacia preventiva. E lo Stato ha il diritto di punire solo in quanto lo richiede tale scopo, né più, né meno»<sup>16</sup>.

---

15. Cfr. sul punto M. A. Cattaneo, *Sulla filosofia penale di Kant e di Hegel*, in AA.VV., *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, a cura di L. Eusebi, Milano 1989, p. 117 ss.

16. V. A. Gemelli, *Il progetto preliminare di un nuovo codice penale dal punto di vista della psicologia e della antropologia criminale*, in AA.VV., *Osservazioni intorno al Progetto preliminare di un nuovo Codice Penale*, Milano 1927, p. 28.

## II

### LA NON DIMOSTRATA EFFICACIA INTIMIDATIVA DELLA PREVENZIONE GENERALE E LA VALORIZZAZIONE DELLE COMPONENTI 'POSITIVE'

Affermare che il diritto penale assuma *in quanto istituzione* funzione generalpreventiva<sup>17</sup> significa fare affidamento sulla capacità del medesimo, nel caso in cui altri fattori si rivelino insufficienti, di motivare l'astensione del singolo dal porre in essere condotte qualificate come reato: in altre parole, significa ritenere che il sistema punitivo sussista *non soltanto* al fine di scongiurare, in senso potenzialmente neutralizzativo o risocializzativo, la recidiva di chi – per ragioni del tutto sottratte a qualsiasi proposito di condizionamento da parte della norma penale – *abbia già* posto in essere taluna delle condotte succitate.

Una simile impostazione – si deve tuttavia precisare – non implica un contrasto aprioristico con l'orientamento della pena alla risocializzazione, posta la prospettabilità di un sistema nel quale il perseguimento dell'obiettivo di fondo della prevenzione generale sia ammesso *esclusivamente* nei limiti di risposte sanzionatorie idonee a risocializzare: un sistema il quale – lasciando per ora impregiudicata la questione concernente la praticabilità dell'orientamento risocializzativo – appare compatibile, fra l'altro, con il disposto di cui all'art. 27, 3° co., Cost., anche alla luce della sentenza n. 313/1990

---

17. Così M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano 1987, sub Pre-Art. 1, n. 38, p. 16. V. anche V. Vanberg, *Verbrechen, Strafe und Abschreckung*, Tübingen 1982, p. 8 s.

della Corte costituzionale<sup>18</sup>. Quel che resterebbe aperto, semmai, sarebbe il nodo della punibilità di soggetti non bisognosi di reintegrazione sociale, nemmeno sotto il profilo della necessità di una rinnovata adesione ai valori portanti della convivenza civile<sup>19</sup>.

Che l'ordinamento penale abbia capacità di incidenza sugli atteggiamenti sociali nei confronti dei beni tutelati, e non solo dei beni di pura creazione legislativa, appare plausibile. Ma tale plausibilità necessita di un supporto argomentativo empirico-razionale e nulla dice, comunque, sugli elementi della disposizione penale cui l'efficacia generalpreventiva possa legittimamente essere ricollegata.

Risulta significativo, ad esempio, che il ricorso al diritto penale sia recentemente apparso inevitabile alla dottrina in un settore per molti aspetti nuovo quale è quello della tutela dell'esistenza umana nella fase prenatale rispetto alle tecnologie riproduttive e alle manipolazioni genetiche intese in senso lato, data la difficoltà di manifestare in modo credibile il disvalore di atti lesivi della vita e di ottenere il rispetto dell'embrione con prescrizioni di natura diversa da quella penale<sup>20</sup>.

---

18. «La necessità costituzionale che la pena debba 'tendere' a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue. Ciò che il verbo 'tendere' vuole significare è soltanto la presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione» (n. 8).

19. V. *infra*, VIII.

20. Sul punto v. M. Romano, *Legislazione penale e tutela della persona umana*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1989, p. 66 ss.; circa la problematica complessiva e gli aspetti generalpreventivi della tutela dell'embrione, oltre che per i riferimenti bibliografici e comparatistici, si consenta, altresì, il rinvio a L. Eusebi, *La tutela penale della vita prenatale*, *ivi*, 1988, p. 1052 ss.; in senso critico verso la legislazione spagnola del 1988, che ha rinunciato nella materia in oggetto alla previsione di

Né può essere trascurato il rilievo, da anni riproposto, secondo il quale ben diverso rispetto all'attuale potrebbe essere l'impatto preventivo delle norme concernenti la materia contigua dell'interruzione della gravidanza ove esse, pur con ampia disponibilità all'esclusione o alla riduzione della colpevolezza della madre in situazioni determinate e alla non utilizzazione della pena detentiva nei suoi confronti, mantenessero la qualifica di illiceità penale dell'aborto (al di fuori dei casi di stato di necessità), evitandone la configurazione in concreto come diritto soggettivo<sup>21</sup>. Considerazioni, queste, le quali dovrebbero essere valutate anche alla luce della insistenza con cui, per esempio, si è di recente voluta ribadire, a scopi dichiaratamente generalpreventivi, l'antigiuridicità *penale* della assunzione non terapeutica di sostanze stupefacenti<sup>22</sup>.

Quel che va sin d'ora annotato, peraltro, è il fatto, non poco sorprendente in un'ottica tradizionale, per cui l'emergere di esigenze generalpreventive nelle ipotesi appena segnalate risulta ampiamente indifferente all'entità della pena minacciata, ed in parte, anzi, alla sua stessa tipologia, per incentrarsi, piuttosto, sulla richiesta di un esplicito riconoscimento della

---

fattispecie penali (nel contesto di un'estensione della tutela che resta notevolmente al di sotto degli stessi livelli recentemente indicati dalle organizzazioni internazionali europee) v. M. Barbero Santos, *Fecundación asistida e ingeniería genética. Consideraciones jurídico-penales*, in AA.VV., *Ingeniería genética y reproducción asistida*, a cura di M. Barbero Santos, Madrid 1989, p. 305 ss.

21. Cfr. soprattutto M. Romano - F. Stella, *Aborto e legge penale*, Milano 1975, p. 39 ss.

22. Senza che ciò implichi una valutazione necessariamente favorevole sulla strategia in concreto adottata per quest'ultima materia, *ex artt.* 15 e 16 l. 26 giugno 1990, n. 162 (in senso critico cfr. C.E. Paliero, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1990, in part. pp. 438 ss. e 543 s.; si noti che, per sé, l'antigiuridicità penale era implicita anche alla causa di non punibilità di cui all'art. 80<sup>ter</sup> della vecchia legge). D'altra parte, i 'gruppi di riferimento' dell'efficacia motivazionale di prescrizioni aventi rango penale sull'aborto e di prescrizioni della stessa natura sulla droga sono radicalmente diversi (v. anche *infra*, v e nota 107).

rilevanza *penale* delle condotte interessate.

Ciò appare tanto più interessante in quanto può essere accostato proprio al ridimensionamento della centralità attribuita dai 'padri' della prevenzione generale alla dimensione intimidatrice della medesima<sup>23</sup>: ridimensionamento il quale, come già si segnalava, rappresenta uno dei pochi risultati sufficientemente assodati delle ricerche empiriche relative all'incidenza delle norme penali sui comportamenti individuali.

In mancanza di frequenti possibilità comparative, in senso temporale o spaziale, fra situazioni di operatività o di non operatività di un divieto penale ovvero di una determinata modalità sanzionatoria (e data in quei casi l'estrema difficoltà di depurare l'indagine dall'azione di fattori estranei, in modo da poter considerare realizzata la clausola *coeteris paribus*, oltre che di avere a disposizione dati attendibili sulla effettiva diffusione sociale, nei diversi tempi e nei diversi luoghi, dei comportamenti presi in esame), le ricerche relative alla prevenzione generale si sono andate orientando, soprattutto in Germania, intorno al modello dell'*intervista*.

Quest'ultimo consente la derivazione di conclusioni sulla rilevanza preventiva di molteplici fattori in base alle risposte spontaneamente ed anonimamente fornite ad una serie di quesiti da gruppi piuttosto estesi (si va dalle diverse centinaia alle migliaia) di cittadini, variamente selezionabili.

Le informazioni raccolte, e ridotte in coefficienti numerici, riguardano innanzitutto variabili c.d. *indipendenti*: in particolare, da una parte, lo status sociale dell'intervistato, il suo auto-riconoscimento nel sistema giuridico, la sua integrazione scolastica e lavorativa, la sua situazione familiare, ecc.; dall'altra, la valutazione soggettiva, espressa sempre dall'intervi-

---

23. Sull'intimidazione generale come fine della pena in Bentham v. per esempio, di recente, F. Zanuso, *Utopia e utilità. Saggio sul pensiero filosofico-giuridico di Jeremy Bentham*, Padova 1989, p. 159 ss.

stato, circa le conseguenze prevedibili nell'ipotesi della commissione di determinati reati: dall'entità della pena che potrebbe subire (o della pena costituente il massimo edittale) alla probabilità di essere scoperto; dal livello della reazione informale all'atto criminoso che potrebbe attendersi nel contesto microsociale alla gravità assoluta che attribuisce al medesimo atto sul piano morale, ecc.

Tali informazioni sono poste poi in correlazione con ulteriori variabili, di natura *dipendente*, rappresentate dagli illeciti penali che gli interpellati ammettano di aver commesso in un periodo di tempo prefissato o si dichiarino disposti a commettere, in presenza di determinate circostanze, per il futuro, ovvero dai tassi di criminalità rilevati dalla polizia, dal numero delle condanne pronunciate in sede giudiziaria, dall'ammontare delle offese ai beni tutelati desumibili da interviste concernenti i reati di cui l'interpellato sia stato vittima, ecc.<sup>24</sup>.

Alcune ricerche hanno tentato di ridurre in vario modo i limiti strutturali delle rilevazioni in oggetto, quali lo scarto fra la disponibilità teorica a delinquere in particolari situazioni e le condizioni effettive, talora non a priori soggettivamente percepibili, in presenza delle quali si opti per la commissione di un reato ovvero l'inevitabile margine di reticenza delle risposte, riconducibile, nonostante l'anonimato, al coinvolgimento personale che esse implicano. Così in un caso, per esempio, si è fatto ricorso al confronto fra un insieme di variabili indipendenti rilevate *ex ante* e le condotte criminose

---

24. Cfr. H. Schöch, *Empirischen Grundlagen der Generalprävention*, in *Festschrift für Jescheck*, Berlin 1985, p. 1081 ss.; C. Berlitz - H.-W. Guth - R. Kaulitzki - K.F. Schumann, *Grenzen der Generalprävention. Das Beispiel Jugendkriminalität*, in *Krim. Journal*, 1987, p. 13 ss. Sul modello dell'intervista, o 'inchiesta' (*Umfra-geverfahren*), ma dal punto di vista delle ricerche sulla 'cifra oscura', v. anche G. Forti, *Tra criminologia e diritto penale. Brevi note su 'cifre nere' e funzione generale preventiva della pena*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, cit., p. 64 (ed ivi indicazioni bibliografiche).

dichiarate dal gruppo di riferimento, per l'anno successivo al primo sondaggio, attraverso un'apposita, ulteriore intervista<sup>25</sup>; mentre un'altra ricerca ha preferito escludere le domande concernenti i comportamenti illegali effettivi o prevedibili degli interpellati, sostituendole con la richiesta di una valutazione presuntiva del comportamento di terzi<sup>26</sup>.

Pur con queste difficoltà, la elaborazione dei rapporti fra le variabili cui poco sopra s'è fatto riferimento offre indicazioni che appaiono assai meno arbitrarie dei luoghi comuni sull'automatico effetto deterrente degli aumenti di pena. E l'attendibilità quantomeno orientativa delle cognizioni sulla prevenzione generale in tal modo desumibili dalle 'interviste' trova anzi conferma nella sostanziale uniformità dei risultati ottenuti, nonostante le differenze non marginali fra le metodologie di ricerca adottate.

Il dato più significativo è espresso in questo senso dall'emergere di una netta prevalenza dell'efficacia preventiva attribuibile alle c.d. variabili del controllo *interno* (persuasione soggettiva della legittimità del divieto, attaccamento al sistema dei valori fondamentali, ecc.), rispetto a quelle del controllo *esterno*, rappresentate da contropunte estranee alla interiorizzazione dell'esigenza di tutela del bene in gioco ed agenti in termini di pura forza<sup>27</sup>.

25. C. Berlitz - H.-W. Guth - R. Kaulitzki - K.F. Schumann, *ibidem*.

26. S. Karstedt-Henke, *Die Einschätzung der generalpräventiven Faktoren und ihrer Wirksamkeit durch die Bevölkerung. Ergebnis einer empirischen Untersuchung*, in «Krim. Journal», 1987, p. 66 ss.

27. Cfr. H.-J. Albrecht, *Die generalpräventive Effizienz von strafrechtlichen Sanktionen*, in AA.VV., *Empirische Kriminologie*, a cura di G. Kaiser, Freiburg i. Br. 1980, p. 318. Rivalutano nondimeno, nella dottrina europea degli ultimi anni, il ruolo della intimidazione V. Vanberg, *op. cit.*, p. 14 ss. e D.-M. Luzón, *Generalprävention, Gesellschaft und Psychoanalyse*, in «GA», 1984, p. 396 (il quale, anzi, la considera maggiormente idonea a limitare la potestà punitiva statale dello stesso principio di colpevolezza, dato il suo stretto legame con i requisiti di effettività e di stretta necessità della punizione).

Ciò potrebbe apparire in certa misura scontato, posto che la maggior parte dei cittadini, presumibilmente, rispetta la legge penale per convinzione, e non per mera costrizione; ma quanto sembra dedursi dalle indagini empiriche non è la semplice *prevalenza* del controllo interno, bensì la sostanziale *inoperatività* di quello esterno, specie per quel che riguarda l'entità della pena minacciata, una volta che il primo (e con esso la *Normakzeptanz*, o la *Bindung an die Norm*, del soggetto agente) abbia fallito<sup>28</sup>. L'intimidazione manterrebbe eventualmente un significato marginale, rispetto a soggetti scarsamente integrati, in ipotesi di criminalità lieve<sup>29</sup>.

A sostegno della scarsa incidenza preventiva degli aumenti di pena è interessante sottolineare, inoltre, come la punizione attesa dagli intervistati per la commissione di un reato sia *già* ordinariamente valutata molto al di sopra delle entità effettivamente inflitte e come la funzione della pena sia esclusivamente individuata, dalla stragrande maggioranza delle risposte, nella prevenzione speciale<sup>30</sup>.

Anche il rischio che l'azione criminosa sia scoperta risulterebbe ampiamente sovrastimato dal punto di vista soggettivo;

28. Cfr. F. Streng, *Tiefenpsychologie und Generalprävention - Ein Diskussionsbeitrag*, in «Krim. Journal», 1987, p. 51 s.

29. Cfr. H.-J. Albrecht, *op. cit.*, p. 320; D. Dölling, *Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion?*, in «ZStW», 1990, p. 7. L'effetto di intimidazione risulterebbe non trascurabile anche rispetto alla entità delle pene pecuniarie (F. Zimring, *Perspectives on Deterrence*, Washington D.C. 1971, cit. da H.-D. Schwind, *Über Poenologie aus kriminologischer Sicht*, in *Festschrift für R. Wassermann*, Neuwied-Darmstadt 1985, p. 1028 s.). Tutto ciò porterebbe a concludere per l'assenza di fondamentali controindicazioni generalpreventive nei confronti di un consistente ricorso a pene alternative (così, ad esempio, P.-A. Albrecht - F. Dünkel - G. Spiess, *Empirische Sanktionsforschung und die Begründbarkeit der Kriminalpolitik*, in «MschrKrim», 1981, p. 310 ss.; ma v. anche *infra*, IV e X).

30. Cfr. H. Schöch, *op. cit.*, p. 1094 ss. La preminenza del ruolo assegnato alla prevenzione speciale viene segnalato anche rispetto alle opinioni manifestate dai giudici: cfr. F. Streng, *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit*, Heidelberg 1984, p. 379; H. Giehring, *op. cit.*, p. 6.

ma l'effetto preventivo che ne deriverebbe – se valutato nel contesto degli altri fattori rilevanti per la decisione dell'agente – si porrebbe, comunque, notevolmente al di sotto di quanto in genere supposto. Il che non implica, ovviamente, l'incidenza delle situazioni in cui il controllo penale, per eventi particolari o prassi diffuse, tenda addirittura ad annullarsi<sup>31</sup>. Né esclude il significato che la certezza assume, come vedremo, al di là dei confini della prevenzione generale *negativa*.

La maggiore efficacia preventiva attribuibile alla certezza rispetto all'entità della pena, del resto, può ritenersi dipendente, oltre (e forse più) che dal fattore intimidativo, già dalla percezione da parte dell'agente potenziale di non poter portare per così dire a compimento, con significativa probabilità, il disegno complessivo legato all'intento criminoso.

In sintesi, le ricerche sulla prevenzione generale condotte negli ultimi anni in Germania sembrano segnalare che la contropartita *reale* alla criminalità, ed in particolare alla criminalità *grave*, si situi in modo del tutto preminente sul piano della autorevolezza morale (*verbindliche Moralität*) con cui il di-

31. Cfr. C. Berlitz - H.-W. Guth - R. Kaulitzki - K.F. Schumann, *op. cit.*, p. 21 ss.. Evidenza la recrudescenza della criminalità che si avrebbe nei momenti di disorganizzazione sociale o, ad esempio, per effetto degli scioperi della polizia, dei *blackout* elettrici notturni delle città, dei pressoché inesistenti controlli fiscali, ecc., F. Mantovani, *Diritto penale*, Padova 1988<sup>2</sup>; anche in questi casi, tuttavia, l'effetto non investirebbe in modo significativo i crimini più gravi, ma soprattutto i reati contro il patrimonio (cfr. H.-D. Schwind, *op. cit.*, p. 1027).

32. Cfr. D. Dölling, *Rechtsgefühl und Perzeption des Strafrechts bei delinquenten und nichtdelinquenten Jugendlichen und Heranwachsenden*, in *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. x (*Das sogenannte Rechtsgefühl*), a cura di E.-J. Lampe, 1985, p. 253 s., soprattutto circa il rapporto fra diritto penale e sistema sociale dei valori; sui nessi fra morale e riconoscimento sociale delle norme penali v. anche S. Karstedt-Henke, *Die Stützung von strafrechtlichen Normen und Sanktionen durch das Rechtsgefühl. Ein kognitionszentrierter Ansatz*, *ivi*, in part. p. 235 ss. Quanto si è illustrato, deve precisarsi, va essenzialmente riferito all'ordinamento statale, ed in particolare al contesto in cui agisce e agli strumenti di cui dispone lo Stato *democratico*. È plausibile, infatti, che in un'organizzazione sociale terroristica o, ad esempio, mafiosa, la quale fondi la sua stabilità *solo* sulla forza e

vieto sappia imporsi alla percezione del singolo<sup>32</sup>.

Una simile conclusione, tuttavia, non delegittima affatto, come in un primo momento potrebbe apparire, la funzione generalpreventiva del diritto penale, bensì pone sul tappeto il delicatissimo problema della rilevanza di quest'ultimo per il consolidamento nella coscienza sociale del valore e della conseguente intangibilità dei beni tutelati: si tratta, in altre parole, di quella supposta funzione *«morale-pedagogica o di orientamento culturale dei consociati»*<sup>33</sup> in cui si sostanzia la c.d. prevenzione generale *positiva*<sup>34</sup>.

In questo quadro, secondo uno dei principali studiosi tedeschi della prevenzione generale<sup>35</sup>, la penalizzazione potrebbe

---

non si ponga problemi garantistici, l'intimidazione e l'alta probabilità di esecuzione, anche sommaria, delle sanzioni minacciate, possano assumere, almeno temporaneamente, un rilevante grado di efficacia.

33. Così G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 1989<sup>2</sup>, p. 531. V., in proposito, C. Pedrazzi, voce *Diritto penale*, in *Digesto (disc. pen.)*, IV, Torino 1990, p. 67: «la dottrina più consapevole non intende [la prevenzione generale] come mera intimidazione, ma come azione socialpedagogica, intesa a rafforzare nella coscienza dei consociati una tavola di valori con le conseguenti direttive di comportamento». Per i diversi aspetti della prevenzione generale si fa rinvio ai contributi ormai classici di J. Andenaes: *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in AA.VV., *Teoria e prassi*, cit., p. 33 ss.; *General Prevention Revisited: Research and Policy Implications*, in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 1975, p. 341 ss.; *The Moral or Educative Influence of Criminal Law*, in Id., *Punishment and Deterrence*, Ann Arbor 1974, p. 110 ss.; *La prevenzione generale: illusione o realtà?*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1953, p. 269 ss.;

34. Il ricorso recente a questa modalità espressiva (ma l'indicazione di un contenuto *positivo* della prevenzione generale è ben anteriore: v. ad esempio H. Henkel, *Die richtige Strafe*, Tübingen 1969, p. 40) è stato ricondotto, in Germania, a U. Neumann - U. Schroth, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Darmstadt 1980, p. 33 ss. (i quali peraltro inquadrano la concezione in oggetto, in quanto finalizzata alla integrazione e alla stabilizzazione, più che nella prevenzione generale in senso proprio, fra le teorie della *strafende Gesellschaft*).

35. Cfr. H. Schöch, *op. cit.*, p. 1104. V. anche Id., *Zur Wirksamkeit der Generalprävention*, in AA.VV., *Der Sachverständige im Strafrecht - Kriminalitätsverhütung*, a cura di C. Frank e G. Harrer, Berlin - Heidelberg - New York (ecc.) 1990, p. 95 ss., ove l'Autore, ribadendo la centralità della *subjektive Strafempfindlichkeit*, conclude nel senso secondo cui si aprirebbero anche al di fuori dell'area bagatel-

be non risultare inutile per la percezione della gravità di certe condotte: ma la *corsa al rialzo* delle pene si rivelerebbe comunque priva di significato rispetto allo scopo generalpreventivo, il quale, nei casi in cui non risultasse possibile depenalizzare, potrebbe piuttosto essere conseguito da qualsiasi pena capace di evidenziare, senza banalizzarla, la frattura della norma giuridica cagionata dal reato. Una prospettiva, questa, di notevole interesse, come più oltre si vedrà, ma che non ha rappresentato l'indirizzo principale secondo il quale, negli anni recenti, la prevenzione generale *positiva* è stata sempre più valorizzata dalla dottrina.

Prima di passare a considerare più da vicino il pianeta, tuttora ampiamente inesplorato<sup>36</sup>, delle componenti 'positive' della prevenzione generale, è necessario, però, accennare a quegli orientamenti statunitensi che, soprattutto negli anni settanta, hanno cercato di rivalutare la dimensione puramente utilitaristica della deterrenza, trovando la loro espressione più nota nelle ricerche 'econometriche' di I. Ehrlich sulla pena di morte<sup>37</sup>. Tali ricerche, ampiamente strumentalizzate – invero contro l'intento del loro Autore – sul terreno politico, giun-

---

lare «considerevoli spazi per nuove strategie sanzionatorie, a scopo riabilitativo, risarcitorio o di *diversion*, certamente compatibili con l'idea di prevenzione generale» (ivi, p. 109).

36. Cfr. C. Roxin, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1987, p. 16; H. Müller-Dietz, *Integrationsprävention und Strafrecht. Zum positiven Aspekt der Generalprävention*, in *Festschrift für H.-H. Jeschek*, Berlin 1985, p. 817. Una rassegna delle posizioni che si rifanno alle suddette componenti è stata recentemente delineata da K.F. Schumann, *Positive Generalprävention. Ergebnisse und Chancen der Forschung*, Heidelberg 1989.

37. V. soprattutto, di tale Autore, *The Deterrent Effect of Capital Punishment: a Question of Life and Death*, in «American Economic Review», 1975, p. 397 ss.; *Deterrence: Evidence and Inference*, in «Yale Law Journal», 1975, p. 209 ss. L'avvio dell'indirizzo econometrico si fa generalmente risalire a G. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in «Journal of Political Economy», 1968, p. 169 ss. Per una valutazione complessiva v. W. Köberer, *Lässt sich Generalprävention messen? Zur neueren Diskussion der abschreckenden Wirkung von Strafe - am Beispiel der Todesstrafe in den USA*, in «MschrKrim», 1982, p. 200 ss.

gono addirittura a sostenere, come è noto, che fra il 1935 e il 1969 ogni esecuzione avrebbe evitato circa sette/otto omicidi per anno (pur segnalando un'efficacia preventiva assai maggiore, quanto all'omicida potenziale, della probabilità di essere scoperto rispetto a quella di essere condannato, e di entrambe rispetto alla probabilità di essere giustiziato). Esse si pongono, pertanto, in netto contrasto con l'assunto della disfunzionalità generalpreventiva delle condanne capitali, in precedenza dato sostanzialmente per acquisito soprattutto sulla base degli studi di Sellin<sup>38</sup>.

In realtà, il ricorso al modello economico-matematico nella valutazione degli effetti generalpreventivi del sistema penale (lo stesso Ehrlich è un economista) consegue a una ben precisa scelta ideologica, intesa proprio ad estromettere, nel contesto della crisi americana dell'ideologia risocializzativa, qualsiasi modello interpretativo del comportamento individuale fondato sul 'controllo interno' (e dunque, per esempio, sulla psicanalisi classica), in favore di schemi edonistico-razionali di impulso-reazione conformi al quadro di riferimento di un 'ritorno' all'economia, considerata, non senza richiami all'epoca illuministica, come scienza sociale complessiva<sup>39</sup>.

---

38. Cfr. T. Sellin, *The Penalty of Death*, Beverly Hills 1980; Id., *L'effet intimidant de la peine (étude de sociologie criminelle)*, in «Revue de science criminelle et de droit pénal comparé», 1960, p. 579 s.; AA.VV., *Capital Punishment*, a cura di T. Sellin, New York 1967. Nella dottrina italiana v. in proposito E. Dolcini, *La comminazione della pena di morte*, Padova 1979, p. 238 ss.; G. Piffer, *L'efficacia generalpreventiva della pena di morte*, in «Jus», 1981, p. 361 s.

39. Cfr. H.-J. Otto, *Generalprävention und externe Verhaltenskontrolle. Wandel vom soziologischen zum ökonomischen Paradigma in der nordamerikanischen Kriminologie*, Freiburg i. Br. 1982, in part. pp. 131 ss.; 166 s.; 202. Si tratta del tentativo di configurare in senso generalpreventivo, piuttosto che nei più consueti termini retributivi, la presa di distanze americana dalla impostazione preventiva fondata sulla risocializzazione (posto che la prevenzione generale è pressoché unanimemente intesa negli Stati Uniti secondo il classico orientamento intimidatorio o 'negativo': v. H.-J. Otto, *op. cit.*, p. 255). Secondo W. Hassemer, *La prevenzione nel diritto penale*, in «Dei Delitti e delle Pene», 1986, p. 435 s., l'analisi econ-

Questo orientamento ha condotto inevitabilmente ad una rigida selezione delle variabili utilizzate, corrispondente, in particolare, ad una predeterminata 'teoria' dell'omicidio. A ciò vanno aggiunti, con specifico riguardo a Ehrlich, i rilievi unanimemente sollevati dalla vasta letteratura critica seguita ai suoi scritti, sia in relazione alla non completezza degli stessi dati presi in esame (soprattutto statistiche federali) e alle carenze della loro elaborazione sotto il profilo spazio-temporale, sia in ordine ai notevoli margini di arbitrarietà delle forme matematiche sulle quali è costruita l'equazione che sostiene le conclusioni raggiunte<sup>40</sup>. Secondo un'indagine, anzi, una più accurata considerazione, da parte di Ehrlich, dei tassi di errore relativi alla registrazione degli omicidi volontari avrebbe potuto consentire di rilevare, perfino sulla base del modello econometrico, un effetto incentivante, piuttosto che preventivo, della pena di morte sui fatti di sangue<sup>41</sup>.

---

nomica del diritto penale, sviluppata negli USA in seguito a calcoli utilitaristici, non è altro che una sottospecie della teoria della coercizione psicologica come la ritroviamo in Feuerbach; con una variante: «al centro dell'attenzione non stanno più i processi motivazionali interiori di individui che tendono a delinquere, ma i processi decisionali all'interno dello Stato e della società in considerazione di risorse economiche limitate; la questione non è se il delitto paghi, ma se (e quali) investimenti della politica criminale paghino di modo che alla fine i costi non superino l'aspettativa di riduzione della criminalità e dei suoi costi». Nella dottrina italiana l'approccio econometrico è stato analizzato da A. Pagliaro, *Verifica empirica dell'effetto di prevenzione generale*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1986, p. 361 s., che vi ravvisa due gravi vizi di fondo: «la non corrispondenza dell'ipotesi teorica della mera deterrenza al contenuto dell'odierna dottrina penalistica sulla prevenzione generale e il rifiuto di sottoporre a verifica la forza preventiva di una pena 'pronta'».

40. Cfr. E.A. Fattah, *Il dibattito in corso sulla pena di morte come deterrente*, in AA.VV., *La pena di morte nel mondo. Convegno Internazionale di Bologna (28-30 ottobre 1982)*, Casale Monferrato 1983, p. 213 s. (anche per ulteriore bibliografia); W. Köberer, *ibidem*.

41. Cfr. W. Köberer, *op. cit.*, p. 209, in relazione a L.R. Klein - B. Forst - V. Filátov, *The Deterrent Effect of Capital Punishment: An Assessment of the Estimates*, in AA.VV., *Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates*, a cura di A. Blumstein, A.K. Cohen, D. Nagin, Washington D.C. 1978, p. 336 ss.

Quest'ultima conclusione appare d'altra parte del tutto plausibile, dal punto di vista razionale, ove ci si collochi in un'ottica di prevenzione generale *positiva*, dato l'inevitabile effetto destabilizzante provocato nella psicologia sociale dalla uccisione, *imposta* dalla legge, di un uomo, rispetto al valore che l'ordinamento giuridico dichiara di attribuire alla vita umana: un effetto già ampiamente messo in evidenza nel passato e recentemente studiato, sempre negli Stati Uniti, in riferimento a situazioni specifiche<sup>42</sup>.

La breve, non sembra che una migliore conoscenza della prevenzione generale possa essere ottenuta riducendo tendenzialmente la prospettiva di indagine alla mera rilevazione di fatti esteriori (tassi di criminalità, entità delle pene, numero delle condanne, ecc.) e alla valutazione dei loro reciproci rapporti secondo il modello comportamentale esclusivo e pre-costituito dell'*homo oeconomicus*. Al contrario, il modello dell'intervista, pur non risultando in grado di offrire una spiegazione per ogni elemento che di fatto lascia emergere, pare offrire uno spaccato più immediato e realistico di processi motivazionali estremamente complessi.

Ciò non implica che il profilo dell'utile sia da considerarsi penalmente insignificante, bensì, probabilmente, che la sua collocazione debba essere ricercata, più che sul terreno intimidativo, su quello di un miglioramento della 'attrattività' delle alternative legali al crimine<sup>43</sup>. Come recentemente è stato sottolineato, si tratterebbe per esempio di evitare che per parte della popolazione, in certi contesti culturali, la carriera criminale risulti *più* o altrettanto attraente di un'esistenza condotta in conformità alla legge. La stessa funzione di orientamento comportamentale delle norme penali potrebbe infatti

---

42. Cfr. E.A. Fattah, *op. cit.*, p. 202 ss.

43. Cfr. J. Frank, *Ökonomische Modelle der Abschreckung*, in «Krim. Journal», 1987, p. 59.

rimanere stabile nel tempo, sul piano sociale, soltanto ove la fedeltà al diritto rappresenti una prospettiva validamente vivibile, e come tale 'razionale' – seppur in un senso complessivo e non puramente edonistico – anche dal punto di vista dell'utilità personale<sup>44</sup>.

Un'ultima considerazione, di non poca importanza. La accettabilità degli strumenti generalpreventivi mai potrebbe costituire, in ogni caso, una conseguenza automatica della loro eventuale conformità allo scopo, dipendendo ulteriormente dalla loro compatibilità con il rispetto della dignità umana, e dunque da una valutazione di carattere essenzialmente *etico*<sup>45</sup>.

Una simile valutazione non è eludibile immaginando, secondo la prospettiva retribuzionistica, un'inesistente pena morale *in sé*, della quale nessuno è in grado di indicare contenuti vincolanti, da contrapporre alla pena-scopo. Come per molteplici altri ambiti dell'agire umano, si tratta di domandarsi, piuttosto, se i fini attribuiti alla pena e le modalità con cui vengano perseguiti siano o meno moralmente accettabili<sup>46</sup>. La questione perderebbe tuttavia il suo presupposto indispensabile ove la stessa conformità allo scopo di una norma incriminatrice si rivelasse addirittura *a priori* insussistente.

44. Così D. Dölling, *Generalprävention*, cit., p. 11 s. e 17 s. (il quale fa riferimento a situazioni degli Stati Uniti, del Sudamerica e dell'Italia meridionale).

45. Cfr., in rapporto alla pena di morte, N. Bobbio, *Il dibattito attuale sulla pena di morte*, in AA.VV., *La pena di morte*, cit., p. 27 («il punto debole della teoria preventiva, oggi dominante tra gli abolizionisti, giacché tradizionalmente la liceità della pena di morte è stata sostenuta dai retributivisti, sta nel condurre il suo gioco puntando tutto o quasi tutto su una sola carta, quella dell'intimidazione»).

46. Che poi sussista una razionalità nelle cose, per cui ciò che è eticamente *bene* corrisponda, in un'ottica non miope, a ciò che è autenticamente *utile* per l'uomo, e viceversa, è problema che in questa sede non può essere affrontato (salva la constatazione, perfino nel diritto penale, di taluni indizi).

### L'INACCETTABILITÀ DELLA FUNZIONE STABILIZZATRICE FONDATA SULLA SODDISFAZIONE (RETRIBUTIVA) DEI BISOGNI DI PENA

Lo spostarsi del baricentro della prevenzione generale dalla intimidazione al consolidamento della 'fedeltà al diritto' dei consociati è venuto di fatto a coincidere, sul piano temporale, con l'affermarsi delle correnti neoretributive, le quali, come è noto, rielaborano in termini (generalpreventivi) di stabilizzazione sociale, secondo modelli non certo inediti<sup>47</sup>, i contenuti tradizionalmente assunti dalla pena ispirata all'idea di retribuzione (con particolare riguardo alla soddisfazione di quel bisogno emotivo di pena dei cittadini che del sinallagma retributivo costituisce – esclusa programmaticamente qualsiasi considerazione orientata allo scopo – l'unico parametro di riferimento disponibile).

Nel suo complesso, la presa d'atto della inaffidabilità di una giustificazione intimidativa della pena non risulta affatto espressione, in altre parole, di un clima per così dire 'antirepressivo' della scienza penalistica e, pertanto, non ha condotto, almeno in via principale<sup>48</sup>, ad una critica delle sanzioni ordinariamente previste dai codici, ma alla ricerca di una loro diversa e più sofisticata legittimazione. La prevenzione generale *positiva*, di conseguenza, è stata in questi anni pressoché unanimemente assimilata, o per lo meno accostata, al revival

47. Cfr. F. Exner, *La funzione di tutela e la funzione retributiva della pena* (trad. it. delle pp. 25-42 del volume *Die Theorie der Sicherungsmittel*, Berlin 1914), in AA.VV., *La funzione della pena*, cit., p. 16 ss.

48. V. *infra*, IV e IX.

retribuzionistico riscontrabile nel panorama internazionale.

Ciò non toglie che le componenti 'positive' della prevenzione generale siano state ricostruite, come immediatamente vedremo, in una gamma assai articolata di accezioni. Tuttavia l'elemento unificante resta per tutte la funzione di orientamento dei comportamenti sociali che dovrebbe conseguire alla *applicazione della pena*: tanto da lasciar sussistere il dubbio se lo stesso distacco dall'indirizzo intimidativo sia reale o attenga soltanto alle modalità di spiegazione del meccanismo di contropinta psicologica<sup>49</sup> (quel che appare degno di rilievo, semmai, è come la funzione della pena tenda oggi ad incentrarsi, anche dal punto di vista generalpreventivo, sulla inflizione e sulla effettiva esecuzione della condanna, piuttosto che sul momento della minaccia)<sup>50</sup>.

Le diverse modulazioni del connubio fra prevenzione generale *positiva* e retribuzione possono riassumersi in tre orientamenti di fondo, una volta precisato che le distinzioni fra i medesimi sono tutt'altro che rigide, anche sotto il profilo delle terminologie di volta in volta utilizzate per individuarli.

Il primo indirizzo considera la pena come strumento inteso a compensare, nella psicologia dei cittadini, la frattura costituita dall'esempio del reato, la quale potrebbe compromettere, ove non si desse soddisfazione al bisogno di punizione che ne deriverebbe, la 'tabuizzazione' soggettiva dei comportamenti conformi alla legge: si tratta, come appare evidente, della concezione che corrisponde in modo più immediato al-

49. Cfr. W. Köberer, *op. cit.*, p. 215 s. Secondo *BverfG* 45, 187, p. 256 s. (cit. da H. Giehring, *op. cit.*, p. 6), la prevenzione 'integratrice' si realizzerebbe *durch die Bestrafung und deren Höhe*.

50. Cfr. A. Baratta, *Vecchie e nuove strategie di legittimazione del diritto penale*, in *Dei Delitti e delle Pene*, 1985, p. 262 s.; H.-J. Rudolphi, *Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen*, in AA.VV., *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, a cura di B. Schönemann, Berlin - New York 1984, p. 71.

la prospettiva neo-retribuzionistica<sup>51</sup>. Il secondo orientamento attribuisce invece alla pena, e segnatamente a quella che spesso viene indicata come una sua indispensabile dimensione retributiva, il compito di confermare la vigenza delle norme penali e di consolidare, in tal modo, l'autorevolezza dell'ordinamento giuridico o la stessa autorità dello Stato<sup>52</sup>. Il terzo punto di vista può essere individuato, infine, nel concetto di prevenzione integratrice secondo la ricostruzione operata da Roxin, concetto che costituisce una sorta di cerniera fra esigenze riconducibili alla matrice retributiva (espresse ad esempio dal riferimento a ciò che appaghi in termini sociopsicologici il senso di giustizia per la definizione dell'entità di pena corrispondente alla colpevolezza) ed apertura a un'idea di 'composizione' non puramente satisfattiva della ferita aperta sul piano interindividuale e sociale dalla commissione di un reato<sup>53</sup>.

Di certo, come già si segnalava, la valorizzazione di elementi retributivi in funzione 'moralizzatrice' ha una lunga tradizione e rappresenta anzi, secondo un'indagine storica, la caratteristica dominante della riflessione sulla pena svolta dalla dottrina tedesca nel XIX secolo, allorché si sarebbe affermata, nel segno della *sittenbildende Kraft* del diritto penale, la prospettiva della *generalpräventive Vergeltungsstrafe*<sup>54</sup>.

51. V. per tutti G. Jakobs, *Schuld und Prävention*, Tübingen 1976, *passim*.

52. Nel primo senso, ad esempio, Binding, nel secondo Beling: così in F. Exner, *op. cit.*, p. 22, nota 26.

53. Cfr. C. Roxin, *op. cit.*, p. 17. Una suddistinzione di fondo sostanzialmente non dissimile fra le componenti positive della prevenzione generale, soprattutto sotto il profilo degli Autori considerati paradigmatici dei tre indirizzi fondamentali, è proposta da K.F. Schumann, *op. cit.*, p. 1 ss.

54. Così H. Müller, *Der Begriff der Generalprävention im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a. M. - Bern - New York 1984, p. 362 ss. In una prospettiva non dissimile, l'impossibilità di distinguere rigidamente, sotto il profilo storico, correnti preventive e retributive in quanto sistemi al loro interno omogenei, nonché la sopravvalutazione dell'importanza effettivamente assunta dalle *vere* teorie assolute

Se esula dalla prospettiva di questo lavoro l'illustrazione, che abbiamo abbozzato in altra sede, dei precedenti storici più significativi delle c.d. concezioni neo-retributive<sup>55</sup>, appare nondimeno interessante considerare come il loro esito più tipico, espresso dalla già segnalata giustificazione psicosociale dell'appagamento dei bisogni di pena conseguenti alla delusione di un'aspettativa comportamentale (e per lo più ricondotto, oggi, alle teorie sociologiche di Luhmann), sia già chiaramente descritto, nel 1938, da Klug.

Tale Autore, infatti, distingue la prevenzione generale in intimidazione ed 'integrazione', intendendo con quest'ultima proprio il rafforzamento del senso di sicurezza giuridica che deriverebbe dalla risposta penale ai desideri di retribuzione e di espiazione, in quanto fatti empirico-psicologici attraverso i quali si esprime il turbamento (*seelische Erschütterung*) suscitato nella popolazione dall'atto criminoso; e solo alla luce di un simile orientamento alla prevenzione generale, vale a dire senza alcuna connotazione assoluta, il diritto penale, secondo Klug, potrebbe continuare ad essere definito retributivo<sup>56</sup>.

---

sono poste in rilievo da M. Frommel, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion*, Berlin 1987, in part. p. 97 ss.

55. Cfr. L. Eusebi, *La 'nuova' retribuzione*, cit., p. 941 ss.

56. Cfr. U. Klug, *Die zentrale Bedeutung des Schutzgedankens für den Zweck der Strafe*, Berlin 1938, p. 70 ss. Una ricostruzione del significato della pena sostanzialmente analogo è reperibile, oggi, in G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin - New York 1983, p. 6 ss. Per le posizioni neo-retributive nella dottrina tedesca contemporanea v. soprattutto B. Haffke, *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine strafrechtstheoretische Untersuchung*, Aarau 1976; Id., *Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie*, in AA.VV., *Kriminologie im Strafprozess*, a cura di H. Jäger, Frankfurt a. M. 1980, p. 133 ss.; F. Streng, *Schuld, Vergeltung, Generalprävention*, in *-ZStW-*, 1980, p. 637 ss. Nella giurisprudenza il nodo dei bisogni di retribuzione sarebbe essenzialmente emerso, sempre in Germania, rispetto alla interpretazione dell'esigenza di 'difesa dell'ordinamento giuridico' (*Verteidigung der Rechtsordnung*), la quale rappresenta, ai sensi degli artt. 46, 47 e 59 *StGB*, un limite alla sostituzione delle pene detentive brevi nonché alla applicabilità della sospensione condizionale e dell'affidamento in prova (cfr. H. Müller-Dietz, *op. cit.*, p. 817 ss.): affermata, in via di principio la non deducibilità della suddetta esigenza

Una diversa sottolineatura del ruolo della retribuzione, in un medesimo quadro argomentativo, è stata recentemente proposta nella dottrina italiana, con conseguenze sostanziali che appaiono, peraltro, del tutto analoghe. Secondo Morselli, infatti, la dimensione integratrice della prevenzione generale non costituirebbe la funzione della pena, ma l'effetto primario della retribuzione, la quale mirerebbe «non già al soddisfacimento puro e semplice dei bisogni di ritorsione, bensì alla neutralizzazione (rimozione) del turbamento (allarme sociale) prodotto dal fatto criminoso nella *Gesinnung* collettiva».

La *ratio* (retributiva) della punizione sarebbe costituita, pertanto, dalla ricostituzione dell'equilibrio intrapsichico infranto dal delitto, mediante la rimozione di quest'ultimo dalla sfera cosciente quale fondamentale meccanismo di difesa dell'Io; e tale rimozione si realizzerebbe attraverso il 'modo' ontologicamente necessario della afflittività connessa al soddisfacimento del c.d. 'bisogno emotivo'<sup>57</sup>.

Le obiezioni ad una simile interpretazione delle componenti 'positive' della prevenzione generale sono note. Esse contestano innanzitutto il carattere *ontologico* attribuito ai bisogni di pena, come pure l'elevazione del loro soddisfacimento ad elemento cardine dei processi di socializzazione e di interiorizzazione dei valori: lungi dal costituire costanti antropologiche, tali bisogni risulterebbero, piuttosto, storica-

---

za dal livello di colpevolezza, la sussistenza della medesima sarebbe stata riconosciuta, di fatto, in casi in cui il reato non risulti espressione né di un deficit di socializzazione, né di situazioni psicologiche problematiche o comunque conflittuali, apparendo, pertanto, come esito di puro calcolo razionale (l'esigenza di difesa non emergerebbe, in altre parole, di fronte a significative peculiarità del processo motivazionale dell'agente); in realtà, tuttavia, la base empirica sulla quale dovrebbe fondarsi la valutazione (a tutti gli effetti *generalpreventiva*) del giudice sulla necessità di tutela dell'ordinamento si rivela del tutto insicura (così M. Maiwald, *Die Verteidigung der Rechtsordnung - Analyse eines Begriffs*, in *-GA-*, 1983, p. 49 ss.).

57. Cfr. E. Morselli, *La prevenzione generale integratrice nella moderna prospettiva retribuzionistica*, in *-Riv.it.dir.proc.pen.-*, 1988, p. 76 s.

mente condizionati e fornirebbero una comoda copertura ai meccanismi criminogenetici, sottraendo a qualsiasi valutazione critica i rapporti sociali esistenti<sup>58</sup>.

La tradizionale ricerca del proprio fondamento, da parte delle correnti neo-retributive, nella psicologia del profondo trascura, del resto, il fatto che quest'ultima ha per lo più dato rilievo ai bisogni di pena (ad esempio con la teoria del 'capro espiatorio') in senso fortemente polemico, e non già come punto di appoggio per legittimare la funzione stabilizzatrice dei processi sanzionatori<sup>59</sup>. In ogni caso, poi, l'indagine psicoanalitica non offre alcun avallo empirico a quella generalizzazione della sussistenza di bisogni retributivi, se non addirittura di esigenze punitive uniformi e quantificabili, la quale fa sì che, nell'ottica in oggetto, il vero deviante finisca per essere chi non si senta partecipe di una organizzazione dei rapporti interindividuali fondata sulla compensazione degli impulsi aggressivi<sup>60</sup>.

58. Cfr. L. Böllinger, *Generalprävention als Sozialisationsfaktor? Zur Kritik der Dogmatisierung sozialwissenschaftlicher Begriffe*, in «Krim. Journal», 1987, p. 37 s.; W. Köberer, *Strafbedürfnis, Generalprävention und subjektive Verbrechenmerkmale*, in «Krim. Journal», 1983, p. 184 ss.; restano inoltre sempre valide le considerazioni di F. Exner, *op. cit.*, p. 19: «Se la pena si giustificasse davvero attraverso il bisogno di retribuzione e soltanto attraverso questo, allora esisterebbe e cadrebbe insieme con questo bisogno [...]. A prescindere da questo, comunque, è davvero compito dello Stato soddisfare quell'istinto elementare? [...] Bisognerebbe motivare perché lo Stato, che non riesce a garantire ai cittadini il diritto all'esistenza, dovrebbe spendere milioni e occupare migliaia di impiegati per venire incontro al loro bisogno di retribuzione». Nella dottrina italiana v. G. Marinucci, *op. cit.*, p. 343 ss.; D. Pulitanò, *Politica criminale*, *ivi*, p. 45 ss.; L. Eusebi, *op. ult. cit.*, pp. 935 ss. e 1331 ss.

59. Cfr. D.-M. Luzón, *op. cit.*, p. 400 ss.; conf., sul punto, U. Scheffler, *Kriminologisches Kritik des Schuldstrafrechts*, Frankfurt a. M. - Bern - New York 1985, p. 107, secondo il quale l'interesse per i bisogni di pena si fonderebbe su un vero e proprio 'ribaltamento' della teoria psicanalitica, ottenuto estrapolando alcuni suoi dati a fini di legittimazione del diritto penale retributivo.

60. Cfr. L. Böllinger, *op. cit.*, p. 43; H. Giehring, *op. cit.*, p. 10, il quale osserva come nella prospettiva in oggetto l'assenza del bisogno di punizione potrebbe essere addirittura interpretata nei termini di una 'caduta' della coscienza giuridica,

È soprattutto rispetto al singolo condannato, tuttavia, che le 'nuove' impostazioni retributive rivelano gli aspetti di maggiore pericolosità: se la pena, infatti, non è altro che il riflesso di meccanismi sociopsicologici elementari – di carattere emozionale ed affettivo – essenziali alla stabilizzazione dei comportamenti collettivi, allora essa rappresenta la forma più radicale e priva di speranza della subordinazione di un cittadino alle esigenze della società. La vicenda umana pregressa di chi abbia commesso un reato, il suo futuro e lo stesso approfondimento in senso individualizzante dei parametri che dovrebbero definirne la colpevolezza perdono di rilievo: ciò che conta è solo la simbologia rassicuratrice legata al rito della pena<sup>61</sup>.

In una simile prospettiva lo stesso riferimento al 'mistero' del male non viene utilizzato, come invece in un noto saggio di Naegeli<sup>62</sup>, per denunciare, sul piano psicologico individuale, la rimozione 'dell'ombra' – vale a dire della dimensione del negativo, di cui ciascuno resta pur sempre partecipe – e dunque per auspicare un atteggiamento di corresponsabilità verso il problema criminale, bensì, paradossalmente, per legittimare, mediante il richiamo alla natura malvagia dell'uomo<sup>63</sup>, schemi punitivi dei quali si avverte l'insostenibilità morale.

Rispetto ai predetti rilievi, uno dei rappresentanti più autorevoli degli orientamenti neo-retributivi ha sostenuto la necessità di una *distinzione* nella gamma dei bisogni di pena:

da riconsolidarsi proprio con l'esempio della pena.

61. Cfr. L. Eusebi, *op. ult. cit.*, p. 941.

62. Cfr. E. Naegeli, *Il male e il diritto penale* (trad. it. delle pp. 7-68 del volume *Das Böse und das Strafrecht*, München 1966), in AA.VV., *La funzione della pena*, *cit.*, p. 57 ss.

63. Cfr., per esempio, B. Haffke, *Tiefenpsychologie*, *cit.*, p. 65 (il configurarsi di un rapporto *più maturo* con il comportamento deviante resterebbe peraltro affidato, secondo tale Autore, a strategie, invero scarsamente credibili, di *lungo periodo*).

questi potrebbero essere rappresentati sì da istinti di vendetta, ma anche dal desiderio di una *qualsiasi* risposta (*Intervention als Antwort*), non necessariamente emotiva, alla lesione del diritto. Il consolidamento del vigore delle norme giuridiche potrebbe d'altra parte realizzarsi, secondo il medesimo Autore, anche in forme extrapenali, attraverso le molteplici espressioni del controllo sociale (nei confronti delle quali il diritto penale assumerebbe funzione limitatrice); ma resterebbe indiscutibile il fatto per cui una reiterata ed immotivata rinuncia alla sanzione, intesa in senso formale od informale, e dunque una delusione dell'impulso reattivo nei confronti di chi abbia violato una norma socialmente riconosciuta, porrebbe in discussione il sistema dei valori interiorizzato dai cittadini<sup>64</sup>.

Da queste considerazioni deriverebbe una separazione — che suppone, almeno implicitamente, una diversità di giudizio — fra bisogni di pena, per così dire, incontrollati o viscerali, e bisogni razionalizzati, separazione invero non nuova nel contesto della stessa recente dottrina penalistica: già in precedenza, infatti, una ricerca giuridico-psicologica aveva ricostruito la funzione svolta dai bisogni di retribuzione in una dimensione *positiva*, come manifestazione di un'esigenza di giustizia compensatrice, e in una dimensione *negativa*, la quale si realizzerebbe a sua volta o nella espressione di sentimenti passionali ed irrazionali (secondo l'interpretazione che si sarebbe imposta) o nella canalizzazione e formalizzazione dei bisogni di pena *latenti*<sup>65</sup>.

Il tentativo di mitigare la crudezza del riferimento ai bisogni di pena, per la legittimazione della prevenzione generale,

64. Così F. Streng, *Tiefenpsychologie*, cit., p. 49 s.

65. Così H. Müller-Dietz, *Rechtsgefühl, Schuldgefühl, Vergeltungs- und Sühnebedürfnis*, in *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. X, 1985, cit., p. 48 s.

attraverso una loro selezione (sarebbero accettabili quelli emergenti 'a sangue freddo', in forme compatibili con la sensibilità culturale di una data epoca, e così via) appare nondimeno, nonostante l'acribia analitica delle indagini appena citate, più un'operazione di facciata che sostanziale: anche con riguardo ai bisogni di pena 'più evoluti', la realtà resta espressa dal fatto che l'incidenza del diritto penale sui comportamenti dei cittadini viene direttamente ricollegata all'esempio della afflittività di una sanzione, rispetto ai cui contenuti soddisfattivi nulla di più si dice se non che debbano assumere quello scontato grado di formalizzazione proprio del ricorso a strumenti giuridici.

Queste considerazioni risultano complessivamente ripropugnabili anche rispetto all'indirizzo che identifica nella prevenzione generale *positiva* l'esigenza di salvaguardare e di riaffermare, attraverso la pena, l'autorità della legge violata.

Si tratta di un punto di vista reperibile, sotto diverse terminologie, in molti dei 'classici', i quali, come sintetizza con estrema lucidità Exner già nel 1914, subordinano la dichiarata funzione retributiva della punizione ad un'esigenza — la stabilità dell'ordinamento giuridico — del tutto *relativa*, e segnatamente di prevenzione generale: la stessa entità di pena costituente la 'giusta' retribuzione, che dovrebbe integrare al meglio la conferma della norma trasgredita, perderebbe così, sempre secondo Exner, qualsiasi autonomia ed andrebbe definita in base ad esigenze preventive<sup>66</sup>.

66. Cfr. F. Exner, *op. cit.*, p. 20 ss. Un orientamento particolare è espresso da A. Pagliaro, *Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1981, p. 447 ss.: l'effetto preventivo andrebbe essenzialmente ricollegato alla *certezza* e alla *prontezza* della inflizione della sanzione *vigente*, sanzione che in quanto tale convaliderebbe l'ordinamento e verrebbe tendenzialmente sentita come 'giusta' dai cittadini; v. anche Id., *Verifica*, cit., p. 362 ss.; *Riflessi del nuovo processo sul diritto penale sostanziale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1990, p. 38 ss.; conf. V. Militello, *La prevenzione dei reati*, in

La quantificazione di simili esigenze si rivela peraltro, attualmente come all'inizio del secolo, del tutto priva di supporto empirico e finisce necessariamente, di conseguenza, per fare riferimento, anche nella prospettiva in esame, alla soddisfazione di quegli stessi bisogni di pena dei quali si rende espressione l'idea retributiva.

In questo senso, appare significativo che la stabilizzazione sociale in cui si esprime la prevenzione generale *positiva* sia stata anche recentemente indicata, seppur da un angolo visuale particolare, come l'ineliminabile aspetto *retributivo* della pena<sup>67</sup>. È che la funzione 'integratrice' sia stata ricollegata proprio alla 'pena giusta', la quale coinciderebbe, in pratica, con quella corrispondente alla *Tatvergeltung*<sup>68</sup>.

Più complesso, rispetto agli indirizzi precedenti, appare il giudizio sulla prevenzione integratrice secondo l'interpretazione roxiniana.

Roxin intende differenziare la propria posizione affiancando a quelli che ritiene gli aspetti maggiormente condivisi della prevenzione generale *positiva*, rappresentati dalla conferma, nei singoli, della fedeltà all'ordinamento e dal rafforza-

---

*Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, a cura di F. Ferracuti, V, Milano 1987, p. 185 s.

67. Così Arth. Kaufmann, *Über die gerechte Strafe. Ein rechtsphilosophischer Essay*, in *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Berlin - New York 1986, p. 425 ss., secondo il quale la prevenzione generale *positiva* rappresenterebbe una finalità secondaria della pena, rispetto allo scopo principale di tipo specialpreventivo, intesa a garantire la giustizia *distributiva* e ad evitare in tal modo la destabilizzazione della *Rechtstreue*, nei casi in cui risulti assente la necessità della risocializzazione; v. anche Id., *Unzeitgemässe Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht*, in *Jura*, 1986, p. 230. In una diversa prospettiva, ritiene che le grandi ipotesi sugli effetti della pena (da Rusche-Kirchheimer, a Radbruch, a Foucault) abbiano trascurato la teoria dello Stato e conclude, seppur da un punto di vista critico, nel senso secondo cui la conservazione sociale costituirebbe la vera finalità della pena (una volta abbandonata l'ipotesi classica della pena idonea a ridurre la criminalità futura) P. Robert, *Gli effetti della pena per la società*, in *Dei Delitti e delle Pene*, 1984, p. 489 ss.

68. Così H. Müller-Dietz, *Integrationsprävention*, cit., p. 824.

mento della fiducia collettiva nel diritto, una dimensione di integrazione intesa come 'pacificazione' (*Befriedigung*), la quale si produrrebbe «allorché l'agente abbia prestato quanto consenta alla coscienza giuridica di tranquillizzarsi nei confronti dell'illecito commesso e di considerare risolto il conflitto con l'agente stesso»<sup>69</sup>.

Il realizzarsi di questa dimensione, in quanto ricondotta – seppur con intento limitativo nei confronti di altre componenti generalpreventive – alla inflizione di una pena corrispondente al livello della colpevolezza, resta, in effetti, nell'ottica retributiva. E l'intera costruzione, conseguentemente, lascia sussistere il dubbio su come il riferimento – pur sempre generalpreventivo – a ciò che «appaghi in termini socio-psicologici il senso di giustizia»<sup>70</sup> possa costituire, nella definizione della *schuldangemessene Strafe*, un limite garantistico efficace anche verso le esigenze preventive di ordine soddisfattorio rappresentate dalle correnti neoretribuzionistiche<sup>71</sup>.

In questo contesto, l'effetto di integrazione o pacificazione scaturirebbe automaticamente, ancora una volta, dalla pura e semplice afflittività di una sanzione (seppur in un senso per così dire *moderato*, che rifugge da qualsiasi riferimento terminologico alla soddisfazione dei bisogni di pena)<sup>72</sup>.

L'elemento innovativo, in Roxin, è costituito nondimeno dalla circostanza per cui l'effetto generalpreventivo di pacificazione non viene ricollegato *necessariamente* alla inflizione

---

69. Così C. Roxin, *op. cit.*, p. 16s.

70. Così C. Roxin, *op. cit.*, p. 17.

71. Cfr. C. Roxin, *Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke*, in *SchwZStr*, 1977, p. 473 ss.; Id., *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, in *Festschrift für P. Bockelmann*, München 1979, p. 302 ss.; sul nodo problematico evidenziato del testo v. ulteriormente L. Eusebi, *op. ult. cit.*, pp. 938 (nota 79) e 1330; conf. D.-M. Luzón, *op. cit.*, p. 397 s.

72. Per una serrata critica della valorizzazione di tali bisogni operata da Jakobs v. C. Roxin, *Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?*, in *SchwZStr*, 1987, p. 367.

dell'entità di pena che si ritenga adeguata alla colpevolezza («la sanzione dovuta a fini di prevenzione generale può e deve rimanere al di sotto del limite riferito alla colpevolezza quando l'effetto di pacificazione sia raggiungibile con entità di pena più miti»)<sup>73</sup>, e neppure alla inflizione inderogabile di una sanzione, detentiva o pecuniaria, tradizionalmente intesa: proprio nella prospettiva di cui si discute, infatti, Roxin sostiene l'opportunità della introduzione fra le sanzioni *penali*, a fianco della pena e della misura di sicurezza, di forme di risarcimento del danno<sup>74</sup>.

Su questa via, l'effetto di 'pacificazione' non è più associato alla afflittività *tout court* della pena, ma a precisi contenuti, *lato sensu* riconciliativi, della risposta sanzionatoria (che non richiede ad esempio, per i fini in oggetto, di essere comunque detentiva).

Simili rilievi dischiudono la via ad una possibile configurazione dell'efficacia generalpreventiva del diritto penale non più incentrata sulla *entità* della pena inflitta (senza, peraltro, che la sanzione perda, dal punto di vista della prevenzione generale, ogni significato)<sup>75</sup>; e ciò sia in riferimento alla componente intimidativa, sia in riferimento alla supposta esigenza psicosociale di vedere inflitta una sofferenza, a seguito della commissione di un reato, senz'altro scopo che quello di confermare il valore della norma violata<sup>76</sup>.

È in questo senso che potrebbe assumere spessore concreto il convincimento, espresso da Hassemer, secondo il quale la prevenzione generale *positiva* meglio di qualsiasi altra teo-

---

73. Così C. Roxin, *Risarcimento*, cit., p. 17.

74. Cfr. C. Roxin, *op. ult. cit.*, p. 17 ss.

75. V. *infra*, IV.

76. Sottolinea la contiguità di un'impostazione preventiva fondata su quest'ultima esigenza con le teorie assolute, in quanto imporrebbe *sempre* di punire allorché risultasse leso un bene giuridico, J. Baumann, *Strafe als soziale Aufgabe*, in *Gedächtnisschrift für P. Noll*, Zürich 1984, p. 32.

ria sarebbe in grado di limitare la pretesa punitiva dello Stato, in quanto interessata a valorizzare gli strumenti «che sdrammatizzano e mediano contrapposizioni conflittuali tra gli individui»<sup>77</sup>.

---

77. Così W. Hassemer, *op. ult. cit.*, p. 443; l'influenza *positiva* esercitata dal diritto penale sulle norme sociali, osserva nella medesima prospettiva l'Autore, «può riuscire con più probabilità per mezzo di una politica penale (materiale e processuale) umana, conforme ai principi dello Stato di diritto e rispettosa dei diritti delle persone coinvolte, che per mezzo di una politica della deterrenza incline ad inasprimenti» (*ivi*, p. 435).

LA FUNZIONE DI INDIRIZZO COMPORTAMENTALE  
FONDATA SUL PRECETTO

L'orientamento dominante che lega pur sempre, come s'è visto, gli effetti *positivi* della prevenzione generale al dato della inflizione di una determinata entità di pena, ha fatto trascurare un'altra possibile interpretazione dell'incidenza operata dal diritto penale sulla sfera del 'controllo interno' dei consociati, vale a dire sulla valutazione soggettiva di determinate condotte e sulla conseguente disponibilità a porle in essere. Una interpretazione che appare ad un tempo più realistica e più razionale, in quanto, da un lato, non esige di generalizzare, né di promuovere, meccanismi educativi fondati solo sul continuo bisogno di rivalsa nei confronti di chi ai medesimi si sottragga e, dall'altro, non si limita a legittimare in forme nuove l'esistente, ma è in grado, senza mascherare i reali processi criminogenetici, di offrire stimoli *effettivi* all'evoluzione del diritto penale.

In questo quadro *alternativo* – che potrebbe costituire un punto di riferimento teorico per le stesse 'aperture' della prevenzione *integratrice* di Roxin – il cardine dell'efficacia motivazionale del diritto penale deve essere spostato dalla *sanzione* al *precetto*, e deve pertanto considerarsi incentrato sulla funzione di orientamento comportamentale propria della previsione come reato di una determinata condotta, previsione che di quest'ultima rappresenta indubbiamente, nel contesto *laico* della organizzazione sociale, la forma più autorevole di dequalificazione.

Si tratta di un aspetto della prevenzione generale che non

ha mancato, al pari dei precedenti, di essere posto in evidenza nella storia del diritto penale, come provano, ancora una volta, le parole di Exner: «come un sigillo la cera fusa, così il divieto statutale forma e consolida tutte quelle norme religiose, morali e sociali che già in sé operano contro l'inclinazione al reato, ed influenza così il complesso dei modi di sentire e di pensare degli uomini, indirizzandolo verso condotte di vita conformi alla legge; questo significato socialpedagogico è proprio della norma statutale *a prescindere dalle conseguenze di volta in volta minacciate per il reato*<sup>78</sup>».

Nella dottrina recente, invece, gli accenni alla rilevanza generalpreventiva del precetto penale sono rimasti sostanzialmente episodici, risultando per lo più occasionati dalla nota pronuncia della Corte costituzionale tedesca sull'aborto; in essa – come è stato efficacemente sintetizzato – viene infatti attribuita «alla regolamentazione penalistica una forza esplicativa del messaggio normativo (*normverdeutlichende Kraft*) già in riferimento alla configurazione in termini di antigiuridicità penale di una determinata condotta»<sup>79</sup>.

Elementi assai interessanti, peraltro, sono altresì deducibili, quanto ai profili della prevenzione generale che stiamo considerando, da una ricerca empirica di matrice penalistica condotta in Svizzera nella prima metà degli anni ottanta su un tema, invero, del tutto particolare: quello del rispetto conseguito dalla norma che prevede, sanzionandone la violazione, l'obbligo di allacciare le cinture di sicurezza durante gli spostamenti automobilistici<sup>80</sup>.

L'importanza dell'indagine sta nell'esito secondo cui l'intro-

78. Cfr. F. Exner, *Die Theorie*, cit., p. 11 s. (corsivo nostro).

79. Così H. Müller-Dietz, *op. ult. cit.*, p. 821.

80. Cfr. M. Killias, *Zur Bedeutung von Rechtsgefühl und Sanktionen für die Konformität des Verhaltens gegenüber neuen Normen. Das Beispiel der Gurtanlegepflicht*, in *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. X, 1985, cit., p. 266 ss.

duzione dell'obbligo suddetto rivelerebbe un'efficacia di orientamento comportamentale della dimensione dispositiva – secondo un'espressione di Jellinek, una '*faktische Kraft des Normativen*' – del tutto autonoma sia dall'aspetto intimidativo rappresentato dall'entità della sanzione, sia dalla frequenza con la quale quest'ultima venga applicata.

Si tratterebbe del riflesso di una 'conformità spontanea e non strumentale' che caratterizzerebbe l'atteggiamento dei cittadini verso l'ordinamento giuridico: conclusione, questa, conforme ai dati della ricerca, per i quali il numero di coloro che, dopo alcuni mesi dall'innovazione legislativa svizzera, si sentivano ancora intimiditi dalle conseguenze sanzionatorie previste risultava, rispetto al momento della loro introduzione, fortemente diminuito (dal 71% al 48% degli intervistati), mentre risultava quasi raddoppiato (dal 21% al 40%), nello stesso lasso di tempo, il numero di coloro che si dichiaravano convinti dell'efficacia preventiva delle cinture<sup>81</sup>.

Tutto questo conduce l'Autore dell'indagine a sostenere – rifacendosi a Jhering – che lo stesso diritto positivo formi il sentire giuridico della società, e non viceversa; ma deve più probabilmente ritenersi che il rapporto sia reciproco e che pertanto le convinzioni giuridiche presenti nel contesto sociale condizionino il diritto positivo, come pure quest'ultimo influenzi le prime<sup>82</sup>.

Una opinione opposta è peraltro formulata in una recente indagine tedesca espressamente dedicata alla prevenzione

81. Cfr. M. Killias, *op. cit.*, p. 269, il quale parla di un '*nicht instrumentell gefärbtes Rechtsgefühl*'.

82. Cfr., nel primo senso, M. Killias, *ibidem*; nel secondo D. Dölling, *Rechtsgefühl*, cit., p. 253ss., nonché, nella dottrina italiana, A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano 1987<sup>3</sup>, p. 13, e C. Pedrazzi, *op. cit.*, p. 67 s. (il quale, sul presupposto secondo cui «fra coscienza sociale e imperativi giuridico-penalitende a instaurarsi un rapporto circolare», sottolinea «l'attitudine aggregante del consenso sui valori umani universali che nel codice penale trovano la più esplicita traduzione positiva»).

generale *positiva*. Essa si conclude, infatti, esprimendo la convinzione secondo cui «l'analisi – tuttora da svilupparsi – dell'influsso penalistico sulla morale sociale, se comparato ad altri fattori (religione, gruppi di riferimento, ecc.), potrebbe manifestare soltanto effetti assai contenuti»: posto che i potenziali trasgressori, e dunque i veri interessati al messaggio legislativo, si rivelerebbero, rispetto ad esso, i più resistenti (in certi contesti, anzi, la notizia dell'intervento penalistico avrebbe un vero e proprio effetto *boomerang*); mentre i socialmente integrati neppure si interesserebbero, di fatto, ai mutamenti legislativi in materia penale. Oltre a quella intimidativa, anche la funzione orientativa della prevenzione generale rischierebbe, pertanto, un'impetosa delegittimazione sotto il profilo della verifica empirica<sup>83</sup>.

Simili argomentazioni sono indubbiamente assai significative; esse, però, pongono in evidenza quelli che potrebbero essere definiti i 'poli estremi' del rapporto fra diritto e società: è probabile, in effetti, che il prototipo dell'uomo socialmente integrato possa disinteressarsi del diritto, avendo in sé, per così dire, la capacità di prevederne e di anticiparne nel comportamento ogni direttiva; ed è indiscutibile che, al contrario, una situazione di totale lacerazione del senso di appartenenza del singolo all'ordinamento giuridico comprometta in radi-

83. Cfr. K.F. Schumann, *op. cit.*, p. 49 ss., alla luce di dati desunti da una serie di ricerche empiriche; secondo l'Autore - poiché risultati delle indagini svolte in materia sussistono - anche le asserzioni sulla prevenzione generale *positiva* risultano in linea di principio (*grundsätzlich*) suscettibili di verifica empirica (ivi, p. 51). Sottolinea la carenza di informazioni circa l'efficacia motivazionale del sistema punitivo su gruppi specifici (*besondere Tätergruppen*), quali spacciatori di droga, agenti segreti, membri di grosse organizzazioni criminali, e, per certi aspetti, i 'colletti bianchi', H. Schöch, *op. ult. cit.*, p. 108 s. Sull'intera problematica v. anche C.E. Paliero, *op. cit.*, p. 514 ss. («è innegabile che per seriamente indagare l'effettività orientata sugli scopi occorre spiegare causalmente - attraverso la sussunzione sotto leggi (sociologiche) 'di copertura' - l'impatto del diritto penale sull'etica sociale e viceversa; va accuratamente evitato, però, di ridurre *tout court* l'effettività del diritto penale alla formalizzazione-presidio del consenso sociale»).

ce l'attitudine motivazionale di quest'ultimo. Ma è lecito supporre che la realtà si muova, per l'appunto, all'interno delle polarità suddette. Con l'avvertenza che il dato secondo cui, quanto più risulta disgregato il tessuto sociale di riferimento, tanto meno si rivela efficiente la prevenzione generale, costituisce un limite ineliminabile dell'intervento penalistico, al quale ogni strategia politico criminale dovrebbe attribuire il massimo rilievo.

Più che di negare la funzione motivazionale del precetto penale, si tratta forse, allora, di sottolinearne in modo realistico la relatività. Tenendo conto, eventualmente, di quest'ultima e delle cause che la determinano, ove nondimeno si punisca, prima di rinunciare ad ogni dimensione risocializzativa delle sanzioni.

Resta, in ogni caso, l'interrogativo di fondo concernente la stessa accettabilità, o gli eventuali limiti, di una c.d. funzione *moralizzatrice* affidata al diritto penale. Ma prima di affrontare un simile quesito va presa in esame quella che appare l'obiezione più immediata e prevedibile allo spostamento sul precetto del fulcro della prevenzione generale *positiva*: il mutamento dell'angolo visuale non è forse puramente fittizio, dipendendo la forza motivazionale ricollegabile al divieto, e dunque la sua stessa capacità di segnalare enfaticamente il disvalore di un'azione, proprio dalla dimensione infamante tipica della conseguenza - la pena - che la 'grida' dichiara di associare alla sua violazione?

L'obiezione è suggestiva, seppure semplificatoria: essa suscita in ogni caso il problema ineludibile del significato attribuibile alla sanzione entro l'ambito di un orientamento generalpreventivo non più fondato su di essa.

In effetti, quanto tale orientamento vuole sostenere è che l'efficacia motivazionale della norma incriminatrice deriva in via preminente, ed in modo autonomo dalle conseguenze

previste per la sua violazione, dal suo essere parte di quel particolarissimo catalogo delle condotte formalmente riconosciute, sul piano sociale, come vietate *nella forma più intensa*: catalogo che, di fatto, è rappresentato dal diritto penale. Perfino nel caso teorico in cui quest'ultimo si risolvesse in mere dichiarazioni di principio, non assistite da sanzione, dovrebbe anzi ritenersi, nella prospettiva in oggetto, che la suddetta efficacia motivazionale non verrebbe completamente meno (la si potrebbe definire efficacia positiva *pura*).

Con ciò, tuttavia, non si vuole affatto affermare che la prevenzione generale *positiva* risulti ottimizzata in un sistema il quale, addirittura, lasci le trasgressioni delle fattispecie di reato prive di qualsiasi conseguenza.

In proposito, si deve considerare che la funzione di prevenzione generale *positiva* riferibile alla mera esistenza del precetto viene rafforzata, in primo luogo, dal fatto che il sistema penale non è chiamato soltanto a definire i comportamenti vietati, ma anche a svelare, attraverso le strutture investigative e processuali, i *casi concreti* in cui i reati siano posti in essere, dichiarandone i responsabili e vanificandone gli esiti vantaggiosi.

Da questo punto di vista assume, pertanto, notevolissimo rilievo la 'certezza' del diritto, in quanto condizione essenziale perché possa trovare conferma la fiducia dei cittadini nella solidità dell'ordinamento giuridico. Ed in effetti, nonostante la plurivocità di formule come quella della 'richiesta di giustizia', ciò che l'opinione pubblica esige anche nei confronti dei crimini di maggiore allarme sociale (si pensi alle stragi mai chiarite nelle loro matrici, agli omicidi eccellenti, ai disastri derivanti dalla colposa indifferenza del potere economico verso i diritti dei più deboli), prima ancora di una condanna esemplare, è la 'verità': cioè che vengano portate alla luce del sole le dinamiche, con le relative responsabilità, sulle

quali i singoli atti criminosi si fondano, in modo da poter essere scardinate e non più operare per il futuro.

Quel che invece viene richiesto alla sanzione, dal punto di vista delle prevenzione generale *positiva*, è di non configurarsi in maniera tale da togliere qualsiasi serietà al precetto, banalizzando le conseguenze della sua trasgressione: come ad esempio accade nel caso della multa 'fino a lire centomila' prevista per la madre che interrompa la gravidanza *al di fuori* delle indicazioni e delle procedure di cui alla legge n. 194/1978 sull'aborto<sup>84</sup>, sanzione la quale – anche nell'ambito di una strategia che intenda prescindere dall'esecuzione di una pena detentiva – non segnala in alcun modo la gravità dell'atto lesivo compiuto a danno del concepito ed anzi ne sottintende una sorta di mercificazione.

La pena, in altre parole, sarebbe chiamata a rappresentare un 'fattore di credibilità' della norma, cioè del desiderio effettivo, e non solo formale, dell'ordinamento che i suoi divieti siano rispettati. In quanto '*ernstgemeint perzipiert*', essa contribuirebbe, pertanto, a rendere affidabile l'aspettativa comportamentale<sup>85</sup>; il che, come appare evidente, è cosa ben diversa dal ritenere l'efficacia generalpreventiva direttamente e proporzionalisticamente derivante dal livello di afflittività della sanzione, vuoi in senso intimidativo, vuoi sotto il profilo della supposta esigenza di soddisfare bisogni retributivi corri-

84. V. l'art. 19<sup>2</sup> l. 22 maggio 1978, n. 194, ed in proposito M. Zanchetti, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di A. Crespi, F. Stella, G. Zuccalà, 2<sup>a</sup> ed., Padova, in corso di pubblicazione, sub art. 19 l. 194/1978.

85. Così M. Killias, *op. cit.*, pp. 267 e 269 (per la posizione, assai vicina, di Schöch, v. *supra*, II e nota 35). In precedenza anche Killias aveva peraltro considerato insuperabile la qualificazione della pena come fattore di canalizzazione delle aspettative comportamentali deluse e di controllo dell'aggressività, seppur secondo modalità non necessariamente legate alle tipologie sanzionatorie tradizionali: v. M. Killias, *Muss Strafe sein? Überlegungen zur Funktion von Sanktionen aus sozialpsychologischer Sicht*, in *SchwZStr.*, 1980, p. 56.

spondenti alla *Tatschuld*.

I riflessi di un simile orientamento sulla configurazione *concreta* del sistema penale potrebbero essere tutt'altro che indifferenti.

Liberata la pena dal compito di motivare con la sua afflittività la condotta dei cittadini, verrebbe meno, innanzitutto, l'ostacolo principale che si frappone ad una reale diversificazione delle risposte sanzionatorie e ad una conseguente utilizzazione del carcere, entro l'ambito di tali risposte, come effettiva *extrema ratio* (cui fare ricorso, essenzialmente, per un'esigenza di difesa sociale, allorché, nel caso di reati gravi, sussista il pericolo di una reiterazione delle condotte criminose).

Nel medesimo contesto, le sanzioni potrebbero assumere forme orientate in senso *sostanziale* – e non puramente *ideologico* – alla composizione della frattura indubbiamente prodotta dal reato, con riguardo ai rapporti interpersonali e all'affidamento riposto dai cittadini nell'osservanza del diritto. E ciò, fra l'altro, potrebbe condurre a rivalutare gli interessi stessi della vittima (paradossalmente, la 'grande trascurata' del diritto penale retributivo), come pure a valorizzare, in un'accezione lontanissima dalla logica tradizionale, quella disponibilità all'*espiazione* – vale a dire ad un impegno costruttivo per la promozione del bene giuridico offeso – che spesso il condannato addirittura rivendica rispetto alla avvilente inutilità della pena inflittagli<sup>86</sup>.

In questo senso, più che l'efficacia simbolica dell'entità in sé della pena – la cui esecuzione, di fatto, lascia quasi sempre inalterati i legami del condannato col mondo della delinquenza – verrebbe ad assumere rilievo, anche sotto il profilo della forza motivazionale *erga omnes* di un simile risultato, la

---

86. Per i profili attinenti alla prevenzione speciale v. *infra*, VII e VIII.

capacità della sanzione di condizionare una *reale* presa di distanze dell'agente dall'esperienza criminale.

L'accentuazione del significato generalpreventivo del precetto consentirebbe altresì, infine, di scindere con maggiore chiarezza di quanto oggi non avvenga l'indicazione normativa circa il disvalore della condotta proibita o il rango del bene tutelato dal puro e semplice livello quantitativo della pena edittale minacciata, facilitando la rispondenza dell'intervento penalistico ai principi di sussidiarietà e di effettività (senza che ciò, ovviamente, significhi negare l'esigenza, dallo stesso punto di vista della prevenzione generale *positiva*, di una specifica attenzione per la omogeneità e la razionalità dei criteri di giudizio politico criminale adottati nelle diverse situazioni).

IL RAPPORTO FRA COMPONENTI 'POSITIVE'  
E PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ

Proprio in relazione ai principi da ultimo citati, la prevenzione generale *positiva* è stata sottoposta a critiche severe, rispetto alle quali le distinzioni tratteggiate fra le diverse modalità di incidenza del diritto penale sugli *standards* comportamentali assumono ulteriore rilievo.

Quel che in sintesi si paventa – e non senza ragione, per quanto concerne gli orientamenti neo-retributivi – è una vera e propria *demolizione* del diritto penale liberale.

Se infatti l'adesione ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico viene intesa come il prodotto di una continua compensazione degli impulsi destabilizzanti riconducibili all'esempio del reato e il diritto penale, di conseguenza, come il fattore più consistente di stabilizzazione sociale, cioè come vero e proprio cardine dei processi di socializzazione, allora perde la sua ragion d'essere lo stesso orientamento tendenziale degli ultimi due secoli alla delimitazione dell'intervento punitivo, in quanto 'arma a doppio taglio'<sup>87</sup>.

Poiché il bisogno di consolidare la fiducia dei cittadini nel diritto non può conoscere lacune, né può rinunciare allo strumento per così dire strutturale del suo soddisfacimento, appare sovvertito, in particolare, il ruolo stesso di *extrema*

---

87. Resta peraltro valido anche sotto questo profilo il monito di T. Weigend, 'Neoklassizismus' – Ein transatlantisches Missverständnis, in 'ZStW', 1982, p. 814, secondo il quale l'arretramento rispetto ad alcuni punti fermi della storia del diritto penale moderno (nel caso di specie il riferimento è al *Programma di Marburgo*) costituirebbe un ritorno «al medioevo della politica criminale».

*ratio* del diritto penale<sup>88</sup>; non solo, ma le fattispecie incriminatrici risultano di fatto sottratte a qualsiasi sindacato sulla loro attitudine preventiva, dato che l'efficacia motivazionale è considerata coesistente all'appagamento delle esigenze retributive<sup>89</sup>.

L'unico limite finisce per essere costituito dalla 'funzionalità' all'obiettivo della stabilizzazione sociale di un determinato grado della 'cifra oscura' (posto l'effetto a sua volta disgregativo della punizione di settori troppo vasti della popolazione)<sup>90</sup>, il che significa riconoscere, senza più le remore della 'cattiva coscienza', l'utilità dei meccanismi selettivi, più o meno fisiologici, del 'capro espiatorio'<sup>91</sup>.

Mentre nella tradizionale ottica intimidativa la minaccia della sanzione mira a configurarsi tangibile per ogni individuo, nella prospettiva in esame l'effetto generalpreventivo appare esigere, pertanto, che il cittadino socialmente integrato si senta il più possibile 'estraneo' alla sfera dei soggetti cui

---

88. Cfr. A. Baratta, *Integrazione-prevenzione*, cit., p. 14; M. Killias, *op. ult. cit.*, p. 47; G. Smaus, *op. cit.*, p. 108.

89. Verrebbe in tal senso a mancare quello che per W. Hassemer, *op. ult. cit.*, p. 428 ss., è il criterio distintivo di un diritto penale finalizzato alla prevenzione, cioè l'orientamento alle 'conseguenze esterne' (all'"output", piuttosto che all'"input" rappresentato da effetti riguardanti l'ambito interno del sistema giuridico), conseguenze che si caratterizzerebbero «per il loro realizzarsi nel tempo e nello spazio e per l'osservabilità di tale realizzazione con l'ausilio di strumenti propri del metodo empirico».

90. All'opposto, si configurerebbe opportuna, per le fattispecie scarsamente trasgredite, la 'creazione' a scopo preventivo di qualche sporadico esempio salutare. Cfr., sull'intera problematica, G. Forti, *op. cit.*, p. 62 s.

91. «Quel che conta è la *visibilità sociale* della devianza, non già la cifra oscura dei reati commessi ma non scoperti o non denunciati, perché sul piano delle espressioni simboliche importa ciò che appare, non ciò che accade; ma in tal modo si ratificano e si legittimano la selettività repressiva del sistema ed i processi di immunizzazione da esso indotti»: così T. Padovani, *Note sulla crisi del modello penale illuministico e la funzione 'promozionale' del diritto penale*, in «La difesa penale», 1985, suppl. al n. 9, p. 50; v. anche, in termini pressoché identici, A. Baratta, *op. ult. cit.*, p. 22.

la norma penale potrebbe ipoteticamente applicarsi: ciò che potrebbe spiegare, fra l'altro, il sorprendente consenso che talora accompagna gli indirizzi neo-retributivi, nonostante la 'svendita' dai medesimi effettuata di fondamentali capisaldi garantistici e nonostante l'impoverimento, ad essi addebitabile, dei contenuti psicologici della colpevolezza, in funzione di esigenze 'ascrittive' giustificate in senso generalpreventivo<sup>92</sup>.

Quel che sembra complessivamente prospettarsi è il rischio di un diritto penale cui si affidi, attraverso il soddisfacimento dei bisogni di pena, il compito di *plasmare* il costume sociale, piuttosto che di fornire, più modestamente, un supporto di tutela ai beni giuridici fondamentali, ove ciò si riveli indispensabile. Un rischio che verrebbe ad infrangere, a discapito del ruolo della seconda, lo stesso confine fra diritto e morale: e non già per un improbabile riemergere dell'ideologia dello Stato etico, bensì per la crisi dei valori che investe la società in quanto sintesi - ricorrendo alla terminologia di Habermas - dei 'mondi vitali' autonomi dall'organizzazione statale<sup>93</sup>.

Proprio alla crisi della capacità *sociale* di orientamento delle condotte è stato attribuito, del resto, il generale processo di transizione da un modello 'limitativo-repressivo' a un modello interventista (*präventiv-gestaltendes*) che caratterizzerebbe il diritto penale contemporaneo, processo nel cui ambito andrebbero spiegate la stessa ideologia del trattamento, per quanto concerne la fase esecutiva della pena, e la dilatazione delle forme amministrative di controllo della devianza,

---

92. Cfr. A. Baratta, *op. ult. cit.*, p. 9.

93. Sui problemi del rapporto fra diritto, morale e costume è utile il rinvio a G. Angelini, *Diritto e morale. La tradizione, la teoria e i problemi presenti*, in AA.VV., *Diritto, morale e consenso sociale*, a cura di A. Caprioli e L. Vaccaro, Brescia 1989, p. 117 ss.

con i pericoli di ordine garantistico ad esse riconducibili<sup>94</sup>.

Di una simile 'materializzazione' del diritto penale, che per una certa parte, come si vedrà, resta irreversibile e non priva di significato<sup>95</sup>, l'orientamento neo-retributivo non rappresenta, tuttavia, una delle consequenziali, seppur discutibili, espressioni, bensì, per così dire, il vero e proprio 'punto di collasso': entrato in crisi, a sua volta, anche il modello dello Stato sociale, è venuta meno la fiducia nella capacità dell'ordinamento giuridico di incidere sui fattori *reali* che condizionano la vita della società, ed in ispecie sui meccanismi criminogenetici, così che l'interventismo penalistico ha potuto essere ridotto, dalle correnti più conservatrici, alla 'stabilizzazione' ed il reato all'espressione simbolica di una mera infedeltà al diritto.

Ciò considerato, diviene peraltro indispensabile chiedersi se le obiezioni opponibili a un sistema punitivo il quale pensi di forgiare i costumi, e di farlo mediante il soddisfacimento dei bisogni di retribuzione che esso stesso induce, possano essere estese a *tutte* le componenti motivazionali della prevenzione generale.

La risposta è assai importante onde evitare equivoci e non può che essere negativa.

Se venisse ritenuta inammissibile *qualsiasi* funzione di indirizzo del diritto penale, infatti, quest'ultimo verrebbe meno alla sua stessa natura giuridica, dato che il sistema dei divieti penalmente sanzionati, una volta che non ambisse più al consenso sociale, potrebbe essere fondato esclusivamente sulla forza (ancorché sulla forza dello Stato)<sup>96</sup>.

94. Così P.-A. Albrecht, *op. ult. cit.*, p. 59.

95. Cfr. J.J. Savelsberg, *Materialisierung des Strafrechts: Funktionen, Folgeprobleme und Perspektiven*, in *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1989, p. 17 ss.

96. Sembra invece orientarsi ad un totale rifiuto del fattore consenso nella giustificazione del divieto penale, sulla base di una (discutibile) incompatibilità di ta-

Come anzi si è efficacemente sostenuto (in un quadro del tutto diverso da quello neo-retributivo, nonostante le affinità terminologiche), «la ricerca di un effetto di stabilizzazione della coscienza sociale intorno ai principi espressi attraverso le norme, lungi dall'essere un atto illiberale di intromissione, indebita, nella sfera di libertà dei cittadini, rappresenta la *ratio essendi* di un ordinamento giuridico che deve preoccuparsi di ottenere l'adesione dei destinatari alle regole che pone»<sup>97</sup>.

La stessa 'laicità' del diritto penale non impone in alcun modo, d'altro lato, che quest'ultimo si renda muto di qualsiasi indicazione propositiva nei confronti dei cittadini<sup>98</sup>. Nel contesto di un ordinamento pluralistico di stampo liberale, è decisivo, piuttosto, che la forza di orientamento culturale delle norme incriminatrici non sia usata per 'costruire' penalisticamente il rispetto di beni estranei al riconoscimento sociale o comunque per tutelare beni inessenziali alla convivenza civile<sup>99</sup>. Come pure che il ricorso alla penalizzazione resti su-

le fattore con la struttura pluralistica della società democratica, M. Pavarini, *La pena utile, la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1983, p. 17ss. (seppur nel contesto di un'indagine riferita alla crisi del modello *rieducativo*). Sul tema v. anche M. Romano, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, p. 413 ss.

97. Così S. Moccia, *Principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1989, p. 1015, nota 27.

98. Caratteristica dello Stato laico non è l'aprioristica indifferenza verso i valori, dato che esso si fonda pur sempre sulla convergenza da diverse posizioni ideali intorno ad una serie di valori fondamentali, come segnalano le Costituzioni, bensì la sua incompetenza circa la giustificazione, vale a dire la fondazione *ultima*, di tali valori.

99. Salvo precisare che la limitazione della tutela penale ai beni *essenziali* per una 'ordinata convivenza civile' (cfr., per tutti, G. Fiandaca - E. Musco, *op. cit.*, p. 22) deve intendersi riferita ai presupposti indispensabili per la estrinsecazione dei diritti fondamentali di ciascun individuo, onde evitare il rischio che atti lesivi i quali non compromettano l'efficientismo sociale siano considerati *a priori* irrilevanti: paradigmatica risulta in proposito la posizione di Arth. Kaufmann, *Human-genetik und Fortpflanzungstechnologien aus rechtlicher, insbesondere strafrechtlicher Sicht*, in *Festschrift für D. Oehler*, Köln-Berlin-Bonn-München 1985, p. 657,

bordinato, anche sotto il profilo della prevenzione generale *positiva*, all'insufficienza motivazionale di altri strumenti e alla prevedibilità di un'incidenza disincentivante del divieto sulle condotte lesive dell'interesse protetto.

Ove simili requisiti siano riconosciuti, nulla può opporsi, dal punto di vista garantistico, a che la funzione di tutela di un bene giuridico si svolga *anche* attraverso la capacità motivazionale riconducibile alla parte precettiva di una norma incriminatrice. Ed anzi appare del tutto vantaggioso, sotto il profilo del contenimento della sofferenza penale, che la dimensione generalpreventiva sia ricollegata, in parte o soprattutto, alla autorevolezza del messaggio comportamentale del precetto, piuttosto che alla sola forza intimidativa della sanzione.

In realtà, non è disconoscendo la dimensione orientativa del precetto che ci si sottrae alla configurazione di un diritto penale *promozionale* o comunque inteso come «forza *creatrice* di valori o di etica»<sup>100</sup>, bensì garantendo *ex ante* sia che alla prevenzione penale – e dunque alla stessa operatività della suddetta dimensione – si faccia ricorso soltanto in termini di *extrema ratio*, sia che tra l'offesa del bene tutelato e la condotta sanzionata resti un legame *sufficientemente stretto*, tale da contrastare l'imporsi dei reati di 'pura disobbedienza'<sup>101</sup>.

---

in *Festschrift für Oehler*, Köln-Berlin-Bonn-München 1985, p. 657, il quale ritiene estranea la tutela della vita umana nella fase embrionale all'ambito dei beni per la cui protezione può legittimamente utilizzarsi lo strumento penale, posto che tale tutela non rientrerebbe fra le condizioni essenziali di una 'proficua convivenza civile': per la valutazione critica di una simile, assai preoccupante tesi v. L. Eusebi, *La tutela*, cit., p. 1078 ss.

100. Così H.-L. Günther, *Die Genese eines Straftatbestandes*, in *JuS*, 1978, p. 11.

101. Cfr., anche per l'intera problematica del ricorso in senso *propulsivo* al diritto penale ed i relativi riferimenti bibliografici C.E. Paliero, *Minima non curat praetor* - *Ipergrafia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova 1985, p. 123 ss.; v. altresì A. Cadoppi, *Il reato omissivo 'proprio'*, Padova 1988, p. 374 ss.

*Per sé*, in ogni caso, l'efficacia motivazionale riconducibile al precetto di una fattispecie incriminatrice non contrasta con quella che è stata significativamente definita la «funzione *conservativa* (non equivalente, si precisa, a *conservatrice*) del diritto penale»<sup>102</sup>.

Se tutto questo è vero, il rapporto fra norma penale e morale sociale si rivela necessariamente biunivoco. Da un lato, il riconoscimento 'di principio' dei valori fondamentali – che trova espressione nelle Costituzioni – *precede* la loro eventuale tutela penale, e dunque non può essere affidato alla forza 'moralizzatrice' del sistema dei reati<sup>103</sup>. Dall'altro lato, il fine generalpreventivo tende ad incidere sul riconoscimento 'di fatto' dei medesimi valori nella prassi comportamentale dei singoli cittadini.

Va peraltro riconosciuto, in questo quadro, che il principio della riserva di legge assicura un notevole livello di immunizzazione, sempre nel contesto democratico, dal rischio di un diritto penale agente in funzione costitutiva, e non di mera tutela, dei beni giuridici.

Dovrebbe maggiormente preoccupare, invece, l'altissimo grado di indeterminatezza che continua a caratterizzare il principio garantistico cardine dell'*extrema ratio*, sia per quanto concerne la precisazione del catalogo dei beni astrattamente suscettibili di tutela penale, sia sotto il profilo dei criteri che dovrebbero definire la *stretta necessità* dell'intervento punitivo: tanto da far insorgere il dubbio, come già si segnalava, che quel principio sia stato adoperato più come alibi per la mancata attivazione di serie strategie preventive

---

102. Così C.E. Paliero, *op. ult. cit.*, p. 149.

103. La quale potrebbe invero essere utilizzata, ad esempio da un regime totalitario, per fini tutt'altro che *etici*. Il riconoscimento dei valori fondamentali competerebbe piuttosto all'azione dei sistemi filosofici, religiosi, etico-culturali: così H. Müller-Dietz, *op. ult. cit.*, p. 822.

sul terreno politico sociale, o comunque sul piano della legislazione in materia extrapenale, che come effettiva barriera limitatrice dell'ipertrofia penalistica<sup>104</sup>.

Rispetto a simili problemi, proprio l'interesse per le componenti *positive* della prevenzione generale facenti capo al precetto penale, lungi dal configurarsi come ulteriore fattore di ambiguità, può offrire, probabilmente, elementi utili di riflessione.

Esso evita, innanzitutto, una troppo facile identificazione fra la inderogabilità, reale o supposta, della tutela penale di un determinato bene e la minaccia di una pena detentiva. Un dato, questo, tanto più significativo se si considera che il riconoscimento del carattere di *extrema ratio* del ricorso al carcere nell'ambito delle sanzioni penali potrebbe assumere, per la tutela complessiva dei diritti individuali rispetto alla potestà punitiva dello Stato, un rilievo concreto *maggiore* dello stesso riconoscimento di principio, spesso solo formale, del necessario carattere di *extrema ratio* delle norme incriminatrici<sup>105</sup>.

Per quel che concerne, inoltre, la valutazione razionale<sup>106</sup> della rispondenza di una fattispecie di reato al principio di effettività, il rilievo attribuito alla capacità orientativa del divieto consente di non trascurare il numero assoluto degli atti lesivi di un determinato bene che la qualifica di illiceità penale dei medesimi risulti in grado di evitare, senza che que-

---

104. Ipertrofia mediante la quale lo Stato rivelerebbe la propria inefficienza: così P.-A. Albrecht, *Das Strafrecht*, cit., p. 200. Ma anche quando la penalizzazione non risulta in realtà surrogabile, essa resta troppo spesso l'unica strategia preventiva utilizzata.

105. Senza con ciò nulla togliere, ovviamente, all'esigenza che sia ulteriormente sviluppata la politica di depenalizzazione.

106. Esige che la scelta delle strategie preventive adottate sia considerata -come problema aperto politicamente e razionalmente- D. Pulitanò, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv.it.dir. proc.pen.*, 1983, p. 519.

sto effetto debba necessariamente essere ricollegato - anche quando vi si oppongano, ad esempio, particolari esigenze politico criminali o il livello della cifra oscura - alla prospettiva della reclusione<sup>107</sup>.

---

107. Il caso che segnala emblematicamente l'esigenza di considerare - proprio dal punto di vista di una ponderazione *razionale* degli effetti preventivi - il significato che assume la definizione di illiceità penale di una determinata condotta, al di là delle scelte sanzionatorie, resta quello della qualifica da attribuirsi all'interruzione della gravidanza ove sussistano le 'indicazioni' contemplate dalla legge. In rapporto a criteri di valutazione omogenei con quelli ritenuti validi per accettare la efficacia preventiva di altre fattispecie, meno significative rispetto al bene protetto (ed altresì alla luce dei persistenti tassi, per tutti assolutamente inaccettabili, di abortività; del dato, ovvio, per il quale l'efficacia preventiva dipende pure dall'impegno nella applicazione concreta delle norme sanzionate; dell'incidenza, non *a priori* trascurabile, di lacune nella tutela del bene sommo dell'esistenza umana rispetto alla percezione di razionalità complessiva del sistema penalistico: su quest'ultimo aspetto, seppur non in esplicito riferimento al bene vita, v. C. Pedrazzi, *op. cit.*, p. 69), a noi pare che la salvaguardia *anche* penalisticamente segnalata della vita del concepito si imponga, e che comunque non sussistano motivazioni empiricamente suffragabili che possano motivarne l'esclusione (senza che ciò esiga il ricorso al carcere): si consenta, in proposito, il rinvio a L. Eusebi, *op. ult. cit.*, p. 1097 ss.; diff., fatto sempre salvo il riconoscimento dell'embrione come 'bene giuridico', C.E. Paliero, *Il principio di effettività*, cit., pp. 455 ss. e 473.

LA 'NOSTALGIA' DI KANT E DI HEGEL E L'IRRIDUCIBILITÀ  
DEL PROBLEMA PENALE A UNA QUESTIONE  
DI GIUSTIZIA DISTRIBUTIVA

La tendenza a reperire in elementi deducibili dalle teorie classiche un ausilio per risolvere la 'crisi' contemporanea della pena non si esprime soltanto nel modello che fonda sull'appagamento dei bisogni retributivi l'esigenza generalpreventiva della stabilizzazione sociale, bensì anche in un orientamento, almeno in apparenza, del tutto *alternativo*: esso fa leva, infatti, più che su aspetti satisfattivi o vendicativi, sulla 'parte nobile' del pensiero dei padri della retribuzione, vale a dire sulla visione della pena come fattore di garanzia della dignità del condannato, in quanto essere umano dotato di libertà, e sul richiamo al rispetto del principio di uguaglianza.

Proprio in questa prospettiva, la 'nostalgia' di Kant e di Hegel sembra tornare alla luce del sole – dopo un periodo di prudente attesa del mutare dello *Zeitgeist* – in un numero notevole di Autori, così da procrastinare *sine die* quella 'presa di congedo' dalle teorie penalistiche dei due filosofi tedeschi – «in tutta la loro discutibilità gnoseologica, logica e morale» – auspicata, più di vent'anni orsono, in un notissimo saggio di Klug<sup>108</sup>.

Nondimeno, le peculiarità del rinnovato interesse penalisti-

108. Cfr. U. Klug, *Il commiato da Kant e da Hegel* (trad. it. del testo tedesco dal titolo *Abschied von Kant und Hegel*, in AA.VV., *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, a cura di J. Baumann, Frankfurt a. M. - Hamburg 1988, p. 36 ss.), in AA.VV., *La funzione della pena*, cit., p. 3 ss.

co per le costruzioni di Kant e di Hegel, rispetto alla prospettiva tradizionale della Scuola classica, sono rilevanti.

È vero che si torna a cercare una ragione di giustizia obiettiva della punizione da infliggersi nel caso concreto, e dunque l'autonomia di ogni singola pena retributiva dalla prevenzione generale; ed è vero che non ci si sottrae neppure dall'affermare il carattere di *assolutezza* della pena, onde rimarcare l'intento di sottrarre la medesima alla *eteronomia* preventiva. Ma nello stesso tempo la *ratio* intrinseca della punizione retributiva non viene spiegata, rispetto al singolo condannato, in senso etico-metafisico, bensì, nella maggior parte dei casi, in termini contrattualistici: e si giunge a teorizzare, giocando sui termini, una concezione sì 'assoluta', ma nient'affatto svincolata dallo scopo (*zweckgelöst*), in quanto il fondamento del punire non sarebbe rinvenibile nel mero ripagare il male con il male<sup>109</sup>.

Soprattutto, poi, viene rifiutata con forza – in riferimento alla distinzione di Hart e di Rawls fra funzione della pena in quanto istituzione ed essenza della pena inflitta in concreto<sup>110</sup> – qualsiasi interpretazione *assoluta* della potestà punitiva in quanto tale: ad essa viene pressoché unanimemente riconosciuta, piuttosto, una finalità complessiva di prevenzione generale, anche alla luce del fatto che un concetto di *pura* retribuzione (*ogni colpa, una pena*) non sarebbe in realtà reperibile né in Kant, né in Hegel<sup>111</sup>.

Questo orientamento complessivo, di tipo neo-classico, pare a sua volta esprimersi in due indirizzi fondamentali, dei

109. Così M. Köhler, *Der Begriff der Strafe*, Heidelberg 1986, p. 9 ss.

110. Cfr. Herbert L.A. Hart, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford 1968, p. 3ss.; J. Rawls, *Two Concepts of Rules*, in *Philosophy Review*, 1955, p. 3, cit. da G.P. Fletcher, *Utilitarismus und Prinzipiendenken im Strafrecht*, in *ZStW*, 1989, p. 813. In riferimento a Hart, v. anche L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1989, p. 363.

111. Così Armin Kaufmann, *Die Aufgabe des Strafrechts*, Opladen 1983, p. 8 s.

quali, seppur in breve, tratteremo separatamente: l'uno vede nella pena retributiva lo strumento necessario perché l'agente di reato possa tornare ad ottenere 'riconoscimento sociale' nella sua dignità di essere libero, l'altro il presupposto perché possano trovare realizzazione esigenze irrinunciabili di giustizia distributiva.

Identificando la pena retributiva, sia nei confronti della parte lesa che del condannato, come 'restituzione di libertà', il primo di tali indirizzi verrebbe a delineare uno scopo della punizione estraneo a qualsiasi finalità eteronoma di ordine tecnico-pragmatico, e dunque a se stesso sufficiente<sup>112</sup>. Lo scopo, in altre parole, risulterebbe *inerente* alla dimensione retributiva: e ciò sottrarrebbe la funzione della pena a qualsiasi verifica empirica, cioè all'elemento caratterizzante il moderno diritto penale preventivo (l'*output-Orientierung* di Hassemer)<sup>113</sup>.

Il meccanismo attraverso il quale la 'restituzione di libertà' dovrebbe realizzarsi è quello tipico hegeliano: si ha diritto ove ciascuno riconosca l'altro come volontà libera (il diritto esige pertanto che ogni cittadino rinunci a una parte della sua libertà); l'illecito penale, a differenza di quello civile, nega il riconoscimento dell'altrui valore universale in quanto implica un agire verso l'altro *come se* non costituisse anch'egli una 'autocoscienza' libera ed eguale; la condotta criminosa, tuttavia, si rivela in sé contraddittoria, poiché l'agente, dato il contesto di uguaglianza del reciproco riconoscersi,

112. Così M. Köhler, *op. cit.*, p. 43.

113. Cfr. F. Herzog, *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts*, Frankfurt a. M. - Bern - New York 1987, p. 48 ss.; l'Autore dichiara di rifarsi nella sua ricerca al monito di W. Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München 1981, p. 298 s., secondo cui, posto che «le teorie preventive non (sarebbero) in grado di descrivere in modo completo e preciso il compito del diritto penale», risulterebbe necessario «riscoprire, dandole nuova formulazione, la saggezza (*Weisheit*) delle teorie assolute».

ferisce attraverso di essa anche se medesimo, come essere libero; la pena rende manifesta simile contraddizione (*Nichtigkeit*) e, compensando la perdita di riconoscimento della vittima, ristabilisce il rapporto di riconoscimento infranto<sup>114</sup>.

L'assoggettarsi dei cittadini alla logica retributiva risponderebbe peraltro, almeno secondo un consistente indirizzo, alla mera logica utilitaristica della rinuncia a una parte della libertà per conseguire una libertà più vasta (l'obiettivo sarebbe quello di una '*allseitig vorteilhafter Freiheitskoexistenz* ')<sup>115</sup>; pur essendo inflitta per ragioni di giustizia, la pena lo sarebbe in un senso *immanente* e non *trascendente*, cioè in funzione del riconoscimento, richiesto dalla ragione, della libertà di ogni individuo<sup>116</sup>.

La natura retributiva della pena, in particolare, non contrasterebbe con il necessario carattere di *frammentarietà* del sistema punitivo, né con il suo compito costitutivo di garantire la tutela dei beni giuridici essenziali alla vita dei cittadini e della società. Anche secondo Kant, infatti, spetterebbe alla accortezza (*Strafklugheit*) dei governanti indicare *quando* fare uso della pena giustificata in senso retributivo<sup>117</sup>; per la letteratura penalistica recente la individuazione di un elemento utilitaristico, o generalpreventivo, nella stessa concezione kantiana della pena sembra divenire, del resto, quasi una co-

114. Così K. Seelmann, *Hegels Straftheorie in seinen 'Grundlinien der Philosophie des Rechts'*, in *JuS*, 1979, p. 687 ss.; ma v. anche, sempre con riferimento a Hegel, F. Herzog, *op. cit.*, p. 57 ss.; M. Köhler, *op. cit.*, p. 41; Id., *Strafbegründung im konkreten Rechtsverhältnis. Die Aufhebung der abstrakten Straftheorie am Leitfaden der hegelschen Rechtsphilosophie*, in *Festschrift für K. Lackner*, Berlin - New York 1987, p. 11 ss.

115. Così U. Kindhäuser, *Personalität, Schuld und Vergeltung*, in *GA*, 1989, p. 495 s.

116. Così E.A. Wolff, *Das neue Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für die Antwort auf Kriminalität*, in *ZStW*, 1985, p. 826.

117. Così Armin Kaufmann, *op. cit.*, pp. 5 e 9 s., secondo il quale non risulterebbe comunque necessario il riferimento alle *Vereinigungstheorien*.

stante<sup>118</sup>.

In sintesi, lo Stato punirebbe per una ragione di prevenzione generale; ma, ove punisca, la pena *giusta* non potrebbe che essere quella retributiva, in quanto la sola in grado di consentire il ristabilirsi del riconoscimento personale fra l'agente di reato e gli altri cittadini (fra i quali, soprattutto, la vittima). In ciascun caso concreto, pertanto, la punizione resterebbe indipendente da finalità *eteronome*; nondimeno, al sistema penale nel suo complesso risulterebbe connaturato un effetto di prevenzione generale *positiva*<sup>119</sup>.

Poiché, inoltre, la pena retributiva si rapporterebbe *positivamente* alla ricostituzione del rapporto di libertà fra agente e contesto sociale, essa escluderebbe modalità sanzionatorie, come la pena di morte, che ne assolutizzano il momento *negativo*; ed in tal senso integrerebbe addirittura in se stessa l'idea di risocializzazione, senza peraltro subordinarla ad una comprensione 'tecnicistica' della prevenzione speciale<sup>120</sup>.

Che un simile eclettismo di buone intenzioni possa essere tanto facilmente realizzato - senza l'affanno di giudizi pro-

118. Cfr. U. Kindhäuser, *op. cit.*, p. 505; H. Müller, *op. cit.*, p. 51 ss. (sul punto v. la recensione dell'opera da ultimo citata di M.A. Cattaneo, in *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte*, 1986, p. 80 s., il quale ravvisa nell'elemento in oggetto l'ovvia dimensione generalpreventiva del momento legislativo); sul rapporto fra teoria kantiana e prevenzione generale v. anche E.A. Wolff, *op. cit.*, p. 786 ss.; nella dottrina anglosassone v. di recente B. Sharon Byrd, *Kant's Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution*, in *Law and Philosophy*, 1989, p. 151 ss.

119. Cfr. Armin Kaufmann, *op. cit.*, p. 18; accosta impostazioni *assolute* e prevenzione generale *positiva* (ma rimprovera a queste ultime di non abbandonare l'*output-Orientierung*) anche F. Herzog, *op. cit.*, p. 48 ss.; in senso sostanzialmente analogo U. Kindhäuser, *op. cit.*, p. 504; secondo K. Seelmann, *op. cit.*, p. 691, si tratterebbe di delineare una prevenzione generale depotenziata secondo criteri di 'giustizia'.

120. Così M. Köhler, *Der Begriff*, cit., p. 18 (v. anche Armin Kaufmann, *op. cit.*, p. 20), il quale non esita a costruire conseguentemente l'inflazione della pena, rispetto al condannato, come un 'bene' (*ivi*, pp. 17 e 41 s.); gli effetti preventivi costituirebbero, in ogni caso, *Nebewirkungen* della retribuzione (*ivi*, p. 59).

gnostici o verifiche empiriche – mediante il semplice ritorno alla retribuzione, e che su di essa, ove ciò fosse vero, non si sia potuto imporre, fino ad oggi, un consenso generalizzato, appaiono già di per sé, peraltro, cose alquanto singolari.

In effetti, poi, si rende subito evidente come l'indirizzo in oggetto lasci completamente nel vago i *contenuti* delle sanzioni: la portata di reintegrazione sociale attribuita alla pena retributiva resta fondata su un meccanismo tutto ideale di cui quasi nulla è dato sapere, se non che deve realizzarsi attraverso la 'formula magica' costituita dalla compensazione della colpevolezza.

Sia chiaro: è certamente degno di rilievo che la *ratio* della pena retributiva venga oggi collocata – come in alcune fra le versioni più apprezzabili della prevenzione generale *positiva* – sul piano di una ricucitura dei rapporti interpersonali e sociali lacerati dal reato, piuttosto che su quelli più tradizionali della espiazione del male o del soddisfacimento di bisogni vendicativi. Ma finché non si indichino le modalità concrete delle risposte sanzionatorie, i significati che a queste ultime si assegnino rimangono pure *finzioni*. E, d'altra parte, sarebbe forse onesto affermare che le forme fin qui *note* della retribuzione penale abbiano rappresentato – nelle celle dei penitenzari piuttosto che nelle elaborazioni teoriche – affermazione della dignità umana del condannato e stimolo alla riconciliazione?

La realtà è che la punizione retributiva assume *inevitabilmente*, come già si accennava, un contenuto tipico: se infatti intende programmaticamente escludere, nella scelta dell'entità sanzionatoria adeguata alla colpevolezza, qualsiasi considerazione finalisticamente orientata, vale a dire razionalmente motivabile, l'unico parametro di riferimento che si rende per essa disponibile, in sede di commisurazione, è dato dal bisogno emotivo di pena riscontrabile in un determinato mo-

mento storico-culturale a seguito della commissione di un reato. Ma il soddisfacimento dei bisogni di pena, invero poco credibili come sedimentazione di una superiore idea di giustizia, coincide con la più strumentale, nei confronti del condannato, fra le possibili interpretazioni della teoria general-preventiva<sup>121</sup>.

Di una simile realtà, che sconvolge molti schematismi teorici, chi si ponga nell'ottica retribuzionistica non può non tener conto.

Oltre alle modalità concrete in cui la pena retributiva possa trovare espressione, ciò che soprattutto resta in ombra negli Autori i quali recentemente si sono rifatti al pensiero di Kant e di Hegel, tuttavia, sono le ragioni per le quali proprio l'idea di retribuzione dovrebbe garantire il rispetto della libertà individuale e la ricomposizione dei rapporti interpersonali dopo la frattura rappresentata dal reato: l'impressione, anche da questo punto di vista, è che vengano sì espresse delle esigenze, ma senza per nulla motivare la rispondenza al loro realizzarsi del meccanismo retributivo che simbolicamente dovrebbe esprimerle.

Più lineare appare in questo senso la posizione degli Autori che spiegano esplicitamente il suddetto meccanismo in senso ontologico: retribuire sarebbe *giusto* per una ragione etico-metafisica e, conseguentemente, la pena retributiva onorerebbe lo stesso condannato nella sua dignità<sup>122</sup>. Le pene umane – si afferma – sarebbero, ovviamente, «contingenti

121. V. *supra*, III.

122. Cfr. F. D'Agostino, *Diritto e secolarizzazione*, Milano 1982, p. 68; Id., *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Torino 1989, p. 125 ss.; V. Mathieu, *Perché punire? Il collasso della giustizia penale*, Milano 1978, p. 174 ss.; I. Primoratz, *Banquos Geist. Hegels Theorie der Strafe*, Bonn 1986, p. 92 s. Per alcuni rilievi critici circa la concezione della pena come 'diritto del delinquente' v. M.A. Cattaneo, *Sulla filosofia penale di Kant e di Hegel*, in AA.VV., *La funzione della pena*, cit., p. 134 ss.

(nelle cause che le motivano, negli obiettivi che si prefiggono, nella loro forma ed entità), ma 'l'unica giustificazione' della loro contingenza andrebbe rinvenuta «in un elemento assoluto: il loro essere 'giuste' (o, se si preferisce, meritate)»<sup>123</sup>.

Una simile conclusione impone di chiedersi a che cosa si riduca, di fronte ad un così ampio riconoscimento della discrezionalità punitiva statale, la natura retributiva della sanzione, ove non la si voglia intendere come una cornice sostanzialmente formale<sup>124</sup>; ed esige, altresì, qualche ulteriore spiegazione sui rapporti fra il carattere *assoluto* dello strumento utilizzato ed i compiti *contingenti* assolti per il suo tramite dallo Stato (sotto il profilo della giustizia distributiva, non si capisce, se retribuire il colpevole è giusto *in sé*, perché l'ambito in cui effettivamente si retribuisca sia configurabile dall'ordinamento in modo arbitrario).

Il nodo problematico cardine dell'impostazione in oggetto – nodo in cui si sostanzia la seconda obiezione fondamentale, di natura essenzialmente *etica*, alla pena retributiva, dopo quella concernente la effettività della sua pretesa di autonomia – è dato, peraltro, dalla contestabilità dell'assunto secondo il quale la pena *giusta* sarebbe proprio quella rispondente all'idea di retribuzione (ovvero, onde mantenere a quest'ultima un minimo di contenuto definibile, la pena che si configuri pur sempre, al di là degli obiettivi per cui venga utilizzata, come *compensazione del malum actionis*).

Non si tratta, dunque, di negare che la pena debba essere, per principio, *giusta*, bensì di porre in discussione i criteri,

123. Così F. D'Agostino, *op. ult. cit.*, p. 110, nota 62.

124. Intende, ad esempio, la teoria hegeliana della pena come 'schema logico' potenzialmente compatibile con molteplici finalità S. Moccia, *Contributo ad uno studio sulla teoria penale di G.W.F. Hegel*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1984, pp. 133 e 159 ss.

dati per scontati, di tale giustizia. Per quel che a noi pare, la risposta al reato è da ritenersi moralmente accettabile se lo possono essere i fini che effettivamente persegue, i mezzi utilizzati, i suoi costi umani ed i presupposti della punibilità; mentre non può prospettarsi una pena giusta *in sé*, e tanto meno una pena *giusta* per il solo fatto di rappresentare la compensazione del male commesso<sup>125</sup>.

D'altra parte, la stessa riflessione teologica, nella quale il retribuzionismo penale ha ricercato per secoli un punto di riferimento culturale, più che idonea a suffragare un concetto di giustizia fondato sul contrappasso, appare, a sua volta, esser stata ampiamente condizionata – come in altra sede s'è cercato di tratteggiare<sup>126</sup> – dai modelli punitivi della prassi giudiziaria, assai poco consonanti con l'idea di giustizia desumibile dalla Scrittura<sup>127</sup>.

Sulla scorta di una recente ed assai interessante indagine<sup>128</sup>, sarebbe necessario sottoporre a vaglio critico, inoltre, il punto di vista tipico delle teorie assolute secondo il quale perseguire uno scopo che coinvolga altri individui risulterebbe, di per sé solo, *immorale* (in questa prospettiva, s'è affermato,

125. V. anche *supra*, III. Il distacco dalla retribuzione non implica affatto, pertanto, come invece sembra ritenere A.C. Amato, *Sulla teoria della prevenzione generale dei reati*, in *Riv.int.fil.dir.*, 1981, p. 495, «il distacco da ogni valore meta-giuridico». Il requisito, di matrice hegeliana, della 'compensazione di valore' (*Gleichwertigkeit*) distinguerebbe, secondo U. Ebert, *Talion und Spiegelung im Strafrecht*, in *Festschrift für K. Lackner*, cit., p. 399 ss., la pena retributiva dallo stesso taglione, inteso come riproduzione analogico-simbolica della fisionomia *materiale* del reato nella pena (e dunque come *Gleichartigkeit*), da inquadrarsi in una prospettiva 'magica' di cancellazione del male: ma una simile prospettiva non risulta, invero, affatto estranea alla tradizione retribuzionistica.

126. Cfr. L. Eusebi, *Cristianesimo e retribuzione penale*, in AA.VV., *La funzione della pena*, cit., p. 173 ss.

127. Cfr. E. Wiesnet, *La riconciliazione tradita. Sul rapporto fra cristianesimo e pena* (1980), trad. it. Milano 1987, *passim*.

128. Cfr. M. Baurmann, *Zweckrationalität und Strafrecht. Argumente für ein tatbezogenes Massnahmenrecht*, Opladen 1987, p. 25 ss.

l'idea di retribuzione pretenderebbe di rispettare l'individuo *disinteressandosi* degli effetti – inevitabili – della pena, salva l'insuperabile contraddizione costituita dal riconoscimento allo Stato del potere di decidere *quando* punire).

Non è certamente sostenibile, infatti, l'aprioristica incompatibilità del rispetto di un uomo come fine con il suo assoggettamento a talune imposizioni, ed in particolare ai poteri di imperio affidati dai cittadini allo Stato per il bene comune. Ma se questo è vero, non si tratta tanto di negare (o di coprire) – anche per la forma più drammaticamente incisiva dell'intervento statale sulla sfera dei diritti individuali – i fini perseguiti, ma di valutare in che modo la dignità umana del diretto interessato debba condizionarne la selezione e gli strumenti attuativi.

Ciò richiede, in particolare, che la punizione si configuri umanamente significativa anche per l'agente di reato, in quanto partecipa del bene comune, e che nella stessa condanna non sia negato il senso della corresponsabilità sociale al problema della criminalità: fattori, questi, costituenti ad un tempo l'aspetto irrinunciabile dell'idea di risocializzazione, come più oltre si vedrà, e l'esatto opposto di quanto implica il soddisfacimento dei bisogni emotivi di pena, in cui si sostanzia la sanzione retributiva.

Non si vede, invece, come il massimo rispetto della dignità umana potrebbe corrispondere al *minimo* di solidarietà (fino all'estremo della pena di morte)<sup>129</sup> rappresentato dalla pura e semplice compensazione del male commesso, secondo una logica che posticipa al termine della *espiazione* il ristabilimento – quasi sempre disatteso nella realtà – dei vincoli di appartenenza sociale del condannato<sup>130</sup>.

129. V. Mathieu, *op. cit.*, p. 268.

130. Secondo M. Baurmann, *op. cit.*, p. 177, «posto che il diritto al riconoscimento dell'autonomia personale e dell'autodeterminazione è anche diritto a una

Una via per superare alla radice le aporie della pena retributiva intesa come pena *giusta* è configurata dal secondo degli indirizzi ricollegabili alle posizioni *classiche*: esso costituisce la versione per così dire pragmatica delle nuove correnti retributive e, in quanto tale, ha caratterizzato in modo determinante il recente processo di riforma del *sentencing* negli Stati Uniti e nei Paesi scandinavi.

Pur utilizzando ampiamente lo slogan del 'giusto merito' (*just desert*), quel che conta, nella prospettiva in esame, non è la rispondenza della relazione fra reato e pena ad esigenze di carattere etico o metafisico<sup>131</sup>, bensì l'intento di assicurare l'omogeneità delle risposte sanzionatorie.

Dalla ricerca di una giustizia *assoluta* si passa, in altre parole, al modello riduttivo di una mera giustizia *distributiva*, in conformità al quale non si è esitato a ricostruire lo stesso pensiero di Kant: per il filosofo tedesco – così l'autorevole opinione di Fletcher – imperativo categorico non sarebbe tanto «punire ciascuno secondo la sua colpevolezza, bensì punire tutti i criminali in modo uniforme (*gleich*)», e ciò sia sotto il profilo della uguaglianza fra questi ultimi, sia sotto il profilo della uguaglianza, di tipo compensativo, fra agenti di reato e vittime<sup>132</sup>.

Non a caso, la categoria centrale di una simile impostazione diviene quella della proporzionalità, in quanto tipico concetto formale che – una volta prefissata, secondo criteri ad

solidarietà attiva, solo mediante la quale la capacità potenziale di libertà e di autonomia si rende realizzabile nel rapporto sociale, un'esecuzione puramente retributiva della pena non può soddisfare simile esigenza e si rivela problematica, pertanto, non solo in senso umanitario, ma, altresì, proprio dal punto di vista del diritto alla garanzia della libertà personale e della autodeterminazione; si tratterebbe, in particolare, di superare la *zwei-Welten-Lehre* kantiana, con la sua immagine dualistica dell'uomo come soggetto empirico e persona dotata di libertà, e di dare spazio a un principio di interpersonalità (*ivi*, p. 33 ss.).

131. Cfr. A. von Hirsch, *op. cit.*, p. 750.

132. Cfr. G.P. Fletcher, *op. cit.*, p. 809 s.

esso estranei, la pena corrispondente ad un certo livello di gravità della condotta criminosa – è in grado teoricamente di indicare quale entità di pena corrisponda ad un qualsiasi fatto di reato, solo che la gravità del medesimo sia espressa in un preciso rapporto numerico con il livello di riferimento<sup>133</sup>.

Prescindendo dai rilievi attinenti in via diretta alla commisurazione della pena<sup>134</sup>, va posto in evidenza, a questo proposito, che la ricostruzione della giustizia come *'fairness'*, e cioè, secondo la nota definizione di Rawls, come «amministrazione regolare ed imparziale, ed in questo senso equa, del diritto»<sup>135</sup>, finisce in realtà per *eludere* l'interrogativo centrale relativo alle ragioni giustificatrici dell'intervento punitivo: che lo Stato punisca diviene un dato di fatto e, conseguentemente, l'estensione della potestà punitiva resta affidata alla pura discrezionalità politica.

Lo stesso prezzo pagato per ottenere l'uniformità formale delle risposte sanzionatorie corrispondenti alle diverse tipologie criminose è molto alto, risolvendosi in una marcata oggettivizzazione dei parametri di giudizio, necessaria al configurarsi di una rigida scala matematica di gravità dei reati.

Più che di una funzione della pena in ciascun caso concreto, o comunque di strategie politico criminali riferite alle specifiche fenomenologie criminose, può parlarsi, in un simile contesto, di una funzione complessiva ed indifferenziata dell'ordinamento penale, il quale, nel suo monolitismo, viene di fatto a rispondere ad una generica domanda di deterrenza e stabilizzazione. Liberate dall'onere di perseguire risultati preventivi di settore, le risposte sanzionatorie, in particolare, ten-

133. Sulla utilizzazione del concetto di proporzionalità nell'ambito delle teorie retributive si consenta, ancora, il rinvio a L. Eusebi, *La 'nuova' retribuzione*, cit., p. 928 ss.

134. V. per alcuni accenni *infra*, XII.

135. Cfr. J. Rawls, *Una teoria della giustizia* (1971), trad. it. Milano 1982, p. 202 s.

dono a comporre un sistema idoneo ad esprimere, attraverso la afflittività delle pene, il disvalore attribuito alle condotte incriminate e, pertanto, a riflettere, incanalandolo in schemi proporzionalistici, il variare dei bisogni di retribuzione riscontrabile nella società in rapporto alla diversa gravità dei reati.

Se già simili rilievi mostrano i limiti di fondo con i quali si scontra il tentativo di ridurre il problema della pena a una questione di giustizia distributiva, è peraltro la stessa possibilità di erigere il principio di uguaglianza a bandiera del sistema penale che appare, in buona sostanza, utopica. E questo non solo rispetto ai rapporti fra agente di reato e vittima, posto che sono marginali i casi in cui la pena potrebbe avere un effetto ripristinatorio effettivo, ma anche con riguardo alla comparazione fra le sanzioni inflitte: si pensi, per esempio, a quella che dovrebbe essere, in un contesto di uguaglianza, la considerazione di *tutte* le peculiarità delle situazioni soggettive di partenza degli agenti di reato, peculiarità che l'indagine sulla colpevolezza riesce invece a sondare in modo estremamente parziale<sup>136</sup>; o alla diversissima incidenza della pena nel 'vissuto' di chi la subisce, di cui si è finora tenuto conto, sotto il profilo della c.d. *Strafempfindlichkeit*, in misura quanto mai limitata<sup>137</sup>; o, infine, allo stesso ruolo che gioca per il di-

136. Cfr., per tutti, J. Baumann, *Strafzumessung und ihre Auswirkung auf den Vollzug*, in *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, cit., p. 517.

137. Cfr. G. Schäfer, *Zur Individualisierung der Strafzumessung*, in *Festschrift für H. Tröndle*, Berlin - New York 1989, p. 397s., il quale muove dal rilievo attribuito in due sentenze della Cassazione tedesca – circa la valutazione della sussistenza del *'minder schwerer Fall'* – alla breve aspettativa di vita del condannato e alla onerosità della perdita del rapporto di pubblico impiego connessa alla inflizione di una determinata entità della pena detentiva; secondo l'Autore gli effetti della pena sull'agente di cui al § 46.1 StGB, tradizionalmente qualificati come concessione alla prevenzione speciale, andrebbero intesi come vero e proprio criterio ulteriore di definizione della *Schuldangemessenheit* (vengono indicati anche altri fattori potenzialmente rilevanti, rispetto al condannato: l'essere alla prima espe-

ritto penale il verificarsi dell'evento, nonostante l'eguale disvalore dell'azione<sup>138</sup>.

In questa luce è interessante porre in evidenza come la valorizzazione della giustizia distributiva da parte delle nuove correnti retributive, lungi dall'auspicare una valutazione più penetrante delle caratteristiche di ciascun caso concreto, miri in realtà ad una drastica semplificazione del quadro penalistico di giudizio, tale da creare quella che si rivela una *apparenza esteriore* di uguaglianza, ad uso del messaggio che attraverso l'infrazione della pena si vuol rendere percepibile dalla opinione pubblica; la omogeneizzazione forzosa delle risposte sanzionatorie, infatti, genera a sua volta, inevitabilmente, disuguaglianze di tipo sostanziale.

Nonostante l'opinione di Fletcher, il quale confida in una netta antinomia fra utilitarismo ed esigenze della giustizia distributiva<sup>139</sup>, è probabilmente assai vicino al vero, pertanto, H.-J. Otto allorché conclude che l'insistenza intorno all'uniformità delle punizioni, secondo il parametro del 'giusto merito', da parte della recente dottrina penalistica americana costituisce la facciata esteriore dell'interesse per finalità globali di pura efficienza utilitaristica<sup>140</sup>.

Tutto ciò non significa, ovviamente, che non sia da ricercarsi la uniformità dei criteri penalistici di giudizio, con parti-

---

rienza di privazione della libertà, l'essere straniero, l'essere affetto da determinate psicosi o comunque da menomazioni, ecc.).

138. Cfr. R. Zippelius, *Variante und Gründe rechtlichen Verantwortlichkeit*, in *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. XIV (*Verantwortlichkeit und Recht*), a cura di E.-J. Lampe, p. 257 ss.

139. Cfr. G.P. Fletcher, *op. cit.*, p. 818, il quale – in contrapposizione a G. Stratenwerth, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Heidelberg-Karlsruhe 1977, p. 5 – preferisce vedere il segno distintivo del diritto penale di questo secolo, piuttosto che nel suo progressivo adeguamento all'idea di scopo, in quello che definisce *-Kampf um die Gleichheit-*. V. anche A.C. Amato, *op. cit.*, p. 499, che ritiene la logica preventiva -conseguenziale ad una giustizia strutturalmente antiguidica, la quale non rispetta il principio di simmetria dei comportamenti.

140. Cfr. H.-J. Otto, *op. cit.*, p. 256 ss.

colare riguardo alla commisurazione giudiziaria. L'obiettivo, strutturalmente tendenziale, dell'uguaglianza, tuttavia, sembra perseguibile al meglio proprio cercando di rapportare quanto più possibile gli scopi della pena alle peculiarità del caso concreto, e non già immaginando di poter soppesare in termini assoluti il fatto di reato, fino ad esprimerne la rilevanza in pure entità numeriche svincolate dagli intenti stessi dell'intervento sanzionatorio, né percorrendo a ritroso la via che ha condotto il diritto penale a liberarsi dai modelli di imputazione meramente oggettiva.

L'IMPROSPETTABILE LEGITTIMAZIONE  
SPECIALPREVENTIVA DELLO *STATUS QUO* :  
I PROFILI SUPERATI DEL RICORSO ALLA FINALITÀ  
RIEDUCATIVA

Il ritorno alla retribuzione e alla prevenzione generale si colloca, come si sa, in un quadro di crisi dell'idea risocializzativa<sup>141</sup>, idea che per lungo tempo si era accreditata quale vera e propria chiave di volta onde poter superare il carattere puramente repressivo della pena (e con esso la 'cattiva coscienza' legata sia al ruolo della corresponsabilità sociale nella genesi della devianza, sia alla parzialità dei meccanismi di selezione criminale), prospettandosi idonea ad inglobare nella strategia preventiva perseguita a tutela della società anche gli interessi del condannato.

Le perplessità nei confronti di una simile impostazione, a prima vista assai suggestiva<sup>142</sup>, sono andate emergendo con il progressivo rendersi evidente della pericolosità di un sistema sanzionatorio che tenti di mascherare, asserendo di agire in favore di chi venga punito, il cardine stesso del problema penale, vale a dire la limitazione coattiva di diritti fondamentali

---

141. V. per tutti E. Dolcini, *La 'rieducazione del condannato' tra mito e realtà*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1979, p. 469 ss.

142. Osserva, ad esempio, come lo stesso saggio, già citato, di E. Wiesnet, che rappresenta la più approfondita confutazione dei pretesi fondamenti biblici della pena retributiva, ceda nelle conclusioni alla ricerca di un senso pedagogico della reclusione, che andrebbe invece superata in quanto intrinseca espressione di vendetta, H. Koch, *Jenseits der Strafe. Überlegungen zur Kriminalitätsbewältigung*, Tübingen 1988, p. 15 ss.; per i limiti della alternativa proposta da quest'ultimo Autore v. tuttavia *infra*, VIII.

del cittadino, con particolare riguardo alla libertà personale<sup>143</sup>.

Tuttavia, la critica nei confronti del (sedicente) diritto penale risocializzativo si è in gran parte strutturata come critica verso l'idea stessa di risocializzazione, in quanto finalità perseguibile nel contesto complessivo della politica criminale, piuttosto che verso il ricorso ad essa in funzione legittimatrice dei tradizionali meccanismi punitivi. Una tendenza, questa, che, per quanto a noi sembra, rischia di privare la riflessione penalistica dello strumento concettuale più significativo fino ad oggi elaborato allo scopo di evitare che la pena si configuri come vera e propria estromissione dell'agente di reato dal contesto della corresponsabilità sociale: solo l'idea di risocializzazione, infatti, può motivare l'impiego di forme di reazione al crimine le quali assumano un senso non puramente negativo per chi le subisca e segnalino la disponibilità sociale a ristabilire con il medesimo il rapporto di fiducia infranto dalla condotta anti-giuridica.

Lungi dall'essere riducibile a fattore moralistico di copertura dell'anima retributiva del diritto penale o dei processi di ingiusta ripartizione fra i ceti sociali del rischio punitivo, come pure indubbiamente è stato utilizzato, l'obiettivo della risocializzazione rappresenta, in realtà, una consistente istanza critica intrinseca al sistema sanzionatorio, in quanto presuppone il riconoscimento di un debito dell'intera società rispetto alla soluzione del problema criminale e toglie legittimità ad impostazioni politico-criminali che annullino il rilievo della posizione del condannato.

---

143. È in questa luce che va letta l'espressione di P.-A. Albrecht, *Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen*, in *ZStW*, 1985, p. 833, incisiva seppur in certa misura semplificatoria sotto il profilo etico, secondo la quale «finché vi saranno un diritto e delle istituzioni penali, la pena resterà sempre un male».

Sotto questo profilo, è anzi la componente risocializzativa della teoria penalistica che rivela – in modo ben più concreto dell'idea di retribuzione – precisi legami con l'esigenza di un rispetto non meramente formale della dignità umana di chi venga punito.

Pur non potendo costituire funzione *autonoma* della pena<sup>144</sup>, la risocializzazione richiede, in sintesi, che gli scopi preventivi siano perseguiti secondo modalità sanzionatorie le quali non smentiscano, nella loro struttura, i principi cui il diritto penale vorrebbe motivare e consentano al condannato un futuro credibile di integrazione, piuttosto che di emarginazione: finalità, queste, che possono forse essere considerate convergenti con taluni aspetti della prevenzione generale *positiva*, ma che sarebbe difficile immaginare quali conseguenze *obbligate* di impostazioni puramente generalpreventive<sup>145</sup>.

Come meglio vedremo tra breve, proprio la dimensione critica dell'idea risocializzativa tende ultimamente ad essere rivalutata dalla dottrina attraverso la consapevolezza sempre più avvertita della incompatibilità fra un sistema penale *fondato* sulla pena detentiva e l'istanza della socializzazione recepita, con le riforme degli anni sessanta e dei primi anni settanta, da molti codici penali e dagli stessi ordinamenti penitenziari: un orientamento il quale, se ulteriormente sviluppato, potrebbe risultare più incisivo nella storia del diritto

---

144. Nel senso secondo cui l'idea di *Besserung* non può assumere un ruolo di fondazione della pena, bensì soltanto, come la colpevolezza, di *limitazione* cfr. Schönemann, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars - 2. Teil: Schuld und Kriminalpolitik*, in *GA*, 1986, p. 347.

145. V. *infra*, VIII. Si tratta di evitare, fra l'altro, che siano compromessi gli stessi aspetti di permanente autoriconoscimento dell'agente nei principi fissati dal diritto.

penale dello stesso *Schulenstreit*, che mai pose in discussione la centralità di forme punitive, quand'anche qualificate come misure di sicurezza, implicanti la (totale) privazione della libertà personale.

Per ora appare in ogni caso necessario riassumere i punti fermi, desumibili dalle critiche rivolte negli ultimi due decenni alle impostazioni specialpreventive, circa i limiti di un ricorso legittimo all'idea di risocializzazione: limiti estremamente importanti per scongiurare l'equivoco di una giustificazione a buon prezzo dei costi umani del diritto penale, ma non idonei, riteniamo, a liquidare la funzione propulsiva e garantistica del concetto secondo il quale, se un diritto penale deve sussistere, questo non deve condurre a distruggere la personalità e le *chances* di integrazione sociale di chi, avendone violato i precetti, sia assoggettato a una sanzione.

L'intento risocializzativo, innanzitutto, non potrebbe mai rendere accettabili forme di manipolazione della personalità del condannato, volte ad ottenere, mediante coazione interiore, il riconoscimento della intangibilità dei principi penalistici precedentemente violati: il campo di rieducazione non è il prototipo della integrazione sociale, la quale presuppone una base di consenso liberamente formatasi.

In un'ottica parallela può d'altra parte affermarsi che l'aver associato, specie nei Paesi nordici, i destini del concetto di risocializzazione a quelli di una vera e propria *ideologia* del trattamento terapeutico ha indubbiamente costituito un errore: sia per l'assunto teorico implicito secondo il quale l'esperienza del negativo (del 'male') coinvolgerebbe determinati soggetti *malati*, ma non i membri *sani* della società; sia per i problemi inevitabilmente suscitati da una sistematica identificazione dell'intervento punitivo con la terapia (qui intesa in senso stretto, come terapia di tipo *medico*) in rapporto al

principio della libera adesione nei confronti della medesima da parte del condannato<sup>146</sup>.

Anche se ciò non significa affatto negare la prospettabilità di un aiuto terapeutico, ovviamente non manipolativo, attuato col consenso dell'interessato in situazioni determinate: aiuto che nei pochi casi in cui è stato seriamente tentato non è rimasto privo di risultati<sup>147</sup>.

Dalla sottolineatura di irrinunciabili esigenze garantistiche alla conclusione secondo cui sarebbe inammissibile qualsiasi proposito di orientamento dell'esecuzione penale verso la interiorizzazione, da parte del condannato, dei valori tutelati dal precetto trasgredito il passaggio, in ogni caso, non è affatto automatico. Né possono facilmente comprendersi le ragioni che dovrebbero escludere *a priori* l'offerta, attraverso la stessa risposta sanzionatoria, di opportunità (vale a dire di vie percorribili, anche in termini sociologici) intese a creare le condizioni perché l'agente di reato possa liberamente accogliere, o tornare ad accogliere, le regole sulle quali l'ordinamento fonda la convivenza civile<sup>148</sup>.

---

146. Sull'istituto di terapia sociale (*sozialtherapeutische Anstalt*), previsto fra le misure di sicurezza dalla riforma penale tedesca e successivamente accantonato, v. S. Moccia, *Politica criminale e riforma del sistema penale. L'Alternativ Entwurf e l'esempio della Repubblica federale tedesca*, Napoli 1984, p. 242 ss.

147. Che il trattamento sia inefficace è sostenibile con sicurezza, secondo K. Lüderssen, *op. cit.*, p. 180, solo rispetto a modelli tradizionali; nello stesso senso M. Walter, *Über Alternativen zum Strafrecht*, in *Festschrift der rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität Köln*, Köln-Berlin-Bonn-München 1988, p. 576, per il quale i risultati del trattamento socialterapeutico, nei casi non numerosi di applicazione seria, risultano, anzi, incoraggianti (il rilievo assunto dal trattamento dipenderebbe in ogni caso ben più dal dibattito suscitato che dai detenuti in esso effettivamente coinvolti).

148. Cfr. in questo senso M. Pavarini, *La crisi*, cit., p. 295 ss. (in riferimento critico alla nota prospettazione di una 'terapia sociale emancipatoria' formulata da B. Haffke, *Über den Widerspruch von Therapie und Herrschaft exemplifiziert an grundlegenden Bestimmungen des neuen Strafvollzugsgesetzes*, in *ZStW*, 1976, p. 607 ss.; v. anche Id., *Hat emanzipierende sozialtherapie eine Chance?*, in AA.VV., *Seminar: Abweichendes Verhalten*, III, a cura di K. Lüderssen e F. Sack, Frankfurt

Come Lüderssen, nell'ambito della dottrina tedesca, ha autorevolmente sottolineato, si tratta di superare il dogma della sussistenza di un conflitto insanabile fra l' 'agire comunicativo' che può essere espresso da un'idea di risocializzazione *emancipativa*, piuttosto che *manipolativa*, ed il pensiero finalistico (incentrato sull'obiettivo della prevenzione generale)<sup>149</sup>. Essenziale è, ovviamente, che chi subisca una sanzione penale possa avere una piena informazione, e dunque un totale controllo, sul significato attribuito dall'ordinamento alle misure comunque adottate nei suoi confronti; così che non risulti impedita, nell'agente di reato, la formazione in libertà del volere e l'autonoma elaborazione dell'atteggiamento da assumere verso la pena: la strumentalizzazione della persona interverrebbe inevitabilmente, infatti, se l'ordinamento giocasse su una disparità della situazione conoscitiva fra giudice e condannato rispetto agli obiettivi perseguiti<sup>150</sup>.

Ciò non vuol dire 'chiudere un occhio' sulla dimensione di verità del *labeling approach*, e nemmeno negare, intervenendo sull'individuo, le contraddizioni *strutturali* della società, agenti in senso criminogenetico<sup>151</sup>. A meno, tuttavia, di voler attribuire alla criminalità, secondo forzature ideologiche lontanissime dalla vita reale, un significato *positivo*, quale pas-

---

a. M. 1977, p. 291 ss.; sul punto si consenta il rinvio a L. Eusebi, *La 'nuova' retribuzione*, cit., p. 955 ss.).

149. Cfr. K. Lüderssen, *op. cit.*, p. 184 s.; v. anche Id., *Rehabilitationshilfe für entlassene Strafgefangene. Neue Forschungsansätze und universitäre Arbeitsfelder*, in *Festschrift für R. Wasserman*, cit., p. 936.

150. Così M. Baurmann, *op. cit.*, in part. pp. 96, 109, 175.

151. V. in proposito M. Pavarini, *ibidem* (che cita F. Sack, *Definition von Kriminalität als abweichendes Verhalten. Der Labeling Approach*, in *Krim. Journal*, 1972, 4, p. 4 ss.), secondo il quale ciò cui una esecuzione risocializzatrice potrebbe ambire sarebbe solo di non risultare 'per sé desocializzante' e di non bruciare i ponti alle spalle del condannato, sperando in una sua (per la verità non molto probabile) folgorazione sulla via di Damasco.

saggio necessario per indurre il superamento delle suddette contraddizioni<sup>152</sup>, contestare la legittimità della funzione di indirizzo comportamentale riconducibile allo stesso momento esecutivo della pena appare privo di qualsiasi logica.

Finché sia accettata l'esistenza di un divieto penalmente sanzionato, in altre parole, *non può* essere posta in discussione l'ammissibilità del configurarsi della pena come un appello al trasgressore – più immediato di quello già rivolto *erga omnes* dal precetto – affinché accolga per il futuro la norma di condotta fissata dalla fattispecie.

L'apertura alla risocializzazione – da intendersi più come recupero delle ragioni di adesione, *nonostante tutto*, alle regole minimali della convivenza civile, che come processo accelerato di totale compensazione dei fattori desocializzanti – si rivela, del resto, ben maggiormente compatibile con un sistema giuridico conscio dei suoi limiti (ed anche per questo disposto a reintegrare chi ne abbia violato le regole) di quanto non lo sia una concezione della pena rigorosamente generalpreventiva o retributiva, cui l'aspetto di una composizione fra le esigenze connesse alla intangibilità dell'ordinamento e la realtà esistenziale di chi, pure, si sia reso colpevole di un reato, risulta, già in via di principio, del tutto estraneo.

L'altro punto fermo essenziale per un rapporto corretto con l'idea di risocializzazione è la improponibilità del ricorso ad essa per giustificare, come è avvenuto soprattutto negli Stati Uniti, la inflizione di pene indeterminate nel massimo della loro durata.

A questo proposito va in primo luogo precisato che l'indeterminatezza della pena non costituisce affatto una conse-

---

152. È invece incontestabile, ovviamente, che la criminalità risulti sintomatica di specifiche situazioni di disagio.

guenza obbligata dell'intento risocializzativo, rispondendo, piuttosto, ad una scelta ben precisa – e non condivisibile – nel modo di intendere la rilevanza penalistica della risocializzazione: non già come orientamento *strutturale* delle tipologie sanzionatorie alla reintegrazione del condannato, bensì come effetto estrinseco – *incertus an et quando* – che dalla sanzione, vista essenzialmente come *detenzione*, dovrebbe essere indotto.

A ben vedere, inoltre, la pena indeterminata si rende inaccettabile non solo dal punto di vista garantistico, bensì anche alla luce della logica specialpreventiva dalla quale dovrebbe essere sorretta, assumendo la sua configurazione, che priva il condannato di punti di riferimento sicuri per il suo futuro, un'oggettiva portata desocializzante.

Ove poi si affermasse che la stessa presa in considerazione del fine risocializzativo pregiudicherebbe la possibilità del legislatore o del giudice di individuare con *certezza* l'entità della risposta sanzionatoria adeguata ai fini della pena, si trascurerebbe, da un lato, il fatto che il problema sussiste, in realtà, anche rispetto alla prevenzione generale o alla retribuzione, e, dall'altro lato, il fatto che compito dello Stato di diritto in ambito politico criminale non può essere quello di *ottenere* la risocializzazione, ma solo quello di agire in modo che un simile risultato (per il quale la determinatezza, nel massimo, della pena irrogata è imprescindibile) possa realizzarsi.

Ulteriori fraintendimenti circa il ruolo della risocializzazione potrebbero derivare, infine, dalla tendenza dello Stato sociale – evidenziata soprattutto da P.-A. Albrecht – a fare della pena di tipo risocializzativo il momento culminante di un più generale processo di capillarizzazione della presenza del diritto nella vita civile, capace di assicurare all'ordinamento il pieno dominio (*Steuerung*) delle dinamiche agenti nella so-

cietà e la conseguente rimozione dei conflitti di fondo in essa effettivamente operativi<sup>153</sup>.

Anche attraverso il diritto penale lo Stato perseguirebbe in questo senso, con l'avallo dell'ideale riabilitativo, uno scopo di 'massimizzazione' del controllo sociale, scopo che verrebbe sì tendenzialmente attuato attraverso forme 'deboli' di intervento (tali da smussare, ad esempio, certi eccessi sanzionatori), ma a costo di una caduta nella garanzia giuridica dei diritti individuali, segnalata, fra l'altro, dal diffondersi di modalità preventive *ante* (o *extra delictum* (*Vorfeldkontrolle*))<sup>154</sup>. Ai vantaggi della 'materializzazione' del diritto penale – attenuazione del rigore repressivo e miglioramento della 'effettività'; minore stigmatizzazione e maggiori *chances* di reinserimento per il condannato – si assocerebbe, pertanto, il grave rischio di un sostanziale ampliamento dei livelli di intromissione dello Stato nella sfera di autonomia dei cittadini<sup>155</sup>. Le stesse strategie alternative alla detenzione, in questo senso, risulterebbero sintomatiche della commistione imperante fra intervento giuridico e 'aiuto' sociale<sup>156</sup>.

Simili preoccupazioni investono senza dubbio aspetti delicatissimi del rapporto fra autorità e libertà. Ancora una volta, tuttavia, gli effetti temuti non sono in alcun modo ricollegabili al fatto che, ove si punisca, la sanzione assuma connotazioni risocializzative, bensì presuppongono che la risocializza-

---

153. Cfr. P.-A. Albrecht, *Prävention*, cit., pp. 55 ss. e 71 ss.: la crisi di legittimazione delle strutture sociali verrebbe trasformata in crisi di identità e di senso individuale; v. anche Id., *Prävention*, cit., p. 201 ss.: tenderebbe a svilupparsi un diritto penale del 'nemico' e della 'pericolosità', il quale postulerebbe la predisposizione di ogni cittadino al male, nel segno di un vero e proprio 'riarmo' (*Aufrüstung*) preventivo.

154. Cfr. P.-A. Albrecht, *Prävention*, cit., p. 81 s.

155. Così J.J. Savelsberg, *op. cit.*, p. 18 s.

156. Cfr. P.-A. Albrecht, *Das Strafrecht*, cit., p. 207 s.; in senso analogo M. Pavarini, *op. ult. cit.*, p. 289.

zione sia intesa come scopo fine a se stesso del diritto penale, perseguibile in totale autonomia dall'avvenuta lesione di beni giuridici per la cui tutela l'intervento punitivo risulti necessario in termini di *extrema ratio*. Un'impostazione, questa, che implicherebbe lo sconvolgimento di equilibri essenziali per l'esistenza dello 'Stato sociale di diritto', equilibri rispetto ai quali, invece, la prospettiva del reinserimento sociale di chi sia punito si rivela, per sé, del tutto conforme.

D'altra parte, l'alternativa che dovrebbe evitare, secondo l'orientamento in esame, il rischio di una dilatazione motivata in senso risocializzativo dell'intervento penalistico, e che si sostanzierebbe nell'affidare all'idea di prevenzione speciale il mero compito di esigere la *minimizzazione* dei danni cagionati da una punizione inflitta *per altre ragioni*<sup>157</sup>, non appare convincente. È vero, infatti, che essa pone in evidenza il dato fondamentale secondo cui la risocializzazione non può assurgere a fine autonomo della pena; ma nello stesso tempo, rompendo ogni legame con le motivazioni criminologiche ed etiche che sostengono il dovere di risocializzare, essa finisce per privare la desiderata *minimizzazione* della sofferenza penale di qualsiasi punto di riferimento vincolante.

Appare poco credibile, in altre parole, che la tutela dell'individuo rispetto alle esigenze generalpreventive e gli stessi benefici previsti dalla riforma dell'esecuzione penale possano essere costruiti, come si è prospettato, in termini puramente *negativi*, cioè come mera riduzione all'indispensabile dell'intervento punitivo, genericamente ricondotta al dovere 'naturale' dello Stato di garantire la massima espansione possibile dei diritti della persona<sup>158</sup>.

Alla luce del 'clima' penalistico internazionale e dell'even-

157. Così P.-A. Albrecht, *Spezialprävention*, cit., p. 858.

158. Cfr. P.-A. Albrecht, *op. ult. cit.*, p. 844 ss., il quale fa appello, in particolare, al principio costituzionale del rispetto della dignità dell'uomo.

tualità non marginale che i limiti minimi di pena associati a mere valutazioni generalpreventive continuino a rappresentare un onere intrinsecamente desocializzante per chi ne sia gravato, il concetto secondo cui la pena deve *sempre* perseguire l'integrazione sociale del condannato, sembra mantenere, piuttosto, la funzione di una contropinta ineliminabile.

Anche la presa di distanze talora manifestata nei confronti della *diversion*, che andrebbe intesa come semplice tappa intermedia verso la depenalizzazione, sconta, in questo senso, il prezzo di un'impostazione scarsamente realistica: posto che, come è facile prevedere, l'ambito degli illeciti assoggettati a normativa penale resterà comunque di notevole ampiezza, l'ordinamento perderebbe, se non si seguisse la via delle alternative al carcere, lo strumento più credibile affinché la pena non si risolva, di fatto, in un'espulsione del condannato dal contesto dei rapporti sociali.

In realtà, il processo di 'deformalizzazione' del diritto penale, che implica il suo coinvolgimento sempre maggiore nella ricerca di risposte di tipo sostanziale alle situazioni problematiche in cui ciascun reato si radica (con la conseguente attenzione ad un'ampia gamma di dati situazionali, ad esigenze economiche, fattori sociologici, ecc.), risulta, come è stato rilevato, per molti versi necessario, costituendo un adeguamento dell'azione del diritto alla complessità oggettiva della realtà sociale<sup>159</sup>.

Si tratta di una tendenza che va certamente incanalata in termini garantistici; creare, tuttavia, una barriera impenetrabile fra diritto penale e politica sociale costituirebbe una risposta solo formale alle esigenze di tutela del condannato, posto che l'alternativa alla presenza *ingombrante* dell'idea di riso-

159. Così J.J. Savelsberg, *op. cit.*, p. 24; conf. T. von Trotha, *Distanz und Nähe. Über Politik, Recht und Gesellschaft zwischen Selbsthilfe und Monopol*, Tübingen 1986, p. 83 ss.

cializzazione si sostanzierebbe nel lasciare campo aperto alla prospettiva utilitaristica della deterrenza e al soddisfacimento giustificato in termini neo-classici dei bisogni di pena<sup>160</sup>.

---

160. Per l'inadeguatezza dell'alternativa neo-classica v., ancora, J.J. Savelsberg, *op. cit.*, p. 25; vorrebbe in ogni caso evitare che la critica alla risocializzazione si risolva in un ritorno alla retribuzione anche P.-A. Albrecht, *ibidem*.

## LA RINUNCIA 'SOSPETTA' AGLI ASPETTI DI PERSISTENTE FECONDITÀ CRITICA DELL'IDEA DI RISOCIALIZZAZIONE

L'apporto più rilevante dell'idea risocializzativa alla teoria della pena si identifica paradossalmente con la confutazione di quello che di tale idea è stato l'uso maggiormente contraddittorio: una prospettiva di reintegrazione sociale non può considerare strumento che le sia consono la segregazione carceraria, e quindi è improponibile che la reclusione sia giustificata, o dilatata, per ragioni attinenti al miglioramento delle (future) opportunità del condannato nella vita civile o comunque per favorire una sua maggiore disposizione al rispetto delle leggi.

In questo senso, la reclusione deve anzi intendersi gravata – nel nostro ordinamento alla luce dello stesso dato Costituzionale<sup>161</sup> – da un'ipoteca complessiva di non ammissibilità, suscettibile di essere superata solo ove funzioni (legittime) della pena diverse da quella risocializzativa, che siano considerate dal legislatore irrinunciabili in una data situazione, possano realizzarsi *esclusivamente* privando l'agente di reato della libertà personale. Al carcere potrebbe farsi ricorso, pertanto, solo in presenza di fattori ulteriori ed eccezionali rispetto a quelli sufficienti, in generale, per giustificare la tutela penale di un determinato bene.

Sotto il profilo pragmatico, d'altra parte, il forte conteni-

---

161. Secondo A. Baratta, *op. ult. cit.*, p. 21, «soprattutto attraverso istituzioni totali come il carcere, il principio della pena risocializzante, sancito dall'art. 27 della Costituzione italiana, assume il carattere di una norma impossibile».

mento del ricorso al carcere – soprattutto in rapporto alla massa ‘anonima’ dei suoi ospiti tuttora proveniente, per gran parte, dai settori sociali meno privilegiati (si pensi solo alla percentuale degli stranieri) – potrebbe consentire una significativa concentrazione dell’uso di strutture e risorse intorno a casi di effettiva serietà, con un conseguente miglioramento di qualità ed efficienza sia nella tutela sociale che nelle modalità esecutive.

Presupposto per l’affermarsi dei rilievi summenzionati può considerarsi il progressivo passaggio, nella sensibilità penalistica, da un modo di intendere l’apertura alla risocializzazione come mutamento che lo Stato sarebbe chiamato a *verificare* nella personalità del condannato alla consapevolezza del fatto che tale apertura dovrebbe costituire, essenzialmente, una caratteristica *intrinseca* delle modalità sanzionatorie.

In conseguenza di ciò, gli interventi che evidenziano la discrasia fra detenzione e risocializzazione sono divenuti numerosi<sup>162</sup>, e si sono espressi, talora, in formulazioni assai recise: voler socializzare attraverso il carcere, si è ad esempio icasticamente affermato, sarebbe come pretendere di ricavar «acqua potabile da una cloaca»<sup>163</sup>.

Nello stesso tempo, anche nell’ambito di alcuni fra gli indirizzi più risolutamente orientati a richiedere una «trasformazione radicale del sistema penale», intesa come «costruzione di risposte istituzionali alternative ai conflitti», si è posto in guardia dal «fare il vuoto intorno al nucleo umanitario ed emancipatorio che era al centro dell’*utopia* del reinserimen-

162. Cfr., ad esempio, K. Lüderssen, *Die Steuerungsfunktion des Gesetzes*, in AA.VV., *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, a cura di D. Grimm e W. Maihofer, Opladen 1988, p. 159 ss.; Arth. Kaufmann, *Unzeitgemässe Betrachtungen*, cit., p. 231; H. Koch, *op. cit.*, p. 35; J.J. Savelsberg, *op. cit.*, p. 25; V. Militello, *op. cit.*, p. 196 s.

163. Così P.-A. Albrecht, *op. ult. cit.*, p. 839 s.

to»<sup>164</sup>.

Una simile linea di tendenza concernente la teoria della pena manifesta il non trascurabile vantaggio di fare chiarezza sul significato degli stessi fattori di umanizzazione e mitigazione introdotti dal c.d. diritto penitenziario. Nella prospettiva delineata, infatti, essi perdono ogni funzione di avallo dell’inesistente idoneità risocializzativa del carcere per configurarsi esplicitamente, invece, come *elementi disomogenei* alla logica puramente difensiva che la società esprime – e dovrebbe farlo in termini rigorosi di *extrema ratio* – con la richiesta della detenzione.

Affrancati i suddetti fattori dall’equivoco ruolo di ‘cortina fumogena’ rispetto alle funzioni effettivamente assolte dalla privazione della libertà personale, diviene possibile, in particolare, sottrarsi alla contraddizione – propria anche di talune correnti abolizioniste – consistente nell’abbandonare ad una logica puramente repressiva, per ragioni di purezza sistematica, il ‘nocciolo duro’ rappresentato dalle manifestazioni criminose circa le quali la detenzione non sia ritenuta rinunciabile.

Perfino nei confronti del carcere – e pur senza in alcun modo contribuire alla sua giustificazione, ma anzi esprimendo sulla tollerabilità del ricorso ad esso una riserva pregiudiziale – l’idea risocializzativa fa valere, infatti, istanze non irrilevanti, imponendo che sia comunque consentito, in tempi credibili, il reingresso del condannato in un contesto ordinario di rapporti sociali e che siano limitati al massimo gli effetti desocializzanti della segregazione.

164. Così A. Baratta, *ibidem*, secondo il quale ‘reinserimento’ non significa manipolazione del soggetto alla luce di una tavola di valori autoritariamente imposta, ma soprattutto riorganizzazione e reintegrazione sociale dell’ambiente stesso in cui si sono prodotti gravi conflitti di devianza. In una simile reinterpretazione del principio del reinserimento – prosegue l’Autore – l’oggetto del trattamento (penale o post-penitenziario) si trasforma in *soggetto di diritti* sociali.

Con quanto sin qui s'è detto non si vuole certamente affermare che l'antinomia fra pena detentiva ed integrazione sociale costituisca una scoperta dell'ultima ora. Come si è osservato, «che il carcere mostrasse di non essere in grado di rieducare (e perché non lo fosse) l'ha già raccontato – con argomentazioni non dissimili da quelle utilizzate dalla *nuova* criminologia – la *vecchia* criminologia positivista di mezzo secolo fa»<sup>165</sup>.

Fino ad oggi, tuttavia, la centralità del carcere non è venuta meno, né dal punto di vista quantitativo, né da quello teorico. Anche ove la *diversion* è stata ampiamente applicata, il legame tra carcere e sanzioni alternative, in realtà, ha continuato ad essere stretto, dato che le seconde (fatto salvo, ma solo in parte, il capitolo della pena pecuniaria) non si sono quasi mai strutturate secondo modalità veramente autonome dal primo, assumendo la forma della attenuazione-sostituzione della pena detentiva inflitta o edittalmente prevista, ovvero contemplando, comunque, la possibilità non remota del ritorno al carcere in caso di trasgressione da parte del condannato degli obblighi prescritti.

Il sistema sanzionatorio penale, in effetti, è rimasto di tipo piramidale, con il carcere al vertice; e la dimensione reintegratrice delle stesse pene alternative è stata vista in una sostanziale continuità con l'idea di risocializzazione ritenuta perseguibile, con qualche maggiore difficoltà, attraverso il carcere<sup>166</sup>.

165. Così M. Pavarini, *op. ult. cit.*, p. 288 s., il quale aggiunge: «rivendicare primati di originalità nella riflessione penal-criminologica è sempre un peccato di presunzione ... e di cattive letture».

166. M. Pavarini, *ibidem*, giunge a parlare di un '*continuum* disciplinare', in cui il carcere, 'liberato' da qualsiasi velleità specialpreventiva, verrebbe peraltro ad assumerebbe «caratteri puramente deterrenti». Da altro punto di vista, una panoramica sui livelli di attuazione finora ottenuti dal principio del carcere come *ultima ratio* del sistema punitivo è proposta da H.-H. Jescheck, *Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht*, in «ZStW», 1986, p. 22 ss.

In questo quadro, l'elemento innovativo della riflessione sulla finalità risocializzativa, dopo la crisi dell'ideologia del trattamento, pare sintetizzabile nella presa di coscienza del fatto per cui, se sussiste un significato di tale finalità, esso non può che essere inteso in termini di *disfunzionalità* non solo rispetto alla deterrenza, ma anche rispetto agli interessi politico criminali di tipo custodialistico o disciplinare.

Il concetto di risocializzazione sembra così recuperare, in parallelo alla categoria della colpevolezza<sup>167</sup>, il suo significato più propriamente garantistico, quale *controspinta* nei confronti degli scopi preventivi, di dissuasione e di incapacitazione, perseguiti dal sistema punitivo: una controspinta corrispondente alle esigenze desumibili dal riconoscimento della inalienabile dignità umana dell'agente di reato e dall'ammissione della corresponsabilità sociale alla genesi della devianza.

Ciò significa liberare, da un lato, l'intento risocializzativo dall'onere di contribuire alla *fondazione* del sistema penale, ponendo nel contempo in evidenza, dall'altro, che la caratterizzazione *socializzante* delle pene non costituisce affatto la conseguenza scontata di pure considerazioni preventive.

Simili conclusioni non implicano, peraltro, che tra prevenzione e (ri)socializzazione esista *a priori* incompatibilità. Deve anzi concedersi, in proposito, che il modello della 'controspinta' costituisce in qualche modo un artificio rispondente a necessità di chiarezza espositiva: dato che, come si è acutamente osservato, l'efficienza a lungo termine di un sistema non può essere legata alla pura antinomia dei fini perseguiti, bensì esige una loro integrazione razionale<sup>168</sup>.

Se questo è vero, risulta assai significativa l'affermazione di Lüderssen secondo cui la stessa «prevenzione generale resta

167. V. *infra*, XI.

168. Cfr. H.-J. Otto, *op. cit.*, p. 288 s.

ragionevole in rapporto alla motivabilità dei destinatari delle norme solo [se realizzata] mediante la minaccia e l'inflizione di pene effettivamente orientate alla risocializzazione<sup>169</sup>: affermazione che può facilmente coordinarsi con quanto precedentemente si rilevava circa la funzione orientativa svolta dal precetto penale.

Un modello generalpreventivo basato essenzialmente su tale funzione, infatti, non solo lascia spazio al configurarsi in forme risocializzative delle risposte sanzionatorie, non ricollegando direttamente alla esemplarità della sanzione il messaggio del diritto penale<sup>170</sup>, ma vi trova addirittura sostegno: sia perché, quando una norma penale sia stata violata, non esiste conferma più convincente della sua validità di quella che può offrire lo stesso autore del reato, mediante la scelta di una condotta rispettosa del bene giuridico offeso oppure, addirittura, mediante il suo attivarsi in favore del medesimo bene o della vittima (in questo senso, risulta più efficace sotto il profilo generalpreventivo una avvenuta reintegrazione sociale, fondata sulla libera adesione del soggetto interessato, che l'esecuzione di una lunga pena detentiva, fondata sulla forza); sia perché la funzione motivazionale che la norma penale persegue, attraverso il precetto, verso l'intera collettività viene di fatto a coincidere, in un contesto di risocializzazione non manipolativa, con la funzione che la pena svolge, seppur attraverso modalità più incisive, rispetto al condannato.

A ben vedere, inoltre, il rischio della integrazione sociale di chi abbia commesso un reato non risulta privo di senso, come potrebbe supporre, nemmeno dal punto di vista della prevenzione speciale *negativa* (incapacitazione).

---

169. V. K. Lüderssen, *op. ult. cit.*, p. 159. Sul rapporto fra prevenzione *generale* e *speciale* v. anche Id., *Neuere Tendenzen*, cit., p. 179 ss.; *La funzione di prevenzione generale nel sistema penale*, in AA.VV., *Teoria e prassi*, cit., p. 108 ss.

170. V. *supra*, IV.

In proposito bisogna attentamente distinguere, onde evitare pericolosi equivoci.

È un dato di fatto, da un lato, che proprio l'esigenza di incapacitazione individuale (o selettiva), nell'ipotesi in cui sussista il pericolo della reiterazione, da parte dell'agente, di atti criminosi gravi, costituisce la motivazione più credibile perché possa prospettarsi, in termini di *extrema ratio*, la necessità del ricorso alla detenzione.

Ma non è vero, dall'altro lato, che — al di là dell'assolvimento di un compito transitorio di difesa sociale — l'efficacia del carcere rispetto alla recidiva si sia rivelata maggiore di quella ricollegabile a misure extradetentive<sup>171</sup>. E, soprattutto, non risulta che l'incapacitazione indifferenziata (posta in essere, cioè, «a carico di tutti i soggetti che hanno commesso certi tipi di reato») sia mai stata seguita — come rileva Pagliaro in relazione al caso emblematico delle massive deportazioni di criminali nelle colonie inglesi — da «alcuna significativa diminuzione dei tassi di criminalità»<sup>172</sup>.

Considerata anzi la congettura formulata da quest'ultimo Autore per spiegare il fenomeno — secondo la quale «in quello che si potrebbe chiamare il *mercato del lavoro criminale*, la *domanda di lavoro* concerne un numero di soggetti di gran lunga superiore ai *posti di lavoro criminale* disponibili»<sup>173</sup> — appare del tutto ragionevole che lo sforzo preventivo del diritto penale si orienti in primo luogo a favorire l'adesione dei cittadini, e degli stessi *ex* agenti di reato, ai principi giuridici fondamentali, onde far sì che la «domanda di lavoro» sopra citata *diminuisca* (fatto sempre salvo l'obbligo della *politica sociale* di intervenire sui fattori strutturali della devianza).

---

171. Cfr., per tutti, K. Lüderssen, *Die Steuerungsfunktion*, cit., p. 165.

172. Cfr. A. Pagliaro, *Verifica*, cit., p. 366.

173. Così A. Pagliaro, *ibidem*.

Se si sceglie di punire, pertanto, l'integrazione dell'idea risocializzativa – intesa nel senso sopra precisato – entro l'ambito della strategia penalistica si configura come composizione ad un tempo *razionale e necessaria* fra gli interessi rilevanti di ordine individuale e collettivo.

In quanto orientata a consentire un inserimento sociale dell'agente non segnato dalla commissione di ulteriori reati (il che implica l'accoglimento, da parte del medesimo, delle norme comportamentali violate), l'esigenza della suddetta composizione appare d'altra parte riferibile a *qualsiasi* ipotesi criminosa, e non solo ai casi in cui il condannato manifesti specifiche carenze di ordine socio-culturale, come nell'ottica rieducativa classica<sup>174</sup>.

Nel senso descritto, inoltre, si delinea l'*inutilità* della pena, perfino sotto il profilo generalpreventivo, allorché determinate circostanze indichino in modo tangibile la già avvenuta (ri)adesione del trasgressore ai principi precedentemente disattesi.

Tutto questo non deve far dimenticare che il diritto penale è uno soltanto, e non il principale, dei fattori rilevanti per le scelte comportamentali dei cittadini; né, soprattutto, che la sua forza motivazionale, anche in sede sanzionatoria, è tanto minore quanto più forti siano gli elementi oggettivi ingeneranti, nell'agente di reato, la percezione di estraneità all'ordinamento giuridico e alla solidarietà sociale. Conseguentemente, deve riconoscersi, il ponte che può essere ricostituito (anche) attraverso la pena fra condannato e società non può che assumere un ruolo strutturalmente sussidiario.

Nondimeno, l'integrazione dell'aspetto risocializzativo nella politica criminale è l'unica garanzia perché le 'aperture' del-

174. Sottolinea l'insufficienza di una prospettiva individualpsicologica intesa come pura risposta a deficit di socializzazione, in riferimento alla configurazione di sanzioni alternative di tipo penale ed extrapenale, M. Walter, *op. cit.*, p. 564 s.

l'ordinamento alla tutela di chi subisca la pena – così che «con essa si verifichi qualcosa di significativo anche per il suo futuro»<sup>175</sup> – non cadano alla prima difficoltà, o all'urto delle ricorrenti nostalgie retributive, come espressione, secondo un'efficace immagine, «di un diritto penale della bella stagione» (*Schönwetterstrafrecht*)<sup>176</sup>.

La dimensione 'sospetta' di certe prese di congedo radicali dal concetto di risocializzazione va letta alla luce dell'insopprimibile sensazione che quel congedo «faccia nuovamente di chi attenti ai beni giuridici di altrui pertinenza un puro nemico, contro il quale sia consentita una guerra senza misericordia, con fini di neutralizzazione o di estromissione (*Austilgung*) dai rapporti sociali, tale da sottrargli il diritto ad essere considerato come persona»<sup>177</sup>.

175. In questi termini K. Lüderssen, *La funzione*, cit., p. 124.

176. Cfr. H.-J. Otto, *op. cit.*, p. 292; conf. H. Zipf, *Mögliche Auswirkungen des Neoklassizismus auf die deutsche und österreichische Kriminalpolitik*, in AA.VV., *Neuere Tendenzen*, cit., p. 143.

177. Così H. Schultz, *Krise der Kriminalpolitik?*, in *Festschrift für H.-H. Jescheck*, cit., p. 811.

## LE APORIE DELLE IPOTESI ABOLIZIONISTE

Secondo un'opinione autorevole quanto ottimistica – nella quale torna ad esprimersi, dopo lo sconvolgimento rappresentato dal neo-classicismo, l'ipotesi di una *prosecuzione* del processo di riforma del diritto penale – «ci avviciniamo alla fine dell'epoca caratterizzata dalla pena detentiva»<sup>178</sup>. Assai probabilmente un simile auspicio segnala, in rapporto al paradigma della integrazione sociale del condannato, il massimo livello di sviluppo *dall'interno* oggi ipotizzabile del sistema punitivo<sup>179</sup>: ma potrebbe prospettarsi il superamento di questo stesso limite, e dunque, addirittura, l'*abbandono* del diritto penale?

La domanda è insidiosa, in quanto propone alla 'cattiva coscienza' del penalista una via di uscita che, senza dubbio, può essere assai elegantemente motivata. Per essere coerente, tuttavia, il passo esige l'indicazione di strategie alternative nell'approccio al fenomeno criminale aventi costi complessivi – dal punto di vista garantistico come pure in relazione alle vittime della criminalità<sup>180</sup> – quantomeno non superiori rispet-

178. Così K. Lüderssen, *Gesetzgebungstheorie*, cit., p. 159.

179. Una fondamentale rassegna critico-sistematica di materiali comparatistici a questo fine utilizzabili è reperibile in E. Dolcini - C.E. Paliero, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano 1989. Può essere utile anche la consultazione dell'opera in due volumi *Strafrechtsentwicklung in Europa (2) - Landesberichte 1984/86 über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur*, a cura di A. Eser e B. Huber, Freiburg i. Br. 1988, edita dal *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*.

180. Lo riconosce, circa quest'ultimo aspetto, S. Scheerer, *L'abolizionismo nella criminologia contemporanea*, in «Dei Delitti e delle Pene», 1983, p. 540: «se l'aboli-

to a quelli del sistema punitivo vigente. E su proposte rispondenti a simili caratteristiche la nebbia, in effetti, resta fitta; tanto fitta che si è giunti a negare qualsiasi intento *progettuale* degli 'abolizionisti': circa il problema sul tappeto, essi non sentirebbero «quale loro compito prescrivere alle future generazioni il tipo di *struttura* che queste dovrebbero utilizzare»<sup>181</sup>.

Ciò premesso, appare requisito pregiudiziale di un'opzione abolizionista credibile il non sottrarsi al confronto con i reati che riesce difficile, anche in prospettiva di lungo periodo, immaginare depenalizzabili nell'ambito di processi riformistici tradizionali, vale a dire con quello che già in precedenza si era individuato come il 'nocciolo duro' del diritto penale. Riserve tese ad escludere dalla riflessione ambiti più o meno estesi di criminalità *grave* – dai reati di mafia a quelli terroristici al grosso spaccio di stupefacenti<sup>182</sup> – eludono, in realtà, il cuore del problema e rispondono pur sempre alla logica della inevitabilità di una seppur ristretta (ma sarebbe veramente ristretta?) *zona franca* del puramente repressivo.

Proprio in quest'ottica gli abolizionisti sono costretti a prese di posizione molto nette, espresse in due orientamenti fondamentali.

Secondo il primo, conforme a una radicalizzazione del *labeling approach*, tutte le forme criminali – dato che l'esistenza della criminalità non si può negare – esisterebbero «solo come prodotto del sistema penale», per cui la scomparsa di quest'ultimo eliminerebbe automaticamente le prime<sup>183</sup>.

---

zionismo vuole distinguersi dalle forme liberali e semplicistiche di decriminalizzazione, allora è proprio sulla problematica delle vittime che dovrà dimostrare la sua serietà.

181. Così S. Scheerer, *op. cit.*, p. 539.

182. Cfr., ancora, S. Scheerer, *op. cit.*, p. 525.

183. Così L. Hulsman, *Abolire il sistema penale? (Intervista a Louk Hulsman)*, in «Dei Delitti e delle Pene», 1983, p. 84; sul punto v. M. Pavarini, *Il sistema della*

Sul piano formale, si tratta di un vero e proprio truismo; ma su quello sostanziale è ben difficile immaginare che le forme di intimidazione, ad esempio, della organizzazione mafiosa perderebbero anche solo qualcosa della loro potenzialità offensiva se riguardate come un dato di fatto e non come un fatto penalmente anti-giuridico.

Il rischio, già da tempo evidenziato, è che il furto bagatelare sia eretto a paradigma di qualsiasi reato, e che ogni reato assurga a fattore esponenziale di realtà marginali rispettabili, create, in un circolo vizioso, dal diritto stesso<sup>184</sup>. Ciò che in tal modo verrebbe contestato è, a ben vedere, la stessa pretesa del diritto di operare un giudizio sulle dinamiche comportamentali agenti, di fatto, nella società. Ma se, parafrasando Hegel, «tutto ciò che è reale è razionale», allora si delegittima, in quanto criminogena, non soltanto la presenza di una politica penale, bensì, con essa, quella di qualsiasi politica (sociale in materia) criminale, posto che risulterebbe privo di senso ricercare e contrastare, secondo l'*obsoleto* paradigma eziologico, fattori di incidenza strutturale sulla devianza; oppure si apre la via a un'interpretazione delle modalità attraverso le quali lo Stato contrasti le condotte lesive di beni fondamentali come dato, a sua volta, di ordine puramente fattuale, ormai del tutto svincolato dall'onere della conformità alle garanzie tradizionalmente fatte valere dal diritto penale *liberale*.

Ove non intenda, invece, negare aprioristicamente almeno un certo grado di autonomia del fenomeno criminale rispetto ai meccanismi ascrittivi del sistema punitivo, l'altro orienta-

---

*giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo*, *ivi*, 1985, p. 546 s.; cfr. anche K.F. Schumann, *Labeling approach und Abolitionismus*, in «Krim. Journal», 1985, p. 19 ss.; H. Steinert, *Was ist eigentlich aus der 'Neuen Kriminologie' geworden? Einige Thesen, um die Suche zu orientieren*, in «Krim. Journal», 1984, p. 86 ss.

184. Cfr. G. Marinucci, *op. cit.*, p. 334 s.: «nella notte del concetto di devianza tutti i gatti sono bigi (l'omicidio è devianza come il furto bagatelare)».

mento disponibile all'abolizionismo per escludere la legittimità del ricorso al diritto penale è quello di disconoscerne, in qualsiasi caso, l'utilità preventiva: la pena assumerebbe, come si è sostenuto, un mero carattere declamatorio e rituale, del tutto inincidente, se non nei termini di un incremento della sofferenza, sulla diffusione della criminalità<sup>185</sup>.

Su questa via, liberate dal vincolo di una ricostruzione teorica troppo condizionante del problema criminale, le tesi abolizioniste rivelano senza dubbio profili di rilievo.

Esse esprimono, in primo luogo, una prospettiva certamente *moderna*, in quanto fondata sulla consapevolezza delle indubitabili carenze di verifica empirica concernenti i fini preventivi dichiarati dalla pena; e costituiscono, altresì, una denuncia *morale* rispetto alla situazione effettiva del sistema punitivo<sup>186</sup> che non potrebbe, comunque, essere archiviata con sufficienza: basti pensare al volume *Limits to Pain* di Christie, che può essere considerato il testo classico della critica alla realtà della pena come pura inflizione di 'dolore'<sup>187</sup>.

Non potrebbe nemmeno dimenticarsi, poi, che l'orientamento abolizionista in oggetto ha rappresentato una sorta di contrappeso culturale verso quelle impostazioni neo-retributive che dalla inadeguatezza del diritto penale vigente sul piano del *do ver essere*, vale a dire rispetto ai suoi obiettivi *uffi-*

185. Così N. Christie, *Überlegungen zum Konzept Verbrechen*, in «Krim. Journal», 1988, p. 59 s.: premesso che la pena non avrebbe *alcuno scopo*, si tratterebbe (almeno) di chiedersi se ciò che è il diritto penale corrisponda veramente a quanto la popolazione desidera; solo considerazioni etiche, infatti, potrebbero consentire la riduzione della popolazione carceraria (il superamento della centralità del carcere sembra assumere, così, il ruolo di obiettivo *reale* della stessa elaborazione di Christie), mentre il mito dell'utilitarismo confonderebbe il quadro. Anche secondo Christie, peraltro, «non esistono reati, ma solo comportamenti, cui nell'ambito di diverse condizioni sociali di base vengono attribuiti diversi significati» (*ivi*, p. 52).

186. In senso analogo M. Pavarini, *op. ult. cit.*, p. 549.

187. Cfr. N. Christie, *Abolire le pene? Il paradosso del sistema penale* (1981), trad. it. Torino 1985.

*ciali*, hanno derivato la giustificazione dei più irrazionali fra i suoi meccanismi operativi *reali* (anche se, come è noto, non sono mancati equivoci punti di convergenza fra critica abolizionista del c.d. modello correzionale ed impostazioni neo-classiche)<sup>188</sup>.

Bisogna tuttavia riconoscere, sulla base di quanto considerato nei paragrafi precedenti, come non sia immaginabile, dal punto di vista preventivo, che *tutte* le dimensioni dell'intervento penalistico possano essere semplicemente *abolite*: e dunque che possa mancare, ad esempio, un potere di accertamento obiettivo – cioè svincolato dai rapporti di forza fra le parti direttamente coinvolte – delle lesioni perpetrate nei confronti di beni fondamentali; che il divieto della commissione di queste ultime possa non essere tipizzato ed autorevolmente proposto come indicazione comportamentale vincolante; che le medesime lesioni possano andare esenti da qualsiasi conseguenza, così da configurarsi, addirittura, utilitaristicamente vantaggiose; che la frattura dell'affidamento reciproco nel rispetto delle condizioni basilari per la convivenza civile possa non richiedere una composizione (la quale consenta allo stesso agente di ricostituire normali rapporti sociali); che, infine, possa essere esclusa *a priori* la possibilità di 'fermare' chi, altrimenti, continuerebbe a ledere in forma grave diritti essenziali altrui.

Non si può inoltre trascurare – pur essendo ciò certamente insufficiente per legittimare, di per sé solo, il sistema punitivo<sup>189</sup> – che nel diritto penale si esprime *anche* un patrimonio

188. Cfr., sul punto, G. Smaus, *op. cit.*, p. 93ss.; Id., *Modelli di società nel movimento abolizionista*, in «Dei Delitti e delle Pene», 1985, p. 569 ss., cui si rinvia anche per una efficace panoramica di sintesi sui classici del pensiero abolizionista; M. Pavarini, *op. ult. cit.*, p. 529 s.; T. von Trotha, 'Limits to Pain'. *Diskussionsbeitrag zu einer Abhandlung von Nils Christie*, in «Krim. Journal», 1983, p. 34 ss.

189. Sembra invece ancorare esclusivamente a questo elemento la ragion d'essere del diritto penale, peraltro giudicato *gratuito* ed *inutile* rispetto ai suoi mec-

garantistico, lentamente formatosi, che non deve, comunque, essere disperso.

Se, in questo senso, le motivazioni che dovrebbero condurre ad una definitiva presa di distanze dal diritto penale non sembrano risolutive, nessuno degli scenari in cui potrebbe venire a concretizzarsi un abolizionismo *puro* appare, d'altra parte, convincente.

Il primo dei modelli prospettabili è quello della semplice riconduzione 'al sociale', quale loro sede naturale, dei conflitti che trovano espressione nella criminalità<sup>190</sup>.

L'ipotesi è per certa parte suggestiva, in quanto vi si esprime la coscienza di quella necessità del coinvolgimento sociale nella risposta al problema criminale che dagli strumenti sanzionatori vigenti è stata spesso oscurata. A meno, tuttavia, di lasciare semplicemente le cose come stanno, il 'ritorno alla società' dovrebbe pur sempre implicare una *elaborazione* del conflitto (anche nelle sue cause non immediatamente sociali); e questa elaborazione, se non vuol essere abbandonata alla reazione informale – che potrebbe forse esprimersi nei gruppi comunicativi desiderati da Christie, ma anche in modalità ben più spiacevoli rispetto all'agente –, esige pur sempre di trovare un'espressione normativa, la quale assicuri, da un lato, determinati *standards* garantistici ed eviti, dall'altro, che l'agente possa sottrarsi a qualsiasi obbligo.

Più che di rinunciare a un diritto 'penale', pertanto, si tratta di valutare in che modo esso possa recepire, rispetto ai problemi suscitati dalla commissione di un reato, meccanismi di

---

canismi di selezione, M. Pavarini, *op. ult. cit.*, p. 535 ss.: ma vi è il rischio che, in questo modo, la dimensione garantistica connessa alla formalizzazione giuridica, possa fungere da copertura per qualsiasi diritto penale.

190. Cfr., in senso paradigmatico per questo orientamento, L. Hulsman - J. Bernat De Celis, *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, 1982, *passim* (l'opera valorizza il ruolo dei numerosissimi microcosmi che caratterizzerebbero, con i loro specifici ordinamenti, il contesto sociale).

soluzione comunicativa, e non meramente repressiva<sup>191</sup>.

Altra via, solo in apparenza speculare alla precedente<sup>192</sup>, attraverso la quale ottenere il superamento del sistema punitivo potrebbe essere costituita dalla totale *privatizzazione* delle conseguenze del reato, il che porterebbe a recuperare la centralità del ruolo della vittima<sup>193</sup>.

Rispetto ad una simile ipotesi, e al di là del nodo stesso dei reati concernenti beni sovraindividuali, non è pensabile, peraltro, che la 'privatizzazione' della pena possa addirittura rappresentare la riduzione della questione criminale a questione irrilevante sotto il profilo collettivo e, quindi, alla delegittimazione di qualsiasi 'politica' criminale: si tratterebbe di una esasperazione individualistica, che finirebbe per risolversi a danno dei livelli di tutela delle componenti più deboli della società e favorirebbe il diffondersi di una gestione privata, assai poco auspicabile, degli strumenti preventivi.

Anche il risarcimento (purché non rappresenti la pura monetizzazione del reato), costituisce certamente, in effetti, modalità sanzionatoria suscettibile di valorizzazione – come in precedenza s'è visto – rispetto alla pena tradizionale, ma con un significato che trascende, comunque, il piano dei rapporti interindividuali e che non consente, in quanto tale, la rinuncia ad un inquadramento nell'ambito del diritto *pubblico* delle norme concernenti le conseguenze dei reati<sup>194</sup>.

---

191. Sul modello della soluzione *comunicativa* dei conflitti v. G. Smaus, *Le delegittimazioni*, cit., p. 112 s.

192. L'elemento unificante, che distingue i due orientamenti dal terzo (v. *infra*), è dato da una vera e propria rivendicazione di autonomia della sfera non-statale rispetto alla gestione del fenomeno criminale: v., ad esempio, K.F. Schumann, *op. ult. cit.*, p. 22.

193. Secondo H. Koch, *op. cit.*, p. 37 ss., il diritto penale, rispondendo a un meccanismo di vendetta collettiva, sarebbe contrario agli interessi della vittima: lo Stato infatti, mediante l'astrazione della offesa arrecata all'ordinamento giuridico, si sostituirebbe alla 'centralità' della persona offesa.

194. La trasposizione della risposta alla criminalità in una forma 'quasi civilisti-

Resta, infine, la soluzione più classica fra quelle additate, nel corso della sua storia, dall'abolizionismo<sup>195</sup>, e nondimeno, ormai, la meno accreditata: quella che indica la soluzione del problema penale nel passaggio ad un sistema di misure, o – per dirla con Radbruch – ad un sistema *del miglioramento e della difesa*; un'ipotesi la quale dove si è realizzata ha segnato, però, «un arretramento incalcolabile delle *invalidabili barriere* che il diritto può e deve porre ai mutevoli *desiderata* della politica penale»<sup>196</sup>.

Il rischio riferibile ad una simile prospettiva è che il distacco dalla pena, espresso tradizionalmente attraverso l'interesse per strategie terapeutiche scarsamente formalizzate, ma pur sempre a gestione statutale, non rappresenti alcun effettivo vantaggio quanto al contenuto di sofferenza delle sanzioni, con una perdita netta in rapporto alle garanzie. E ciò ha indubbiamente contribuito alla dislocazione delle funzioni preventive, da parte degli indirizzi abolizionistici più recenti, a livello extra-statuale, con particolare riguardo all'azione dei corpi intermedi e dei 'mondi vitali'<sup>197</sup>.

Non è un caso, del resto, che il tentativo più organico e riuscito condotto negli ultimi anni – da parte di Baurmann –

---

ca' (*quasi zivilrechtliche*) è richiesta da H. Koch, *op. cit.*, p. 76; ma nei casi più gravi resterebbe spazio per aspetti di *Vergleich* e, nemmeno in ipotesi troppo ristrette, per la stessa detenzione (a fini di accertamento istruttorio, per esigenze di terapia ove questa si configuri realmente idonea; nell'ipotesi, di 'seconda battuta', dell'indisponibilità a prestare il risarcimento (*ivi*, p. 76 ss.). Il possibile ruolo della riparazione civilistica, ma anche il compito dello Stato di assicurare la tutela delle parti più deboli, viene sottolineato altresì da M. Walter, *op. cit.*, p. 566 s.

195. Cfr. per tutti A. Plack, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, München 1974, p. 380 ss.

196. Così G. Marinucci, *op. cit.*, p. 331.

197. Paventa tuttavia, anche rispetto a quest'ultima versione, una sorta di 'ossessione' disciplinare del movimento abolizionista M. Pavarini, *op. ult. cit.*, p. 544; in altre parole, mentre il rischio disciplinare è ravvisato dalla tendenza abolizionista in oggetto soprattutto nell'ambito di interventi di tipo giuridico-statuale (v. anche *infra*), Pavarini lo teme ove le strategie di controllo sociale si realizzino al di fuori dei limiti del diritto (conf. L. Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 233 ss. e 336 ss.).

per dare sistemazione all'idea di un sistema a binario unico, fondato su misure orientate in senso specialpreventivo e 'ancorate al fatto', si situi al di fuori dell'ottica abolizionista e persegua il recupero, in autonomia dal riferimento retributivo, dei principi garantistici cardine di matrice liberale<sup>198</sup>.

Alla luce delle riserve sin qui espresse, dato fondamentale resta comunque che la critica dell'abolizionismo non può costituire una difesa d'ufficio del diritto penale *così come esso è*; tale critica, al contrario, appare credibile se si colloca nella prospettiva di una riforma dei meccanismi sanzionatori la quale tenga conto dei limiti in cui può realizzarsi una reale, e non solo simbolica, funzione preventiva del sistema penale, dando spazio, nel contempo, alla recezione di talune istanze delle stesse posizioni abolizioniste entro l'ambito di irrinunciabili garanzie giuridiche.

Un punto di incontro per chi non si arrenda – dopo la crisi, forse impreveduta, che ha investito le 'moderne' ideologie preventive – all'inevitabilità del carattere retributivo della pena e non si accontenti delle fughe, a loro volta non prive di equivoci, nell'utopia può essere dato dall'enorme sforzo progettuale che richiede il superamento della centralità – di certo rispondente più ad esigenze soddisfatto che a considerazioni razionali – dell'istituzione carceraria.

Anche nel contesto delle tendenze più critiche verso il sistema punitivo, del resto, non mancano posizioni che considerano con perplessità quella esasperazione del c.d. pericolo disciplinare che ha condotto gran parte dell'abolizionismo a rifiutare – come 'equivalenti funzionali' e modernizzazioni tecnocratiche del controllo sociale<sup>199</sup> – ogni alternativa intrapenalistica alla detenzione (cui si preferirebbero tipologie di

---

198. Cfr. M. Baurmann, *op. cit.*, in part. pp. 181 ss. e 253 ss. (con riferimento ai profili della responsabilità e della commisurazione della pena: v. *infra*, XI-XII).

199. Così K.F. Schumann, *op. ult. cit.*, p. 22 s.

intervento informale prive di reali garanzie), lasciando il diritto penale nel dilemma fra un improbabile *non essere* e una rassegnata connotazione retributiva<sup>200</sup>.

---

200. Cfr., ad esempio, R. Driebold, *Ein Weg zur Abschaffung der totalen Institution? Ansätze einer angemessener Reaktion auf Devianz*, in «Krim. Journal», 1986, p. 131 ss. (in riferimento critico a K.F. Schumann, *ibidem*), il quale ritiene disponibili gli strumenti idonei ad evitare, una volta abbandonate le istituzioni 'totali', forme di terapeutizzazione e di professionalizzazione del controllo sociale; M. Walter, *op. cit.*, p. 576 ss., secondo cui l'ambivalenza di *chances* e rischi delle alternative non costituisce, in ogni caso, un argomento contro di esse; H. Haferkamp, *Herrschaftsverlust und Sanktionsverzicht*, in «Krim. Journal», 1984, p. 112 ss. (col quale polemizza K.F. Schumann, *ibidem*); S. Scheerer, *op. cit.*, p. 532; G. Mosconi, *Riferimenti per un'alternativa reale al carcere*, in «Dei Delitti e delle Pene», 1986, p. 279 ss. Sui problemi di certezza giuridica, ma anche sull'orientamento umanitaristico delle tesi riconducibili ai veri indirizzi dell'abolizionismo v., inoltre, G. Kaiser, *Abolitionismus - Alternative zum Strafrecht? Was lässt der Abolitionismus von Strafrecht übrig?*, in *Festschrift für K. Lackner*, cit., p. 1043 ss.

IL CARCERE COME *EXTREMA RATIO*  
E LA DIVERSIFICAZIONE DELLE TIPOLOGIE  
SANZIONATORIE: UNA VIA PERCORRIBILE?

Affinché la riprogettazione dell'apparato sanzionatorio sia possibile, una teoria della pena, peraltro, è *ancora* necessaria. O, più precisamente, non basta una pura legittimazione del sistema penale in termini limitativi delle strategie di intervento contro il crimine (ovvero, secondo un'espressione di Naucke, come '*Verbrechensbekämpfungsbegrenzung*')<sup>201</sup>.

Proprio in un'ottica di quest'ultimo tipo si muove il progetto assai ampio ed approfondito inteso a delineare una fondazione complessiva dell'ipotesi di un 'diritto penale *minimo*' recentemente formulato, in Italia, da Ferrajoli<sup>202</sup>. E gli esiti – nonostante l'indubbio interesse dell'intento 'riduzionista' di fondo – ne sono significativamente condizionati.

Il nodo problematico va ravvisato nel fatto per cui, individuata la 'giustificazione' di «trattamenti punitivi e tecniche istituzionali di prevenzione» – finché esisteranno – «unicamente nel sistema delle garanzie penali e processuali da cui essi saranno assistiti»<sup>203</sup>, le ragioni della esistenza stessa di strategie preventive e la spiegazione delle loro modalità operative restano inevitabilmente nell'ombra.

---

201. Così W. Naucke, *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882*, in «ZStW», 1982, p. 564, cui fa riferimento K. Lüderssen, *Neuere Tendenzen*, cit., p. 204.

202. Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit.; Id., *Il diritto penale minimo*, in «Dei Delitti e delle Pene», 1985, p. 494 ss.

203. Così L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 338.

È vero che si indica con estrema chiarezza, nella prevenzione generale *negativa*, il solo fine della pena; ma ciò non in base alla considerazione dei livelli di verificabilità empirica relativi a quel fine e degli strumenti che il suo perseguimento effettivamente richieda, bensì in quanto – si afferma – esso «esclude la confusione del diritto penale con la morale che contrassegna le dottrine retributivistiche e quelle della prevenzione positiva, e quindi ne preclude l'auto-legittimazione moralistica, o naturalistica, o sistemicamente autoreferenziale»<sup>204</sup>.

In nome di un'esigenza garantistica intesa, oltre che come determinatezza delle risposte sanzionatorie, come assoluta esclusione in sede esecutiva di ogni velleità motivazionale dell'ordinamento rispetto ai punti di vista del condannato, si giunge a valorizzare – in altre parole – quel meccanismo intimidativo che rappresenta lo strumento meno accreditato per ottenere effetti preventivi *reali* e la cui intrinseca corrispondenza ad esigenze di non strumentalizzazione dell'individuo non costituisce di certo un dato evidente.

In questo contesto, l'obiettivo fondamentale di un contenimento, nella utilizzazione e comunque nella durata, dello spazio concesso dal diritto penale alla pena detentiva viene sì affermato, ma resta, per così dire, immotivato rispetto alla funzione cui le sanzioni dovrebbero rispondere.

Il problema emerge ad esempio in sede di commisurazione legislativa: se il criterio 'più pertinente' è per quest'ultima quello «secondo cui la pena non deve eccedere la violenza informale che in sua assenza il reo subirebbe dalla parte offesa o da altre forze più o meno organizzate»<sup>205</sup>, l'entità della punizione viene, di fatto, ad essere riferita pur sempre alla reazione informale, che è quanto dire ai bisogni di retribuizio-

204. Così L. Ferrajoli, *op. ult. cit.*, p. 330s.

205. Così L. Ferrajoli, *op. ult. cit.*, pp. 398 s. e 326.

ne.

Ma anche le sanzioni alternative che dovrebbero surrogare il più ampiamente possibile, già in sede di comminatoria legale, il ricorso alla reclusione, restano segnate dalle premesse teoriche cui s'è fatto cenno.

Onde elidere qualsiasi significato di 'prestazione positiva' della pena, il prototipo delle suddette alternative è visto in quelle che attualmente sono le misure di prevenzione e le pene accessorie interdittive (di cui non è da rigettarsi *a priori* l'utilizzabilità: si pensi alla incidenza preventiva rivelata dal sequestro dei beni in determinate situazioni; tuttavia, non in forma programmaticamente esclusiva rispetto ad altre modalità di intervento o come indice – lo si preciserà tra poco – di una impostazione sanzionatoria puramente *negativa*)<sup>206</sup>.

Proprio per evitare di ammantarne «con finalità filantropiche di tipo rieducativo o risocializzante» il carattere coercitivo, si precisa, anzi, che la pena dovrebbe «sempre consistere in un *patis*, cioè nella privazione di un diritto subita passivamente»<sup>207</sup>.

La strada prescelta onde minimizzare l'intervento punitivo è, dunque, quella di non intervenire in alcun modo sul significato della pena, fino ad esigere, addirittura, che quest'ultima si manifesti nella sua dimensione più apertamente repressiva: salvo poi richiedere la massima possibile riduzione, qualitativa e quantitativa, delle sanzioni, ma senza alcun criterio di riferimento sostanziale che non sia il limite rappresentato dalla risposta spontanea al reato presumibile in assenza del diritto penale.

Che, tuttavia, simili premesse teoriche, alla luce delle con-

206. Sulla utilizzazione, ad esempio, dell'alternativa rappresentata dal lavoro prestato a favore della comunità cfr. i dati comparatistici di cui in H.-H. Jescheck, *op. cit.*, p. 24 ss.

207. Così L. Ferrajoli, *op. ult. cit.*, pp. 331 e 419.

siderazioni più sopra svolte, implichino il realizzarsi, oltre al «massimo benessere possibile dei non devianti», il «minimo malessere necessario dei devianti» – in quanto fine coesistente al diritto penale<sup>208</sup> – rispetto a tutti i possibili approcci con la funzione della pena, appare, quantomeno, discutibile. Il rischio è che gli effetti dell'avallo concesso, *per ragioni garantistiche*, alla pura deterrenza prevalgano sulla forza di convincimento delle motivazioni addotte per sostenere l'obiettivo della rinuncia alla centralità del carcere.

D'altra parte, anche tra i fautori del 'diritto penale *minimo*' non si è mancato di sottoporre a critica l'enfaticizzazione del garantismo come fattore idoneo a legittimare, *di per sé solo*, il ricorso allo strumento penale (nonché come prerogativa *esclusiva* di quello strumento, tale da renderlo *a priori* preferibile rispetto alla gamma delle alternative non penalistiche)<sup>209</sup>.

La realtà, come già si accennava, è che il nudo garantismo, pur escludendo determinate modalità sanzionatorie, non risulta affatto in grado di precisare i contenuti della pena: la stessa esecuzione capitale intesa nella prospettiva kantiana, non lo si dimentichi, è una punizione garantistica. Una ponderazione non solo formale della dignità del condannato in rapporto alle esigenze preventive statuali, ponderazione la quale deve tener conto dei suddetti contenuti, esige pertanto

208. Così L. Ferrajoli, *op. ult. cit.*, pp. 325; il diritto penale agirebbe non solo *ne peccetur*, ma anche *ne punietur* (in forme extrapenali): cfr. anche Id., *Il diritto penale minimo*, cit., p. 504 ss.

209. Cfr. A. Baratta, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in «*Dei Delitti e delle Pene*», 1985, p. 467 (in riferimento critico a W. Hassemer, *op. ult. cit.*, pp. 224 ss. e 299 ss.). Secondo L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 336, invece, «se guardiamo al funzionamento effettivo degli ordinamenti penali, ed esemplarmente di quello italiano, è l'abolizione della pena e la giustificazione in suo luogo di strumenti di controllo extra-penali che si manifestano oggi come i fenomeni più inquietanti» (v. anche Id., *Il diritto penale minimo*, cit., p. 518).

che assumano rilievo punti di vista *ulteriori* rispetto a quello garantistico; e ciò, in particolare, significa che la tutela dell'agente – se si vuole, la garanzia *sostanziale* della sua personalità – non può essere realizzata nei termini, puramente *negativi*, dell'assenza di qualsiasi dimensione *comunicativa* fra condannato e ordinamento giuridico.

Quest'ultima considerazione si ricollega, del resto, a un dato basilare per il dibattito sulla pena: non è possibile delineare una qualsiasi teoria preventiva penale se si disconosce la legittimità di una funzione motivazionale dell'ordinamento giuridico (funzione che necessariamente investe anche il condannato), cioè se si muove da una aprioristica neutralità di giudizio rispetto alla alternativa fra il comportamento richiesto dal diritto – salva, ovviamente, l'eventuale necessità di mutarne i contenuti contingenti – e la scelta criminale.

Ciò non ha rilievo, come potrebbe a prima vista apparire, solo rispetto agli interessi preventivi della società, bensì anche sotto il profilo degli obblighi che ad essa competono, per molteplici motivi<sup>210</sup>, verso i suoi membri: esigere che la pena nulla abbia da dire proprio nei confronti del condannato, infatti, significa esprimere la totale indifferenza dell'ordinamento per la integrazione sociale di chi abbia violato le sue regole. Il che, lungi dal rappresentare una garanzia per l'agente di reato, implica la sua ulteriore desocializzazione, in rapporto ad una condizione di partenza che già non si è rivelata idonea a precludere una condotta di vita esente da attivi-

210. Comunemente riassunti nel concetto di *corresponsabilità sociale*. Sul punto v. C. Pedrazzi, *op. cit.*, p. 66: «nel rapporto con il reo il diritto penale del nostro tempo non si arrocca in un atteggiamento di mero rispetto: si accolla un impegno solidaristico che nel nostro ordinamento assurge a dovere costituzionale, con la sottolineatura della funzione di prevenzione speciale nella sua versione più avanzata (non come neutralizzazione o emarginazione, ma come 'rieducazione', preliminare a un pieno reinserimento nel contesto sociale: art. 27, 3° co., ricollegabile al principio di eguaglianza sostanziale dell'art. 3, cpv.)».

tà criminose.

La ricerca di una soluzione comunicativa dei conflitti sul piano extrapenale, non può in altre parole autorizzare la società che punisce – ove essa stessa ritenga che esigenze preventive impediscano la depenalizzazione – ad escludere ogni dimensione comunicativa nell'ambito della pena. Identificare d'altra parte comunicazione con manipolazione, e, dunque, il massimo rispetto dell'individuo con l'abbandono del medesimo a se stesso, appare un eccesso di matrice individualistica che ben poco ha a che fare con la salvaguardia dei diritti dell'uomo<sup>211</sup>.

In questo quadro, sembra proprio l'esigenza che la pena tuteli *anche* l'integrazione sociale del condannato<sup>212</sup> l'elemento indispensabile – in aggiunta alle valutazioni empiriche concernenti la reale portata preventiva delle norme penali – per esigere il superamento della centralità fin qui riconosciuta alla modalità sanzionatoria in sé desocializzante rappresentata dal carcere.

Si tratterebbe, in tal modo, di ottenere una vasta utilizzazione delle sanzioni alternative in veste di pene principali, così da superare l'ottica riduttiva del vigente ordinamento italiano che relega quelle sanzioni al ruolo di puri elementi modificatori del regime di esecuzione della condanna a pena detentiva<sup>213</sup>.

E nello stesso tempo ciò consentirebbe un uso più raziona-

211. Osserva G. Jakobs, *La funzione del dolo, della colpa e della colpevolezza nel diritto penale*, in AA.VV., *Studi sulla colpevolezza*, a cura di L. Mazza, Torino 1990, p. 42: «I rapporti sociali hanno una loro logica precisa, nel senso che hanno sempre una forza di coazione (*Sachzwang*); in ipotesi di affermazione-risposta si tratta della logica della comprensione comunicativa. Questa realtà non si può evitare in nome dell'individuo senza distruggere la possibilità di socialità e con ciò quella di essere 'persona'».

212. In relazione sia alla strategia politico criminale perseguita dallo Stato, sia alla possibile reazione informale nei confronti del reato.

213. Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 405 s. e 418.

le e mirato del ricorso residuale al carcere.

Senza che sia possibile in questa sede cercare anche soltanto di tratteggiare una riorganizzazione del sistema sanzionatorio, è lecito, in ogni caso, esprimere il convincimento che la fantasia nella scelta di sanzioni significative dal punto di vista preventivo, e pur sempre sorrette dai presidi garantistici elaborati dal diritto penale, possa non limitarsi a pure variazioni sull'unico tema della detenzione, nonostante la battuta di arresto attualmente riscontrabile nello sforzo progettuale<sup>214</sup>.

Rispetto ad un ipotetico intervento del legislatore (tanto più impellente alla luce delle innovazioni concernenti l'ambito processuale)<sup>215</sup>, si possono invece abbozzare, in forma di schema riassuntivo, alcuni punti di riferimento essenziali:

La prevenzione dei reati esige in primo luogo che siano effettivamente attivate tutte le possibili barriere prepenalistiche – di ordine giuridico e non solamente politico-sociale – idonee a fungere da sbarramento verso le diverse tipologie criminose, anche con riguardo a quelle di elevata gravità. L'impressione è che la 'copertura' offerta – seppur in conformità al canone dell'*extrema ratio* – dal diritto penale abbia non di rado frenato dalla adozione di indispensabili interventi normativi extrapenali (talora assai più temuti di quanto non lo sia la norma incriminatrice), in considerazione degli oneri che impongono alla collettività o della loro incidenza su spe-

214. Cfr. V. Militello, *L'evoluzione del diritto penale in Europa: 1984-1986 (a proposito di una recente ricerca del Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht)* (v. *supra*, nota 179), in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1989, p. 226.

215. Cfr., con particolare riguardo all'inquadramento teorico della riduzione premiale prevista per il caso di applicazione della pena su richiesta (ovvero del trattamento di sfavore dell'imputato che eserciti il diritto al processo ordinario), F. Bricola, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in «Ind. pen.», 1989, p. 313 ss.; T. Padovani, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1989, p. 916 ss.; A. Pagliaro, *Riflessi del nuovo processo*, cit., p. 36 ss.; C. Pedrazzi, *op. cit.*, p. 76.

cifiche aggregazioni di interessi (si pensi, per esempio, a determinati vincoli concernenti le attività economiche o finanziarie).

- Deve essere attribuita la massima attenzione al configurarsi della risposta al reato come elemento di frattura rispetto ai vincoli di appartenenza criminale dell'agente, nonché al realizzarsi di una effettiva privazione dei vantaggi derivanti per il medesimo dall'illecito commesso (obiettivi, questi, rispetto ai quali il carcere resta spesso del tutto inincidente). Non si tratta di rinvenire illuministicamente l'entità sanzionatoria che sopravanza almeno di un poco, nella sua afflittività, i benefici dell'attività anti-giuridica<sup>216</sup>, bensì di *annullare* simili benefici, evitando che la pena possa essere messa in conto come una tassa per il crimine.

- La pena risponde ad un interesse sociale e l'intento risocializzativo (inteso come puro beneficio reso all'agente) non può costituire il *fondamento* della penalizzazione.

- La funzione generalpreventiva risulta ricollegabile, essenzialmente, all'efficacia motivazionale del precetto e non – o solo in misura marginale ed in settori particolari – alla afflittività della sanzione; è necessario, in ogni caso, che quest'ultima non tolga addirittura credibilità alla volontà espressa dall'ordinamento di vietare una determinata condotta. Quanto ai reati *già* commessi, è attribuibile rilievo generalpreventivo ai tassi di *certezza* e di *tempestività*<sup>217</sup> concernenti la individuazione dei responsabili e la loro sottoposizione all'autorità del diritto<sup>217</sup>.

216. Per la critica di questa prospettiva, in quanto idonea a giustificare un continuo inasprimento delle pene, cfr. L. Ferrajoli, *op. ult. cit.*, p. 325 s.

217. Cfr. su quest'ultimo aspetto A. Pagliaro, *op. ult. cit.*, p. 39; *Verifica*, cit., p. 358 ss.; *Le indagini empiriche*, cit., p. 449 ss.; T. Padovani, *op. ult. cit.*, p. 917. Sottolinea come l'efficacia generalpreventiva possa essere parimenti conseguita con pene più o meno elevate ed invita perciò alla prudenza nel ricorso al concetto di prevenzione generale D. Dölling, *Generalprävention*, cit., p. 20.

- L'orientamento motivazionale concerne anche la pena, che deve strutturarsi in forma rispondente all'idea della integrazione sociale del condannato.

- Il ricorso al carcere, in quanto disfunzionale rispetto alla suddetta idea, va previsto – diversamente dalla situazione oggi riscontrabile – in termini di *extrema ratio*, e va riconosciuto come rispondente (non a obiettivi di risocializzazione, ma), soprattutto, alla (temporanea) necessità di una difesa della comunità sociale dal fondato pericolo della reiterazione, da parte del condannato, di condotte criminose particolarmente gravi<sup>218</sup>.

- Ciò tuttavia non implica – sarebbe fra l'altro incostituzionale – che la prospettiva della risocializzazione debba restare *inincidente* nei confronti della pena detentiva (sia in rapporto alle modalità esecutive che alla delimitazione temporale della sua durata). Non è ammissibile, infatti, la configurazione di un 'nocciolo duro' del diritto penale di tipo totalmente ed inevitabilmente repressivo-incapacitativo: anche alla luce del fatto che non sussiste una correlazione automatica fra gravità dei reati e prospettive di utile reinserimento sociale dei soggetti agenti.

- È ovviamente da escludersi il ricorso a qualsiasi forma di coazione della libertà interiore del condannato (il che non

218. Indicazioni in ampia parte convergenti sono reperibili in M. Voss, *Verwahrsvollzug - Behandlungsvollzug. Der strafrechtliche Gebrauch der Freiheitsstrafe im Zuge ihrer veränderten Ansprüche*, in AA.VV., *Behandlungsvollzug - Evolutionäre Zwischenstufe oder historische Sackgasse?*, a cura di U.O. Sievering, Frankfurt a. M. 1987, p. 224 ss. Per la giustificabilità specialpreventiva della detenzione in base a sole esigenze di *Sicherung* v. B. Schünemann, *op. cit.*, p. 348; Id., *Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung*, in AA.VV., *Neuere Theorien*, cit., p. 217 s. Delimitato l'ambito del possibile ricorso alla detenzione, resta in ogni caso valido il richiamo di L. Monaco, *op. cit.*, p. 243, ai sensi del quale nei confronti del trattamento (qui inteso in un'accezione ampia), «almeno in uno Stato civile e moderno», non c'è alternativa. Si esprime in senso favorevole all'allargamento della *diversion* nei casi in cui non si possa addirittura depenalizzare H. Schöch, *Empirische Grundlagen*, cit., p. 1104.

preclude la possibilità, o meglio la *doverosità* dell'offerta – subordinata all'accoglimento dell'interessato – di un aiuto terapeutico di tipo emancipatorio e non manipolativo).

- Le pene *non* vanno costruite - senza ciò implichi l'equivoco di una loro applicazione *a beneficio* del condannato – secondo modalità prive di senso per chi le subisca: anche rispetto alla dimensione limitativa di diritti o interdittiva deve restare percepibile che la sanzione non risponde a una logica retributiva cieca<sup>219</sup>, ma si muove in quella di una integrazione sociale del condannato che si caratterizzi per l'assenza di comportamenti criminosi. Alternative al carcere che non vogliono assumere carattere puramente marginale possono ovviamente configurarsi, nel contesto delineato, in termini di significativa onerosità.

- Il processo di diversificazione delle sanzioni *penali* non deve comportare una attenuazione nella validità dei fondamentali principi garantistici<sup>220</sup>, né deve porsi in alternativa alla depenalizzazione, che va in ogni caso incrementata<sup>221</sup> o, comunque, alla rigorosa utilizzazione del diritto penale come *ultima ratio*.

Si deve infine riconoscere che l'attitudine motivazionale del diritto penale, sia nel momento precettivo che in quello sanzionatorio, è inversamente proporzionale alle carenze di socializzazione dei suoi destinatari. Si tratta, probabilmente, di un limite *strutturale* del sistema punitivo, cui esso non può far fronte con i soli mezzi a sua disposizione; uno dei problemi di sempre del diritto penale, d'altra parte, consiste nel fatto che il suo intervento tende all'inefficacia rispetto a contesti

---

219. «Inarrestabili carriere criminali sono state frequentemente costruite, nel passato, su di una sospensione della patente!»: così C.E. Paliero, *op. ult. cit.*, p. 544 (in riferimento alla nuova legislazione sulle tossicodipendenze).

220. Cfr. A. Baratta, *op. ult. cit.*, p. 448 ss.

221. Cfr., in riferimento ai nuovi riti speciali del processo penale, F. Bricola, *op. cit.*, p. 314.

di totale disgregazione o emarginazione sociale (contesti i quali, fra l'altro, sono in grado di riprodurre pressoché all'infinito la domanda di lavoro criminale). Finché non si rinunci a punire, sarebbe comunque un controsenso non tentare di restaurare, anche in simili casi, quel tanto di *comunicazione* che si renda possibile attraverso un orientamento risocializzativo della pena (il che, però, dovrebbe trovare un supporto non di facciata nel sostegno sociale extrapenale). Resta semmai da chiedersi dove si situi il punto in cui il diritto penale debba riconoscere di dover addirittura passare la mano. Ma a che cosa – che non sia utopico o *peggiore* del diritto penale – è difficile da poter dire.

FUNZIONE DELLA PENA  
E FUNZIONE LIMITATIVA DELLA COLPEVOLEZZA

La funzione attribuita alla pena ha tradizionalmente avuto nella definizione del ruolo della colpevolezza in quanto categoria dogmatica, e nella ricostruzione dei suoi contenuti, un terreno di verifica privilegiato. Alcuni esiti della disputa che, come è noto, ha investito negli ultimi due decenni tale categoria<sup>222</sup> possono perciò risultare illuminanti onde comprendere le alternative *reali* oggi sul tappeto nella utilizzazione dello strumento penale.

La riflessione sulla colpevolezza ha essenzialmente a che fare con l'interrogativo se i fini preventivi perseguiti dal sistema punitivo incontrino, o meno, limiti di natura oggettiva rispetto alla individuazione dell'ambito del punibile e delle entità sanzionatorie.

Alla categoria della colpevolezza nella sua operatività concreta appare pertanto affidata, in maniera del tutto particolare, quella contemperazione fra punti di vista diversi – di tutela della società e di rispetto dell'individuo – che costituisce istanza fondamentale delle analisi più avvertite sui fini della pena. Una contemperazione, come già in precedenza si osservava, fra aspetti forse non *a priori* disfunzionali, e forse

---

222. Cfr. per un'ampia panoramica F. Bricola, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1988, p. 3 ss.; G. Fiandaca, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1987, p. 836 ss.; T. Padovani, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti fra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, *ivi*, p. 798 ss.; L. Eusebi, *La 'nuova' retribuzione (II)*, cit., p. 1315 ss.

integrabili, conseguentemente, in un progetto politico criminale organico, ma di certo non configurabili in maniera tale per cui la salvaguardia della dignità di chi sia punito possa reputarsi – utilizzando una nota espressione di Jakobs – mero ‘derivato’ di concezioni preventive<sup>223</sup>.

In questo quadro non sorprende che i poli estremi della disputa in tema di colpevolezza corrispondano a concezioni che negano o l'autonomia dei fini preventivi perseguiti dall'ordinamento penale, o l'autonomia, nell'ambito del giudizio penalistico, di profili attinenti alla tutela dell'individuo.

Da un lato, infatti, la colpevolezza ha costituito, com'è risaputo, la ragione fondante della pena retributiva nella sua versione classica, in base al principio secondo il quale sarebbe giusto *in sé* compensare il male *liberamente* arrecato: per cui il realizzarsi della prevenzione costituirebbe, al massimo, un auspicabile effetto secondario della pena *giusta*<sup>224</sup> (con la

223. Cfr. G. Jakobs, *Schuld*, cit., p. 32; v. anche Id., *Strafrecht*, cit., p. 396 s. Prende espressamente le distanze, di recente, dalla suddetta espressione di Jakobs, nell'ambito di una medesima ricostruzione della colpevolezza in senso funzionale ad esigenze di prevenzione generale *positiva*, F. Streng, *Schuld ohne Freiheit? Die funktionale Schuldbegriff an dem Prüfstand*, in *ZStW*, 1989, p. 294, nota 68. Secondo l'Autore l'attribuzione della colpevolezza risponderebbe a bisogni di 'autostabilizzazione' della collettività nei confronti del reato e di 'rafforzamento normativo', ma non a bisogni di pena fondati su puri istinti vendicativi (per il distinguo ed i rilievi critici ad esso relativi v. *supra*, III, in riferimento a Id., *Tiefenpsychologie*, cit.): di conseguenza il concetto di colpevolezza risulterebbe «si funzionale, ma non 'fungibile'» rispetto alla politica criminale e conserverebbe funzione di limite rispetto ad ogni esigenza diversa da quella di cui si rende espressione; in conformità con le teorie assolute, esso, inoltre, si configurerebbe contemporaneamente come «fondamento e limite della pena» (*ivi*, p. 293 ss.). Sulla distinzione fra una colpevolezza che «serva alle esigenze della prevenzione generale e speciale» e una colpevolezza che venga «piegata ed uniformata alle esigenze della prevenzione generale» v. T. Padovani, *op. ult. cit.*, p. 799 s.

224. Una derivazione della funzione di tutela del diritto penale dalla natura retributiva di una pena che presupponga la colpevolezza come motivo della rimproverabilità è delineata (peraltro al di fuori di una concezione *assoluta* della potestà punitiva) da H. Otto, *Über den Zusammenhang von Schuld und menschlicher Würde*, in *GA*, 1981, p. 485: il concetto di colpevolezza come «elemento specifico dell'umano» renderebbe la punizione «*sinnvoll*», e non solo «*zweckmässig*».

perdita consequenziale del reciproco effetto limitativo delle esigenze preventive rispetto all'ambito della colpevolezza).

Dall'altro lato, secondo un indirizzo ormai troppo noto perché se ne debbano ripercorrere i singoli passaggi<sup>225</sup>, si è portato alle estreme conseguenze il rilievo – dovuto soprattutto agli studi roxiniani – dell'incidenza di elementi general-preventivi sulla individuazione dei confini di istituti afferenti alla sfera della colpevolezza, per considerare la stessa colpevolezza in quanto categoria come rispondente ad esigenze (neo-retributive) di stabilizzazione sociale e la sua dimensione limitatrice della potestà punitiva come pura conseguenza (o razionalizzazione) di valutazioni preventive.

Ridotto a pura *ascrizione*, il giudizio di colpevolezza viene a subire, in quest'ultimo senso, un processo di radicale normativizzazione<sup>226</sup>, il quale, al di là degli stessi orientamenti teorici più radicali, sembra riflettersi – anche nella prassi – in una preoccupante caduta dell'interesse per l'accertamento dei dati soggettivi non immediatamente percepibili dall'esterno, specie se di natura psicologica: e ciò ben oltre le esigenze attinenti, in sede di commisurazione della pena, al contenimento dei parametri significativi per la definizione della *Tat-schuld*<sup>227</sup>.

Rispetto alle posizioni limite così delineate, l'interrogativo

225. Valgano a questo proposito i medesimi riferimenti di cui alla nota 221.

226. Cfr., in senso critico, U. Neumann, *Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit*, in *ZStW*, 1987, p. 567 ss.; B. Schönemann, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft*, cit., p. 293 ss.

227. Evidenzia il rischio di una 'marcata oggettivizzazione' del giudizio di colpevolezza H. Zipf, *op. cit.*, p. 114. Per una esemplificazione a proposito dei limiti della responsabilità dolosa e del dolo eventuale si permetta il rinvio a L. Eusebi, *In tema di accertamento del dolo: confusioni fra dolo e colpa*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1987, p. 1060 ss.; su quest'ultima problematica, ed in particolare sui rapporti fra 'Zweckrationalismus' ed erosione del rilievo della volontà nel dolo, v. B. Schönemann, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, in AA.VV., *Grundfragen*, cit., p. 51 ss.

da anni sul tappeto è se sia individuabile – pur nell'ambito di una giustificazione finalisticamente orientata della pena – un nucleo di autonomia della colpevolezza da esigenze preventive precostituite, il quale funga da argine nei confronti delle pretese punitive o, comunque, sappia imporre una opzione fra le diverse strategie politico criminali teoricamente prospettabili (con la necessità ulteriore di motivare, ove tale nucleo risulti individuabile, la sua rilevanza penalistica).

Il problema, peraltro, non è di facile soluzione, perché l'intento di salvaguardare l'autonomia della colpevolezza si scontra con il fatto che di quest'ultima percepiamo la sussistenza quale categoria etica, ma non possiamo, né potremo mai dominare rispetto al caso concreto tutti gli elementi costitutivi.

Sotto questo profilo, si è parlato di 'indeterminatezza semantica' del concetto di colpevolezza<sup>228</sup>; e si è preso atto dell'impossibilità di una 'estrema individualizzazione' del giudizio in cui la medesima si sostanzia, impossibilità che configura inevitabili margini di generalizzazione nella valutazione penalistica della responsabilità personale, aperti, in quanto tali, alla influenza di interessi preventivi<sup>229</sup>.

Considerare con serietà una simile situazione di partenza appare importante: come per il riferimento all'idea retributiva, infatti, si ha non di rado l'impressione che mediante il richiamo puro e semplice alla colpevolezza si facciano valere esigenze – di garanzia della dignità dell'uomo rispetto alla potestà punitiva statale – indubbiamente fondamentali, ma senza preoccuparsi di verificare se sia veramente disponibile, in termini operativi, lo strumento attraverso il quale esse do-

228. Cfr. M. Baurmann, *op. cit.*, p. 259 ss. Per una prospettiva radicale v. W. Kargl, *Kritik des Schuldprinzips. Eine rechtssoziologische Studie zum Strafrecht*, Frankfurt a. M. - New York 1982.

229. Cfr. L. Monaco, *op. cit.*, p. 105 ss.

vrebbero esprimersi.

In effetti, l'autonomia del giudizio di colpevolezza non si gioca sul piano delle affermazioni di fedeltà ad una pur indivisibile immagine d'uomo, bensì sul piano dei contenuti che quel giudizio venga ad assumere nella prassi: al pari di quanto accade, per un aspetto parallelo, sul terreno della causalità<sup>230</sup>, si tratta di considerare se possano reperirsi criteri di imputazione di un fatto ad un soggetto (nel nostro caso, sotto il profilo della responsabilità personale), senza che la risposta risulti *a priori* condizionata dal finalismo preventivo perseguito dall'ordinamento.

Se questo è vero, deve ammettersi una parte almeno di verità nello stesso indirizzo il quale giudica irrilevante, per l'autonomia della colpevolezza in quanto categoria dogmatica, la disputa di principio sulla libertà del volere<sup>231</sup>: posto che, una volta riconosciuta la capacità quantomeno potenziale dell'uo-

230. Cfr. F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, ristampa integrata con il saggio *La nozione penalmente rilevante di causa*, Milano 1990, *passim*.

231. Cfr., pur un punto classico del suo pensiero, C. Roxin, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in Id., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin - New York, 1973, p. 21; Id., *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1984, p. 17 (*contra*, in specifico riferimento a Roxin, A. Grif-fel, *Prävention und Schuldstrafe*, in *ZStW.*, 1986, p. 28 ss.); conf. Arth. Kaufmann, *Schuld und Prävention*, in *Festschrift für R. Wassermann*, cit., p. 893; W. Hasse-mer, *Alternativen zum Schuldprinzip?*, in AA.VV., *Schuld und Verantwortung*, a cura di A. Eser e H.M. Baumgartner, Tübingen 1983, p. 101 s. Una serrata difesa – in un'ottica non retribuzionistica – della indissolubilità del legame fra colpevolezza penale e riconoscimento della libertà del volere è proposta invece da B. Schünemann, *Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht*, in AA.VV., *Grundfragen*, cit., p. 160 ss.; v. anche Id., *L'evoluzione della teoria della colpevolezza nella Repubblica federale tedesca*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1990, p. 4 ss.; rivendica altresì il ruolo centrale del 'poter-agire-diversamente' come presupposto della colpevolezza e della pena, sulla base di un amplissimo studio giuridico-filosofico, T. Dreher, *Die Willensfreiheit. Ein zentrales Problem mit vielen Seiten*, München 1987 (in part., per le conclusioni, p. 395 ss.). Per alcuni accenni al problema del *nolite iudicare* nel pensiero teologico si rinvia a L. Eusebi, *Cristianesimo e retribuzione*, cit., pp. 286 s. e 306 s.

mo di compiere atti liberi, la colpevolezza non resta meno inattingibile, in quanto tale, sul terreno empirico; dell'uso della libertà possono infatti constatarsi – come si è affermato – i fattori limitativi plausibili, ma non, in via diretta, la sussistenza<sup>232</sup>.

Una simile conclusione, del resto, non sminuisce affatto l'indispensabile riconoscimento da parte del diritto, costituente un caposaldo di civiltà, della dignità che compete ad ogni uomo in base alla sua natura di persona, natura fondata, per l'appunto, sulla sua capacità di libertà: essa si limita, infatti, ad esonerare l'ordinamento dal compito (insostenibile) di soppesare l'uso di quella libertà nelle singole condotte, facendo sì che il riconoscimento della medesima si configuri come fattore limitativo e condizionante, in favore del cittadino, rispetto a *qualsiasi* modalità dell'intervento statale nei suoi confronti, e non come elemento giustificativo della privazione di diritti.

Ove invece nella colpevolezza si cercasse il fondamento etico del punire, diverrebbe inevitabile, a parte ogni altra considerazione, elevare le approssimazioni, o le illazioni, del giudizio operabile dall'uomo *in interiore homine* sulla responsabilità a presupposto accettabile di una pena che, pure, vorrebbe trovare in via esclusiva la sua legittimità nell'idea di *giusta* retribuzione.

I recenti approfondimenti sulla libertà del volere hanno in ogni caso offerto contributi assai interessanti alla discussione.

Un apporto fondamentale, recentemente ripreso anche dalla dottrina italiana<sup>233</sup>, si è espresso, ad esempio, nella distinzione fra i diversi livelli ai quali emerge l'interrogativo sulla possibilità di agire diversamente. Valga, in proposito, un

232. Cfr. W. Hassemer, *Einführung*, cit., p. 197 ss.

233. Cfr. G. Fiandaca, *op. cit.*, p. 872 s.

semplice esempio: nei prossimi cinque minuti potrò continuare a scrivere, ascoltare musica o prepararmi un caffè, ma non potrò, poniamo, recarmi a Londra o a Parigi; riguardando le cose *ex post*, sarà sostenibile, rispetto alla prima serie di alternative, che avrei potuto fare ciò che non ho fatto, il che, peraltro, non significherebbe che sarei stato intimamente in grado di decidere diversamente da come mi sono risolto, ma solo che *avrei potuto* se – per qualsiasi fattore efficiente, libero o determinato, – *avessi voluto*.

Esisterebbe dunque, una dimensione del potere (*können*) che dipenderebbe dalla sussistenza al momento del fatto di certe condizioni personali e situazionali e che risulterebbe indipendente dal formarsi, in presenza di quelle condizioni, del volere (*wollen*) (vale a dire dalle *motivazioni* della scelta in concreto effettuata).

Su queste basi, si è concluso, ciò che rileverebbe ai fini del diritto penale sarebbe proprio la sussistenza del *können* e, di conseguenza, il poter-agire-diversamente potrebbe essere considerato presupposto della pena – con riguardo alla sussistenza di alternative riferibili alla sfera del *können* – perfino in una prospettiva utilitaristica o deterministica<sup>234</sup>.

La soluzione proposta non appare, invero, risolutiva: il nodo problematico, per quanto ovvio, resta quello della non conoscibilità, nei loro meccanismi causali, di tutte le condi-

234. Così B. Burkhardt, *Zur Möglichkeit einer utilitaristischen Rechtfertigung des Schuldprinzips*, in AA.VV., *Schuld und Verantwortung*, a cura di A. Eser e H.M. Baumgartner, Tübingen 1983, p. 51ss. (soprattutto in riferimento al pensiero di G. E. Moore). Cfr. anche J. Tiemeyer, *Zur Möglichkeit eines erfahrungswissenschaftlich gesicherten Schuldbegriffs*, in *ZStW*, 1988, pp. 543 ss. e 562 ss., il quale distingue fra libertà in senso assoluto e libertà in senso relativo: la prima sarebbe indimostrabile, mentre la seconda andrebbe riferita all'efficacia determinante di singole situazioni, risultando compatibile, di conseguenza, con qualsiasi concezione relativa al formarsi della personalità o del carattere (v. anche Id., *Grundlagenprobleme des normativen Schuldbegriffs*, in *GA*, 1986, p. 206 ss., per la distinzione teorica fra libertà del volere e libertà dell'agire).

zioni, specialmente di tipo soggettivo, che potrebbero rendere solo apparente la libertà di scelta; e a ciò si accompagna l'inevitabile rilievo secondo cui ogni fattore il quale dovesse incidere in maniera deterministica sul *wollen* si trasformerebbe (a meno di una improponibile discriminazione degli elementi condizionali di ordine psichico rispetto a quelli esterni) in un fattore del *können*.

Se questo è vero, l'intera costruzione conferma, in realtà, come l'indagine sulla colpevolezza sia in grado di condurre *soltanto* alla individuazione di elementi che limitano la sfera della libertà (il che è sempre possibile alla luce delle conoscenze disponibili sui dati personali e situazionali): fino alla individuazione di elementi dei quali addirittura possa dirsi che elidono l'ambito decisionale e con esso quello della responsabilità; non invece all'accertamento nella sua effettiva estrinsecazione della libertà.

Ciò consente di ritenere che la nota concezione della colpevolezza come limite – ove, però, non la si intenda secondo lo schema della contrapposizione di un'entità prefissabile di colpevolezza alle esigenze preventive – rappresenti non solo una 'scelta' della dottrina, ma corrisponda a un requisito strutturale della categoria in oggetto. Come efficacemente si è affermato, «il fatto che i presupposti dell'agire colpevole siano per lo più espressi in forma negativa non risponde solo a ragioni tecniche o stilistiche: la ragione va individuata – piuttosto – nella funzione esclusivamente limitativa, ed intesa al contenimento della responsabilità [rilevante in sede penale], propria del giudizio di colpevolezza»<sup>235</sup>.

Quanto quest'ultimo in effetti può fare è esigere che non siano punite quelle persone delle quali si possa affermare (o

235. Così U. Neumann, *op. cit.*, p. 586 s. In senso analogo W. Hassemer, *Alternativen*, cit., p. 106: «costituirebbe un errore logico dedurre dall'assenza di cause di esclusione della colpevolezza la libertà dell'agire».

sia plausibile affermare) che al momento del fatto non erano in grado di rispondere all'appello normativo.

È vero che la colpevolezza viene delineata, in quanto categoria dogmatica, come requisito del reato. Ma l'indagine su di essa, a ben vedere, non è in grado di affiancare all'integrazione dolosa o colposa del fatto antiggiuridico l'accertamento della *possibilità di agire diversamente* del soggetto interessato, bensì soltanto di attestare, quando ne sussistano i presupposti, l'*impossibilità* del medesimo *di agire conformemente* al diritto.

Di conseguenza, sembra corrispondere al meccanismo operativo concreto della colpevolezza (e non al puro desiderio di una presa di distanze formale dall'idea retributiva) l'affermazione secondo cui essa limita la potestà punitiva, ma non concorre a definirne il *fondamento*<sup>236</sup>.

Alla luce di queste premesse, e nonostante l'ampiezza del dibattito in materia, le caratteristiche *possibili* di un giudizio penalistico di colpevolezza che sappia conservare autonomia

236. V. per tutti C. Roxin, *Sinn und Grenzen*, cit., p. 22 (ma v. anche *infra*, nota 251). Il carattere di fondamento della colpevolezza rispetto alla pena viene recentemente ribadito, invece, da E. Morselli, *op. cit.*, p. 67 ss.: la colpevolezza sarebbe nella sua essenza (non solo possibilità di agire diversamente, ma) *esigibilità* ed il suo accertamento risulterebbe *sufficiente* a determinare la *meritevolezza* di pena (sulla libertà e la esigibilità come base della responsabilità penale v. anche E.-J. Lampe, *Verantwortung und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, in *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. xiv, 1989, cit., p. 290); conf. F. Streng, *op. ult. cit.*, p. 295, e A. Griffel, *Widersprüche um die Schuldstrafe. Willensfreiheit und Recht*, in *GA*, 1989, p. 193 ss., che però considera la colpevolezza, in quanto fondata sulla libertà del volere, presupposto giustificativo della finalità general-preventiva. Una posizione peculiare è espressa da T. Padovani, *op. ult. cit.*, p. 828 s., secondo il quale la colpevolezza offrirebbe una «legittimazione sostanziale del carattere afflittivo della pena», legittimazione tanto più indispensabile proprio nell'ambito delle teorie preventive, che non hanno lo scopo di infliggere una sofferenza: a noi parrebbe, tuttavia, maggiormente produttivo, ai fini della delimitazione e della diversificazione dell'intervento penale, che il nodo della afflittività degli strumenti utilizzabili per fini di prevenzione possa emergere senza giovare della copertura retributiva.

rispetto alle esigenze preventive appaiono in certa misura obbligate: ed in effetti sembrano su di esse realizzarsi convergenze significative.

Deve anzi ammettersi che potrebbe, per sé, risultare irrilevante, sotto il profilo pratico, il fatto che si continui a parlare – ove lo si ritenga maggiormente esplicativo e non se ne fraintenda il significato – di verifica della ‘capacità di agire diversamente’; anche se l’inevitabile sottolineatura, in questo caso, del carattere *analogico* del giudizio, data la non constatabilità nella sfera terrena della colpevolezza in concreto<sup>237</sup>, apre più facilmente la via all’operatività di considerazioni preventive.

L’essenziale, in ogni caso, è che la ricerca giudiziaria dei fattori i quali possano escludere il poter-agire-diversamente (meglio: che possano attestare il non-poter-agire-conforme-mente al diritto) dell’imputato al momento del fatto non sia riduttiva.

Pertanto, si tratterà di garantire il massimo approfondimento empirico dei fattori soggettivi rilevanti ai fini di una possibile esenzione da responsabilità dell’agente, sul presupposto che tali fattori esigono di essere accertati con lo stesso rigore scientifico assicurato all’elemento oggettivo<sup>238</sup>. In modo da

237. Così M. Maiwald, *Gedanken zu einem sozialen Schuldbegriff*, in *Festschrift für K. Lackner*, p. 164; sull’accertamento della colpevolezza mediante procedimento analogico cfr. Arth. Kaufmann, *op. ult. cit.*, p. 893; nello stesso senso si muove il concetto di colpevolezza ‘empirico-generalizzante’, corrispondente ad un giudizio di tipo ‘provvisorio-pragmatico’, proposto da H.-L. Schreiber, *Vor dem Ende des Schuldstrafrechts?*, in AA.VV., *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, a cura di U. Immenga, Göttingen 1980, p. 288 ss.; v. anche Id., *Was heisst heute strafrechtliche Schuld und wie kann der Psychiater bei ihrer Feststellung mitwirken*, in *Der Nervenarzt*, 1977, p. 245; conf. P.-A. Albrecht, *op. ult. cit.*, p. 202.

238. Fondamentale, a questo proposito, H. Jäger, *Subjektive Verbrechenmerkmale als Gegenstand psychologischer Wahrheitsfindung*, in *MschrKrim*, 1978, p. 279 ss. Esige la massima possibile utilizzazione di elementi empirico-descrittivi nel giudizio di colpevolezza J. Tiemeyer, *Zur Möglichkeit*, cit., p. 549; conf., con parti-

evitare quella de-individualizzazione dei parametri di giudizio, e dunque quel restringimento dell’immagine d’uomo significativa sul piano processuale, che costituiscono l’esito più tipico delle impostazioni neo-retributive<sup>239</sup>.

D’altra parte, gli stessi elementi di ambiguità degli apporti forniti dalle scienze psicologiche e psichiatriche<sup>240</sup> assumono un diverso significato ove ad esse non si richieda una conclusione sulla ‘capacità di libertà’ del singolo agente, ma una sufficiente motivazione della impossibilità del medesimo, in date circostanze, di rispettare il precetto normativo. Nell’eventualità in cui permangano, anche a quest’ultimo proposito, margini di incertezza (*Unsicherheitszonen*), appare plausibile che queste debbano essere risolte, sotto il profilo della colpevolezza, secondo il principio *in dubio pro reo*, e non ‘colmate’ mediante il riferimento a considerazioni politico-criminali<sup>241</sup>.

In sintesi, come è stato efficacemente affermato, «il giudizio di colpevolezza potrà fungere da ‘filtro’ rispetto ai bisogni sociali di punizione, quanto più ci si preoccupi di contrastare l’odierna tendenza a ridimensionare il problema dei referenti individuali dell’attribuzione di responsabilità»<sup>242</sup>.

Nella prospettiva delineata può ritenersi altresì chiarificabile la stessa annosa questione concernente la associabilità di

lare riferimento ai dati psicologici e psichiatrici, P.-A. Albrecht, *Unsicherheitszonen des Schuldstrafrechts*, in *GA*, 1983, p. 214 s.; v. anche M. Walter, *Die Bestimmung der Tatschuld und Bemessung der Strafe nach der vom Täter entwickelten ‘kriminellen Energie’*, in *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, cit., p. 497.

239. Cfr. ad esempio, già in epoca non recentissima, D. Krauss, *Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozess*, in *Festschrift für F. Schaffstein*, Göttingen 1975, p. 411 ss. (sulle cui posizioni v. anche P.-A. Albrecht, *op. ult. cit.*, p. 196 s.).

240. Cfr. M. Bertolino, *La crisi del concetto di imputabilità*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1981, p. 190 ss.; Id., *Profili vecchi e nuovi dell’imputabilità penale e della sua crisi*, *ivi*, 1988, p. 202 ss.

241. In questo senso P.-A. Albrecht, *op. ult. cit.*, p. 201 s.

242. Così G. Fiandaca, *op. cit.*, p. 873.

un rimprovero (*Tadel, Vorwurf*) alla colpevolezza penale: disputa che attiene al nodo fondamentale del superamento di una giustificazione etico-retributiva della pena *in base* alla colpevolezza, ma che senza dubbio ha anche una dimensione meramente terminologica.

Per quanto a noi sembra, se il rimprovero si identifica con un giudizio etico sulla persona in quanto tale, seppur riferito alla singola condotta, allora certamente esso deve considerarsi indebito, data l'impossibilità per il giudice, come per ogni uomo, di 'cogliere' la colpevolezza effettiva di un individuo, e dato, in ogni caso, che non fa parte dei compiti dello Stato giudicare il cittadino sul piano morale<sup>243</sup>.

Ove invece con la rinuncia al rimprovero si giungesse a sottintendere che la condanna penale si limita a prendere atto di una violazione, senza associare ad essa un giudizio di disvalore, che conferma e ribadisce l'indicazione comportamentale della norma incriminatrice, si negherebbe altrettanto indebitamente la stessa funzione motivazionale tipica di un diritto penale preventivo.

Ciò che la riflessione sullo *Schuldvorwurf* segnala è essenzialmente, pertanto, il carattere non realistico dell'assunto retributivo secondo cui la pena andrebbe giustificata e strutturata come compensazione della colpevolezza.

Simile conclusione, peraltro, rimanda all'interrogativo ini-

243. In senso contrario alla sussistenza del rimprovero v. soprattutto W. Hassemer, *op. ult. cit.*, p. 100 s., che in ciò individua l'unico aspetto superato del principio di colpevolezza (v. anche G. Ellscheid - W. Hassemer, *Strafe ohne Vorwurf?*, in AA.VV., *Seminar: Abweichendes Verhalten*, cit., II, 1975, p. 266 ss.); conf. J. Baumann, *Strafe*, cit., p. 32; G. Fiandaca, *op. cit.*, p. 874 s.; H.L. Schreiber, *Vordem Ende*, cit., p. 290; F. Streng, *Strafzumessung*, cit., p. 284; J. Tiemeyer, *op. ult. cit.*, pp. 561 e 566.; ritengono invece inevitabile il rimprovero Arth. Kaufmann, *Unzeitgemässe Betrachtungen*, cit., p. 230; K.-L. Kunz, *Prävention und gerechte Zurechnung*, in «ZStW», 1986, p. 835; B. Schünemann, *op. ult. cit.*, p. 12. Sul problema v. anche U. Neumann, *op. cit.*, p. 586.

ziale circa i rapporti fra colpevolezza e fini della pena, ed in particolare al problema della spiegazione che della sfera di autonomia della colpevolezza sia possibile offrire nell'ambito del diritto penale preventivo.

Rispetto al primo punto, la ricostruzione in termini limitativi della colpevolezza pone indubbiamente vincoli assai rilevanti.

Pur non potendo da sola implicare – conformemente alla sua natura limitativa – la individuazione dello scopo attribuibile alla pena, essa, infatti, risulta incompatibile, oltre che con l'idea retributiva classica, con tutte le concezioni (si pensi alla pura intimidazione o alla stabilizzazione sociale da realizzarsi mediante l'acritico soddisfacimento dei bisogni di pena) che, per sé, potrebbero essere disposte ad ottimizzare il conseguimento dei loro obiettivi anche mediante la punizione di chi sicuramente non era in grado, all'epoca del fatto, di rispondere all'appello normativo o non abbia agito nemmeno con negligenza.

Non bisogna però dimenticare, quanto al rapporto con la funzione della pena, che l'idea di colpevolezza come limite assume un ruolo propulsivo, più che meramente descrittivo, non solo rispetto alla prassi processuale, ma anche rispetto alla situazione normativa vigente.

La distinzione è importante affinché emergano i fini *effettivamente* perseguiti dagli istituti che prevedono sbarramenti alla rilevanza della reale situazione soggettiva del soggetto agente o contempero, addirittura, ipotesi di responsabilità oggettiva. E proprio in questa prospettiva va compresa la ben nota proposta di Roxin intesa a sostituire la categoria dogmatica della colpevolezza con quella della responsabilità (*Verantwortlichkeit*), la quale dovrebbe consentire di distinguere concettualmente, al suo interno, ciò che risponde alle esigenze della colpevolezza (in senso stretto) e ciò che ne prescin-

de in considerazione di particolari finalità preventive<sup>244</sup>.

Del resto, lo stesso Jakobs giustifica la sua ben nota «interpretazione funzionale della colpevolezza» in quanto rispondente a una «interpretazione del diritto penale così come vige»<sup>245</sup>.

Secondo il medesimo Autore, in ogni caso, «una colpevolezza priva di scopi è (ed era) una chimera»<sup>246</sup>: può dunque la colpevolezza rappresentare davvero una contropinta alla prevenzione o è essa stessa espressione di esigenze finalisticamente orientate?

Anche di recente, in effetti, si è cercato di percorrere la via di una fondazione utilitaristica delle norme che regolano l'attribuzione della responsabilità penale: così Baurmann, in riferimento al principio del contratto sociale, reputa simili norme necessarie – riducendo all'essenziale la sua amplissima argomentazione – in quanto per la categoria più pregiudicata dalla loro assenza (gli incolpevoli) gli svantaggi dell'assenza stessa supererebbero i vantaggi; e ciò in base al presupposto che una impari distribuzione di vantaggi e svantaggi è giustificabile solo quando anche il gruppo più danneggiato possa accettarla (*Differenzprinzip*)<sup>247</sup>. Nel contempo, tuttavia, egli riconosce che proprio lo *status* del presupposto argomentativo appena indicato necessiterebbe di un approfondimento ulteriore: pur reputando la regola individuata assai più plausibile, rispetto alla spiegazione dei principi relativi alla responsabilità penale, di quella fondata sulla massima secondo

244. Cfr. C. Roxin, (da ultimo in) *Was bleibt von der Schuld*, cit., p. 374; v. soprattutto, peraltro, Id., *Zur jüngsten Diskussion*, cit., p. 279 ss.

245. Ed aggiunge: «se l'interpretazione è giusta, si dovrebbe, se non piace, criticare la realtà interpretata, cioè il diritto penale vigente, ma non l'interpretazione stessa, come se si volesse eliminare il fastidio che provoca un messaggio eliminando il suo latore!» (v. G. Jakobs, *La funzione*, cit., p. 41).

246. V. G. Jakobs, *ibidem*.

247. Cfr. M. Baurmann, *op. cit.*, p. 233 ss.

cui «a ogni colpa corrisponde una giusta retribuzione»<sup>248</sup>.

Ancor più esplicita risulta, in questa prospettiva, la conclusione di Burkhardt secondo la quale, anche nell'ambito di una teoria utilitaristica che non trascuri le conseguenze indirette del riconoscimento di norme sentite come moralmente vincolanti dalla (quasi) totalità della popolazione (*Regelutilitarismus*), il rispetto del principio di colpevolezza non si lascerebbe completamente spiegare<sup>249</sup>.

Sembra perciò trovare ulteriore conferma l'assunto secondo cui la derivazione delle esigenze legate alla categoria della colpevolezza da considerazioni orientate all'idea di scopo resti debitrice (almeno) di un punto di appiglio esterno ad una pura logica intrasistematica: e proprio in questo senso può dirsi che colpevolezza e prevenzione si pongono, a livello semantico, su piani diversi<sup>250</sup>.

Come già si osservava, tuttavia, il modello della contropinta (in questo caso, colpevolezza *versus* prevenzione) costituisce uno strumento teorico, inteso essenzialmente ad esprimere la ragion d'essere autonoma di un fattore operante all'interno di un sistema.

Da quel modello non consegue, pertanto, che l'equilibrio dell'ordinamento penale fra esigenze di segno diverso sia paragonabile a quello di una bilancia che abbia su un piatto, poniamo, la più terroristica delle impostazioni generalpreventive e, sull'altro, la più garantistica fra le possibili discipline della responsabilità personale. L'equilibrio si realizza, piuttosto, ove le istanze espresse dalla categoria della colpevolezza siano integrate nella strategia preventiva e concorrano a definirne le modalità operative.

248. *Ivi*, p. 249.

249. Cfr. B. Burkhardt, *op. cit.*, p. 75 ss.

250. Così B. Schünemann, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft*, cit., p. 299.

In altre parole, le ragioni che, sul piano teorico, motivano l'esigenza di una contropunta rispetto alla pura ottica preventiva sono le stesse che, sul piano pratico, impongono una scelta fra le diverse strategie preventive astrattamente possibili. Ed in questo senso, in effetti, la colpevolezza intesa come limite non è pensabile che come elemento di un modello preventivo<sup>251</sup>.

Resta il quesito su quali siano le motivazioni che, nell'attribuzione della responsabilità penale, esigano il rispetto del limite costituito dalla colpevolezza.

A nostro avviso, esse non sono dissimili da quelle cui viene ricondotto, rispetto ai fini della pena, il limite rappresentato dall'orientamento risocializzativo (da intendersi nel senso precedentemente descritto) ed attengono – senza che probabilmente sia possibile un grado di esplicazione ulteriore – al valore che assume, o dovrebbe assumere, ogni individuo rispetto alle esigenze generali<sup>252</sup>.

Come le suddette ragioni, nel caso in cui la colpevolezza non possa essere esclusa (*rectius*, nel caso in cui l'assenza di colpevolezza non possa essere provata) richiedono che la risposta sanzionatoria salvaguardi pur sempre l'integrazione sociale del condannato (e dunque si configuri non solo verso la società, ma anche nei suoi confronti, come elemento

---

251. Solo in questa prospettiva riterremo che si possa parlare di una funzione codeterminante della colpevolezza rispetto alla funzione della pena: cfr. Arth. Kaufmann, *Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht*, in *Juristenzeitung*, 1967, p. 555; M. Romano, *Prevenzione generale*, cit., p. 166 s.

252. Non si tratterebbe di ricostruire la colpevolezza in funzione di esigenze specialpreventive, ma di leggere il ruolo che nella sua autonomia essa svolge in una prospettiva analoga a quella di cui è espressione l'istanza risocializzativa; circa i rischi della prima alternativa v. G. Fiandaca, *op. cit.*, p. 850 s., in riferimento critico al nostro *La 'nuova' retribuzione (II)*, cit., p. 1347 ss. Sulla funzione *limitativa*, e non *fondativa*, che l'idea di risocializzazione condividerebbe col principio di colpevolezza v. B. Schünemann, *Plädoyer*, cit., p. 237.

orientativo di una condotta conforme al diritto), così, ove addirittura consti che attraverso il fatto commesso l'agente non abbia in realtà espresso alcuna presa di posizione contro l'ordinamento, esse impongono la non configurabilità dell'illecito.

Nell'ipotesi contraria il sacrificio richiesto al condannato non sarebbe in alcun modo motivabile con una specifica necessità preventiva sussistente *nei suoi confronti* (vale a dire non solo rispetto alla generalità dei consociati) e, conseguentemente, il rilievo dei suoi diritti individuali, lungi dal subire soltanto un inevitabile bilanciamento con le esigenze sociali, risulterebbe, rispetto ad esse, totalmente azzerato.

## ESISTE LA 'PENA ADEGUATA ALLA COLPEVOLEZZA'?

Nonostante la diffusa opinione contraria, l'individuazione di un ruolo autonomo della colpevolezza suscettibile di opporsi al finalismo preventivo pone le difficoltà maggiori in relazione alla scelta della pena in concreto. E ciò anche se rispetto alla commisurazione delle risposte sanzionatorie, ben diversamente da quanto avvenuto per la loro fondazione<sup>253</sup>, l'esigenza di un superamento della prospettiva retribuzionistica sia restata sostanzialmente nell'ombra: circostanza, quest'ultima, la quale non manca di suscitare sorpresa<sup>254</sup>, dato lo stretto rapporto che dovrebbe logicamente sussistere fra teoria della pena e pene effettivamente applicate.

Perfino in un'ottica retributiva, d'altra parte, il punto critico rimane quello della non reperibilità, ove manchi un criterio finalistico di riferimento, della pena *in sé* corrispondente alla colpevolezza<sup>255</sup>: a meno di non voler recepire, esprimendoli

---

253. Cfr., in generale, G. Vassalli, voce *Colpevolezza*, in *Enciclopedia Giuridica*, VI, Roma 1988, p. 18 ss.; G. Casaroli, *Funzione e commisurazione della pena fra Grundgesetz e Strafrechtssystem*, in AA.VV., *L'influenza dei valori costituzionali nei sistemi giuridici contemporanei*, a cura di A. Pizzorusso e V. Varano, Milano 1985, p. 619 ss.

254. Cfr. L. Monaco, *op. cit.*, p. 15; B. Schünemann, *L'evoluzione*, cit., p. 17, che osserva: «l'insensibilità della teoria della commisurazione della pena rispetto all'abbandono del principio retributivo quale dogma centrale per il livello di pena nella teoria della colpevolezza costituisce una sorta di deficit culturale, che è necessario superare al più presto».

255. Individuare l'elemento caratterizzante la pena moderna nell'affermarsi di una esecuzione utilitaristica della pena, corrispondente alla rottura del parametro retributivo in sede di commisurazione (così M. Pavarini, *La crisi*, cit., p. 283), può dunque eventualmente valere solo rispetto a *determinate* opzioni preventive.

attraverso la *schuldangemessene Strafe*, i bisogni emotivi di retribuzione emergenti nei confronti di ciascun reato.

I presupposti teorici di questo dato di fatto sono noti da tempo e si incentrano sia sulla impossibilità di ridurre il grado della colpevolezza ad entità matematica, se non a prezzo di drastiche semplificazioni dei meccanismi valutativi, sia, soprattutto, sulla insuperabile diversità qualitativa di reato e pena<sup>256</sup>; nondimeno, solo raramente da quei presupposti si sono tratte conseguenze tangibili.

Un esempio può essere illuminante: proprio chi come Frisch ha recentemente contestato – in riferimento critico alle posizioni di Bruns, il ‘padre’ della moderna *Strafzumessungslehre* – l’incidenza modificativa concessa alla considerazione di esigenze preventive rispetto alla *schuldangemessene Strafe*, e conseguentemente il ricorso alla finzione dello *Schuldraum*<sup>257</sup>, individua in realtà la stessa pena adeguata alla colpevolezza in senso tipicamente (general)preventivo: essa esprimerebbe il grado di turbamento della pace giuridica (*Rechtsfriedensstörung*) che può essere addebitato all’agente e compenserebbe in tal senso (non la riprovevolezza della condotta, né la *Gesinnung*, né la capacità soggettiva di aderire al comando normativo, ma) la delusione dell’aspettativa sociale di rispetto della norma, in modo che possa essere ristabilita la fiducia nella vigenza dell’ordinamento<sup>258</sup>.

256. Si consenta ancora, per i necessari riferimenti, il rinvio a L. Eusebi, *La nuova retribuzione*, cit., p. 925 ss.

257. L’ambito di oscillazione della pena *pur sempre* adeguata alla colpevolezza, entro il quale, come è ben noto, dovrebbero agire punti di vista finalisticamente orientati che, onde evitare la strumentalizzazione del caso singolo, si vorrebbero essenzialmente di tipo specialpreventivo.

258. Cfr. W. Frisch, *Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik. Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von H.-J. Bruns e F. Pallin*, in *ZStW*, 1987, in part. pp. 362 ss. e 388; secondo l’Autore il fulcro della commisurazione penale dovrebbe essere costituito proprio dall’approfondimento delle regole che definiscono la concretizza-

Il carattere *relativo* dell’entità di pena adeguata alla colpevolezza, in quanto dipendente nella sua quantificazione dal *Kulturstand*, è nondimeno riconosciuto anche da chi, come Roxin, di quell’entità ha teorizzato la funzione limitatrice: questa non ne risulterebbe affatto compromessa, poiché il limite quantitativo individuato, corrispondendo ad esigenze di prevenzione integratrice, fungerebbe da barriera rispetto ad *altre* istanze preventive<sup>259</sup>.

Che tuttavia il *Kulturstand* – o, secondo un’espressione equipollente, la fluttuante *Werterfahrung* della società<sup>260</sup> – sia sempre in grado di indicare livelli di reazione penale agenti

zione della *Schuldstrafe*, approfondimento che sarebbe stato troppo a lungo compromesso dal rilievo dato alle considerazioni preventive: l’individuazione di uno *Schuldraum* corrisponderebbe, in questo quadro, come vero e proprio *Zwischen-Produkt*, al non completamento del processo di concretizzazione del giudizio di colpevolezza; Frisch riconosce peraltro la possibilità di infliggere una pena inferiore a quella derivante dalla concretizzazione del suddetto giudizio (*Unterschreitung*) ove sussista il pericolo di ulteriore desocializzazione del condannato, mentre non ammette, in conformità all’opinione dominante, lo scavalco verso l’alto della *Schuldstrafe* (*Überschreitung*). Significativa risulta anche la risposta di H.-J. Bruns, *Neues Strafzumessungsrecht? ‘Reflexionen’ über eine geforderte Umgestaltung*, Köln-Berlin-Bonn-München 1988, pp. 25 ss. e 46 s., secondo il quale in Frisch emergerebbe pur sempre, data la sua posizione sulla *Unterschreitung*, la preminenza accordata al fine specialpreventivo rispetto al principio di colpevolezza (Bruns, come è noto, non ammette deroghe allo *Spielraum*, salvo il riconoscimento della logica specialpreventiva di istituti afferenti alla commisurazione in senso lato) e risulterebbe indebitamente preclusa l’operatività di elementi generalpreventivi entro l’ambito della *schuldangemessene Strafe*: ma in questo senso egli sopravvaluta, a nostro avviso, l’esclusione della prevenzione generale nella commisurazione giudiziaria che sarebbe operata da Frisch, dato che in Frisch è lo stesso concetto di colpevolezza, come abbiamo visto, ad essere chiaramente connotato in senso generalpreventivo. L’orientamento di quest’ultimo Autore sembra trovare conferma nella proposta di una dogmatica della commisurazione di tipo sistematico-normativo, piuttosto che fenomenologico (intesa cioè a reperire i criteri valutativi di dati non univoci anche al di fuori delle regole sulla commisurazione, attraverso il riferimento a situazioni ‘parallele’ comunque reperibili nel sistema penale): cfr. W. Frisch, *Über die ‘Bewertungsrichtung’ von Strafzumessungstat-sachen. Ein Beitrag zur Problematik komparativen Aussagen im Strafrecht*, in *GA*, 1989, p. 355 ss.

259. Cfr. C. Roxin, *Was bleibt*, cit., p. 370 ss.

260. Ad essa riconduce l’individuazione della pena meritata K.-L. Kunz, *op. cit.*, p. 826.

in forma calmieratrice rispetto ad ogni altra valutazione razionale appare, come già si osservava, quantomeno discutibile; l'impressione, piuttosto, è che il ricorso ai bisogni di pena, comunque mitigato, costituisca un investimento di cui nessuno è in grado di prefigurare gli esiti<sup>261</sup>: pur potendosi ammettere che esso possa costituire un criterio estremo di riferimento contro strategie repressive del tutto impopolari (e dunque riferibile essenzialmente alla commisurazione legislativa).

Una conclusione almeno in apparenza più radicale è tratta da Schünemann, il quale – presupposto che di un rapporto logico-razionale fra colpevolezza e pena potrebbe parlarsi solo in un diritto penale retributivo (ed in effetti se ne parla, ma senza che esso nella realtà possa sussistere) – definisce qualsiasi fattore di ragguaglio fra le due grandezze in oggetto (ritorna il termine) 'una chimera'<sup>262</sup> e riduce la funzione limitatrice della colpevolezza alla esclusione dal novero dei fattori rilevanti per il giudizio delle circostanze in rapporto alle quali nessun rimprovero possa essere mosso all'agente.

L'entità della pena dipenderebbe, pertanto, da considerazioni preventive, ed in particolare corrisponderebbe ad un'esigenza di prevenzione integratrice da ricondursi, in senso proporzionalistico, alla gravità dell'offesa arrecata al bene giuridico e alla intensità soggettiva dell'aggressione<sup>263</sup>. An-

261. O se si vuole una bomba ad orologeria che può sempre scoppiare fra le mani. Del resto, potrebbe esistere sempre il cittadino *pensoso* che cerchi le motivazioni dei livelli sanzionatori percepiti come giusti; e perfino il cittadino che si ostini a non provare bisogni di pena fino a quando di quest'ultima non abbia compreso le ragioni.

262. Cfr. B. Schünemann, *Die Funktion*, cit., p. 190; la stessa espressione è usata da L. Monaco, *op. cit.*, p. 264 (in riferimento specifico alla *Punktstrafe*): «per affascinante che sia, l'idea di una giusta pena – la sola esattamente adeguata alla misura della rimproverabilità per il fatto – è una chimera o, più maliziosamente, un inganno».

263. Cfr. B. Schünemann, *op. ult. cit.*, p. 198 ss. V. anche Id., *Plädoyer*, cit., p.

drebbe invece estromessa la rilevanza delle 'finezze' relative alla personalità del condannato (*Persönlichkeitsimponderabilien*); mentre la rilevanza della prevenzione speciale andrebbe riservata ai casi in cui la legge penale subordini l'applicabilità di un determinato istituto ad una prognosi<sup>264</sup>.

Resta dunque, anche in Schünemann, la rispondenza del *quantum* di pena ad esigenze generalpreventive, cui è associato un distacco dalla prospettiva retribuzionistica invero più teorico che reale: sia perché, come si sa, la stessa quantificazione retributiva della pena non può che fondarsi sulle *Wertvorstellungen* della collettività, secondo un modello analogo a quello cui solitamente si richiama la prevenzione integratrice<sup>265</sup>; sia perché la teoria retributiva, a parte il suo preteso ancoramento all'idea di giustizia, finisce per esigere in sede di commisurazione proprio la proporzionalità della pena alla gravità del fatto e alla responsabilità soggettiva<sup>266</sup>. Tanto che

225: «Per l'entità della pena – in rapporto alle esigenze comunicative della prevenzione integratrice ed al loro prolungamento (*Verlängerung*) nell'ambito dei principi normativi riferibili ai concetti fondamentali di uguaglianza e proporzionalità – il disvalore quantificato del fatto costituisce il criterio decisivo». Gli elementi che dovrebbero risultare rilevanti ai fini della 'proporzionalità al fatto' sono stati recentemente precisati in forma sintetica dall'Autore: «la misura obiettiva di lesione del bene giuridico, la soggettiva percezione del danno da parte della vittima, l'intensità oggettiva e soggettiva di attacco al bene giuridico ('energia criminale'), la percezione della pena da parte dell'agente (*Strafempfindlichkeit*) e la sua condotta con riferimento al bene giuridico prima e dopo la commissione del reato» (cfr. Id., *L'evoluzione*, cit., p. 18).

264. Cfr. B. Schünemann, *Die Funktion*, cit., pp. 191 e 193; Id., *Plädoyer*, cit., p. 226.

265. E non si vede – come rileva G. Fiandaca, *op. cit.*, p. 878s. – per quali ragioni la difficoltà di convertire la colpevolezza in pena debba scemare di colpo non appena la colpevolezza degradi a 'criterio limitativo' rispondente a considerazioni di prevenzione generale *positiva*.

266. Così, molto chiaramente, H. Frister, *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*, Berlin 1988, p. 43s., anch'egli peraltro richiamandosi a Schünemann nell'affermare che il punto di partenza per la commisurazione della pena non andrebbe reperito nella colpevolezza, bensì nel «pericolo derivante dal fatto per la *Normakzeptanz*» (ivi, p. 41).

lo stesso Schünemann ammette i punti di contatto fra la sua impostazione e gli indirizzi neo-classici<sup>267</sup>.

Ciò induce, peraltro, ad interrogarsi sul significato che possa assumere il richiamo alla proporzionalità, concetto la cui fortuna sembra travalicare le stesse distinzioni sui fini della pena. Tenendo conto del fatto che per proporzionalità non potrebbe comunque intendersi, alla luce di quanto s'è detto, la corrispondenza immanente fra un reato e una determinata entità sanzionatoria, bensì solo l'esigenza che a reato più grave segua, in uno stesso rapporto di crescita, una pena più grave<sup>268</sup>.

- In una simile prospettiva, il ruolo dell'idea di proporzionalità nella commisurazione giudiziaria sembra quello di garantire rispetto a qualsiasi livello di gravità dell'illecito concreto l'omogenea attuazione delle scelte operate in sede di commisurazione legislativa (ovvero delle valutazioni legislative per così dire *attualizzate* attraverso la tacita mitigazione di limiti edittali obsoleti)<sup>269</sup>: salva la possibile incidenza supplementa-

267. Cfr. B. Schünemann, *L'evoluzione*, cit., p. 18, nota 45; sul ruolo assegnato alla gravità del fatto dagli orientamenti neo-classici americani v., fra i molti, T. Weigend, *Richtlinien für die Strafzumessung*, in *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität Köln*, cit., p. 587 s.

268. Cfr. W. Hassemer, *op. cit.*, p. 99 s., il quale ricollega il principio di proporzionalità al dovere costituzionalmente fondato di trattare i diversi in modo diseguale, a seconda della loro diversità (con riguardo alla intensità della partecipazione interiore, ma anche ad altri elementi, fra i quali l'intensità dell'offesa al bene tutelato). Per il riferimento al suddetto principio in rapporto alla commisurazione giudiziaria della pena v. altresì, ad esempio, S. Moccia, *Sui principi*, cit., p. 1022; U. Neumann - U. Schroth, *op. cit.*, p. 46 ss.; U. Scheffler, *Grundlegung eines kriminologisch orientierten Strafrechtssystems*, Frankfurt a. M. - Bern - New York - Paris 1987, p. 79 ss. Per alcuni accenni al rilievo della proporzionalità in sede di commisurazione legislativa ed ai suoi rapporti col principio di frammentarietà v. C. Pedrazzi, *op. cit.*, p. 69.

269. Sulla *Bewertungsskala* che il giudice tende a formarsi v., ad esempio, E.-J. Lampe, *Bedingungen richtiger Strafzumessung*, in *Gedächtnisschrift für P. Noll*, cit., p. 238 (appare non poco significativo, rispetto all'ottica proporzionalistica, che l'Autore - nonostante il titolo attribuito al suo lavoro - escluda programmati-

re di considerazioni non immediatamente riferibili al fatto idonee a modificare la pena proporzionale, in un senso che dovrebbe rigorosamente restare solo quello favorevole al reo.

Se questo è vero, si impone una osservazione preliminare: ove gli spazi edittali non esprimano *alcuna* seria scelta politico-criminale - vuoi per l'epoca cui la scelta risalga, vuoi per l'improvvisazione e l'assenza di informazione criminologica con cui essa sia stata compiuta - l'*unico* criterio che presiede alla quantificazione della sanzione rimane, in effetti, quello (strutturalmente neutro) della proporzionalità: il che porta alla inevitabile conclusione secondo la quale non di rado la pena viene inflitta nella più assoluta oscurità circa la sua effettiva rispondenza a uno scopo<sup>270</sup>.

Non si tratta di un mero rilievo critico, ma della constatazione del fatto per cui una seria incidenza sulla prassi di scelte concernenti i fini della pena è legata in primo luogo alla commisurazione legislativa - con particolare riguardo, come già più volte si è affermato, alla diversificazione delle tipologie sanzionatorie - e non può essere delegata né alla sola commisurazione giudiziaria, né, tantomeno, alla sola esecuzione penale.

Ciò premesso, se la proporzionalità rilevante in sede commisurativa non potrà essere la espressione di un inesistente rapporto ontologico fra reato e pena, essa non potrà neppure identificarsi, solo che siano fissati i margini edittali, con la mera configurazione di una doppia scala di corrispondenza fra i diversi livelli di una non meglio precisata gravità *oggettiva* del reato e le diverse entità di pena: piuttosto, la proporzionalità dovrà rimanere espressione, come si accennava, del

camente di problematizzare la *«Richtigkeit des Masses für Straftat und Tatstrafe»*, e, dunque, la *«Gerechtigkeit des Ausgleichs»*: *ivi*, p. 231).

270. Sul rapporto fra ampiezza degli spazi edittali e proporzionalità cfr. E. Horn, *Kriminalpolitische Tendenzen im Strafrecht*, in AA.VV., *Neuere Tendenzen*, cit., p. 151s.

complesso dei fini perseguiti dal legislatore<sup>271</sup>.

Rispetto ad un ambito edittale ricompreso, per esempio (e per restare alla pena classica detentiva) fra sei mesi e tre anni di reclusione, la pena concreta potrà essere collocata, poniamo, al livello di un anno solo conoscendo il significato attribuibile ai limiti edittali, nonché gli elementi del reato considerati rilevanti in rapporto a quel significato, e non in base ad una sfuggente gravità *in sé* dell'atto criminoso.

Il riferimento alla proporzionalità in sede di commisurazione esige, dunque, la scelta dei parametri che siano significativi per modulare la gravità del reato in rapporto ai fini perseguiti dal legislatore<sup>272</sup>: il che rende necessaria, però, l'esplicitazione di quei fini (che sono *gli stessi* in sede di commisurazione legislativa e giudiziaria)<sup>273</sup>.

Si dirà che in questo modo si perde il vincolo garantistico rappresentato dal limite della colpevolezza: ma la realtà è che quel limite quantitativo, se lo si intende come entità autonoma da valutazioni preventive, non è mai esistito.

D'altra parte, non si vede come potrebbe giustificarsi, nella concretizzazione della pena all'interno dello spazio edittale, l'operatività di fini diversi rispetto a quelli voluti dal legislatore: e dunque, ad esempio, come potrebbe considerarsi *in sé* legittima l'inflizione della pena che tenda a soddisfare, per esigenze di stabilizzazione sociale, i bisogni retributivi, senza

271. Sulle diverse nozioni di proporzionalità, fra le quali quella di proporzionalità a uno scopo, v. F. Wieacker, *Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismässigen Rechtsanwendung*, in *Festschrift für R. Fischer*, Berlin - New York 1979, p. 867 ss.

272. Sottolinea la rilevanza dei fini della pena per la scelta dei criteri di valutazione dello *Straftat* K.-H. Gössel, *Die Strafzumessung im System des Strafrechts*, in *Festschrift für H. Tröndle*, Berlin - New York 1989, p. 364.

273. Su questa necessità v. E. Dolcini, *L'art. 133 c.p. al vaglio del movimento internazionale di riforma*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1990, p. 428: «occorre che il dibattito sui fini della pena nel momento commisurativo trovi nella legge un punto fermo».

verificare se un simile orientamento sia stato accolto dalla legge o se l'entità della pena che ne derivi non superi, per avventura, quella necessaria secondo le indicazioni normative.

Quali, dunque, i fattori di garanzia rispetto al *quantum* della pena per chi subisca una condanna?

Bisogna anzitutto considerare, anche se spesso lo si trascura, che la tutela reale del cittadino rispetto alla potestà punitiva è riconducibile, soprattutto, alla definizione di un quadro dei fini della pena che non metta in conto la desocializzazione del condannato, secondo la prospettiva più sopra tratteggiata, e che sappia imporre scelte consequenziali nella commisurazione legislativa.

Non si tratta, anche per il settore in esame, di immaginare continui contrappesi rispetto alle finalità preventive più estreme, ma di individuare una strategia preventiva che sia come tale espressione di esigenze complesse.

In secondo luogo, ed in conformità a principi largamente condivisi, l'ambito degli elementi rilevanti ai fini della commisurazione giudiziaria deve mantenersi circoscritto, in un primo momento concettuale, a fattori la cui considerazione risulti compatibile con il rispetto del principio di colpevolezza e che siano ricollegabili al fatto<sup>274</sup>.

Quel che sembra richiedersi al giudice, in questa fase, è di concretizzare, e dunque in un certo senso di ripetere, le valutazioni finalisticamente orientate operate dal legislatore: sempre però secondo i criteri omogenei prefissati dalla legge e senza alcuna considerazione di elementi estranei alla previsione normativa, specie se relativi a presunti bisogni di prevenzione generale legati al contesto specifico in cui l'illecito

274. Su questi aspetti, che costituiscono il fulcro della teoria concernente la commisurazione giudiziaria della pena, risulta fondamentale il riferimento a E. Dolcini, *La commisurazione*, cit., p. 257 ss.

si sia verificato.

Infine, deve ammettersi la valutabilità, sotto il profilo specialpreventivo, di fattori ulteriori rispetto a quelli riferibili al fatto, ma solo allo scopo di una possibile diminuzione della entità di pena individuata nel momento precedente (onde evitare che si aggravi la pena stessa in rapporto, ad esempio, a puri elementi della personalità).

Si tratta di una fase del giudizio indispensabile perché possa avere rilievo concreto l'apertura alla risocializzazione (cui è necessario uno sguardo non riduttivo sulla realtà esistenziale dell'agente); ma deve in ogni caso restar chiaro che tale fase non assorbe la rilevanza dell'aspetto risocializzativo, il quale deve rimanere codeterminante nella stessa scelta legislativa delle tipologie sanzionatorie e dei loro limiti edittali.

In questo quadro complessivo, emerge, in sintesi, come la nozione di proporzionalità non costituisca affatto, per sé, un riflesso dell'idea di compensazione retributiva.

Essa lo diventa, semmai, ove ciò che conti, al di là di qualsiasi finalità razionale, sia solo la percezione esteriore di una modulazione delle pene rapportata essenzialmente alla entità materiale del danno (e come tale corrispondente ad una drastica riduzione dei parametri soggettivi rilevanti). Ove, cioè, si intenda il richiamo alla proporzionalità come sinonimo di una marcata oggettivizzazione del giudizio, che ritenga di potersi astenere dall'indicazione degli scopi rispetto ai quali la proporzionalità stessa agisce ovvero di poterli coprire mediante il puro riferimento al giusto merito: un orientamento il quale sembra in effetti caratterizzare le diverse prospettive neo-classiche ed in particolare le tendenze alla estrema formalizzazione del *sentencing*<sup>275</sup>.

Prima di concludere, non può non rilevarsi, tuttavia, che il

275. Cfr. per una panoramica sugli indirizzi statunitensi T. Weigend, *op. ult. cit.*, p. 588 ss.; per la recente riforma delle norme sulla commisurazione giudiziale

modello di commisurazione giudiziaria cui sin qui s'è fatto riferimento corrisponde a rapporti in certo modo ideali fra legislatore e giudice penale. Ed a ciò consegue il realistico riconoscimento del fatto per cui, in presenza di indicazioni legislative indecifrabili o contraddittorie, un certo margine di autonomia, o di mediazione, della prassi può assumere talune (provvisorie) funzioni positive.

Soprattutto con riguardo a contesti legislativi che enfatizzino la soddisfazione dei bisogni di pena o la deterrenza, rimane aperto, in ogni caso, l'interrogativo di fondo se sia possibile costruire una dogmatica della commisurazione giudiziaria la quale sappia delineare, anche rispetto alla entità della sanzione, una barriera autonomamente fondata e invalicabile: al di là del riferimento di chiusura a ciò che la coscienza sociale 'rifiuti', tale barriera, infatti, non è stata fino ad oggi individuata.

Proprio in questa luce si deve d'altra parte riconoscere che alcuni dei modelli sviluppati dalla dottrina in rapporto alla commisurazione della pena, pur se non del tutto soddisfacenti sul piano teorico, hanno avuto un notevole significato sul piano del messaggio politico criminale: si pensi allo stesso concetto di colpevolezza come limite o a quello connesso di *Unterschreitung*, dovuti soprattutto alla elaborazione di Roxin<sup>276</sup>, i quali, in una determinata fase del processo di riforma del diritto penale, hanno dato espressione al diffuso con-

ria in Svezia, incentrate sul concetto di *proportionality*, v. A. von Hirsch - N. Jareborg, *Sweden's Sentencing Statute Enacted*, in *The Criminal Law Review*, 1989, p. 275 ss.; in senso critico verso le ipotesi di vera e propria *matematicizzazione* del giudizio sulla pena, previste da talune *Guidelines* americane, v., fra gli altri, F. Streng, *op. ult. cit.*, p. 317. Sulla proporzionalità fra pena e gravità della condotta criminosa come tesi centrale del 'neoclassicismo' v., ancora, A. von Hirsch - N. Jareborg, 'Neoklassizismus' in *der skandinavischen Kriminalpolitik: sein Einfluss, seine Grundprinzipien und Kriterien*, in AA.VV., *Neuere Tendenzen*, cit., p. 35 ss.

276. Cfr., per un quadro sintetico, C. Roxin, *Prävention und Strafzumessung*, in *Festschrift für H.-J. Bruns*, Berlin - New York 1978, p. 183 ss.

vincimento che le pene inflitte risultassero eccessivamente severe e che le esigenze di integrazione del condannato potessero in molti casi prevalere sul perseguimento formalistico di intenti intimidativi o retributivi.

L'auspicio è che il processo di riforma possa avere sviluppi ulteriori<sup>277</sup>: vale a dire che la riflessione sui fini possibili e sui limiti dell'intervento penale non rimanga priva di conseguenze reali.

---

277. Se in particolare si giungesse a una effettiva diversificazione delle tipologie sanzionatorie, molti sarebbero i problemi nuovi anche per la commisurazione della pena. Alcuni, peraltro, sono già andati emergendo: ad esempio, quello del coinvolgimento di figure diverse dal giudice nella decisione sulla tipologia, l'entità o la durata della pena: siano esse parti processuali (v. T. Weigend, *op. ult. cit.*, p. 582; ma anche i problemi affrontati dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 313/1990 sull'art. 444 c.p.p.), oppure figure amministrative o del volontariato (v. P.-A. Albrecht, *Prävention*, cit., p. 78 s.; ma anche il dibattito circa il ruolo degli operatori di comunità terapeutiche suscitato dalla nuova legislazione italiana sulle tossicodipendenze).

## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Strafrechtsentwicklung in Europa (2) - Landesberichte 1984/86 über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur*, a cura di A. Eser e B. Huber, Freiburg i. Br. 1988.
- Albrecht Hans-Jörg, *Die generalpräventive Effizienz von strafrechtlichen Sanktionen*, in AA.VV., *Empirische Kriminologie*, a cura di G. Kaiser, Freiburg i. Br. 1980, p. 305 ss.
- Albrecht Hans-Jörg - Dünkel Frieder - Spiess Gerhard, *Empirische Sanktionsforschung und die Begründbarkeit der Kriminalpolitik*, in «MschrKrim», 1981, p. 310 ss.
- Albrecht Peter-Alexis, *Unsicherheitszonen des Schuldstrafrechts*, in «GA», 1983, p. 193 ss.
- *Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen*, in «ZStW», 1985, p. 831 ss.
- *Prävention als problematische Zielbestimmung im Kriminaljustizsystem*, in «KritV», 1986, p. 58.
- *Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat. Entwicklungstendenzen des materiellen Strafrechts*, in «KritV», 1988, p. 182 ss.
- Amato Agata C., *Sulla teoria della prevenzione generale dei reati*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1981, p. 492 ss.
- Andenaes Johannes, *La prevenzione generale: illusione o realtà?*, in «Riv.it.dir.pen.», 1953, p. 269 ss.
- *The Moral or Educative Influence of Criminal Law*, in Id., *Punishment and Deterrence*, Ann Arbor 1974, p. 110ss.
- *General Prevention Revisited: Research and Policy Implications*, in «The Journal of Criminal Law and Criminology», 1975, p. 341 ss.
- *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e*

- dell'esecuzione della pena, in AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano e F. Stella, Bologna 1980, p. 33 ss.
- Angelini Giuseppe, *Diritto e morale. La tradizione, la teoria e i problemi presenti*, in AA.VV., *Diritto, morale e consenso sociale*, a cura di A. Caprioli e L. Vaccaro, Brescia 1989, p. 117 ss.
- Baratta Alessandro, *Integrazione-prevenzione. Una 'nuova' fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, in «Dei Delitti e delle Pene», 1984, p. 5 ss.
- *Vecchie e nuove strategie di legittimazione del diritto penale*, in «Dei Delitti e delle Pene», 1985, p. 247 ss.
- *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in «Dei Delitti e delle Pene», 1985, p. 443 ss.
- Barbero Santos Marino, *Fecundación asistida e ingeniería genética. Consideraciones jurídico-penales*, in AA.VV., *Ingeniería genética y reproducción asistida*, a cura di M. Barbero Santos, Madrid 1989, p. 305 ss.
- Baumann Jürgen, *Strafe als soziale Aufgabe*, in *Gedächtnisschrift für P. Noll*, a cura di R. Hauser, J. Rehberg, G. Stratenwerth, Zürich 1984, p. 27 ss.
- *Strafzumessung und ihre Auswirkung auf den Vollzug*, in *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, a cura di H. J. Hirsch, G. Kaiser, H. Harquardt, Berlin - New York 1986, p. 513 ss.
- Baurmann Michael, *Zweckrationalität und Strafrecht. Argumente für ein tatbezogene Massnahmenrecht*, Opladen 1987.
- Becker Gary, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in «Journal of Political Economy», 1968, p. 169 ss.
- Berlitz Claus - Guth Hans-Werner - Kaulitzki Reiner - Schumann Karl F., *Grenzen der Generalprävention. Das Beispiel Jugendkriminalität*, in «Krim. Journal», 1987, p. 13 ss.
- Bertolino Marta, *La crisi del concetto di imputabilità*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1981, p. 190 ss.
- *Profili vecchi e nuovi dell'imputabilità penale e della sua crisi*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1988, p. 202 ss.

- Beste Hubert, *Zur Rolle der sozialwissenschaften im Strafrecht - Kritische Anmerkungen zum Verhältnis von Soziologie, Strafrechtswissenschaft und Kriminalpolitik*, in «KritV», 1989, p. 149 ss.
- Bobbio Norberto, *Il dibattito attuale sulla pena di morte*, in AA.VV., *La pena di morte nel mondo. Convegno Internazionale di Bologna (28-30 ottobre 1982)*, Casale Monferrato 1983, p. 13 ss.
- Böllinger Lorenz, *Generalprävention als Sozialisationsfaktor? Zur Kritik der Dogmatisierung sozialwissenschaftlicher Begriffe*, in «Krim. Journal», 1987, p. 32 ss.
- Bricola Franco, *Rapporti tra dottrina e politica criminale*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1988, p. 3 ss.
- *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in «Indice penale», 1989, p. 313 ss.
- Bruns Hans-Jürgen, *Neues Strafzumessungsrecht? 'Reflexionen' über eine geforderte Umgestaltung*, Köln-Berlin-Bonn-München 1988.
- Burkhardt Björn, *Zur Möglichkeit einer utilitaristischen Rechtfertigung des Schuldprinzips*, in AA.VV., *Schuld und Verantwortung*, a cura di A. Eser e H. M. Baumgartner, Tübingen 1983, p. 51 ss.
- Bussmann Kai-D., *Der Mythos Strafrecht hat Konjunktur - Wirtschaftsstrafrecht und Abolitionismus*, in «KritV», 1989, p. 126.
- Cadoppi Alberto, *Il reato omissivo 'proprio'*, I-II, Padova 1988.
- Casaroli Guido, *Funzione e commisurazione della pena fra Grundgesetz e Strafrechtssystem*, in AA.VV., *L'influenza dei valori costituzionali nei sistemi giuridici contemporanei*, a cura di A. Pizzorusso e V. Varano, Milano 1985, p. 619 ss.
- Cattaneo Mario A., recensione di Helga Müller, *Der Begriff der Generalprävention* (v.), in «Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte», 1986, p. 79 ss.
- *Sulla filosofia penale di Kant e di Hegel*, in AA.VV., *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, a cura di L. Eusebi, Milano 1989, p. 117 ss.
- Christie Nils, *Abolire le pene? Il paradosso del sistema penale* (1981), trad. it. di G. Urzi, Torino 1985.
- *Überlegungen zum Konzept Verbrechen*, in «Krim. Journal», 1988, p.

D'Agostino Francesco, *Diritto e secolarizzazione*, Milano 1982.

— *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Torino 1989.

Dolcini Emilio, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova 1979.

— *La 'rieducazione del condannato' tra mito e realtà*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1979, p. 469 ss.

— *L'art. 133 c.p. al vaglio del movimento internazionale di riforma*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1990, p. 398 ss.

Dolcini Emilio - Paliero Carlo Enrico, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano 1989.

Dölling Dieter, *Rechtsgefühl und Perzeption des Strafrechts bei delinquenten und nichtdelinquenten Jugendlichen und Heranwachsenden*, in «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», Bd. x (*Das sogenannte Rechtsgefühl*), a cura di E.-J. Lampe, 1985, p. 240 ss.

— *Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion?*, in «ZStW», 1990, p. 1 ss.

Dreher Eduard, *Die Willensfreiheit. Ein zentrales Problem mit vielen Seiten*, München 1987.

Driebold Rolf, *Ein Weg zur Abschaffung der totalen Institution? Ansätze einer angemessener Reaktion auf Devianz*, in «Krim. Journal», 1986, p. 131 ss.

Ebert Udo, *Talton und Spiegelung im Strafrecht*, in *Festschrift für K. Lackner*, a cura di W. Küper, Berlin - New York 1987, p. 399 ss.

Ehrlich Isaac, *Deterrence: Evidence und Inference*, in «Yale Law Journal», 1975, p. 209 ss.

— *The Deterrent Effect of Capital Punishment: a Question of Life and Death*, in «American Economic Review», 1975, p. 397 ss.

Ellscheid Günther - Hassemer Winfried, *Strafe ohne Vorwurf?*, in AA.VV., *Seminar: Abweichendes Verhalten*, II, a cura di K. Lüderssen e F. Sack, Frankfurt a. M. 1975, p. 266 ss.

Eusebi Luciano, *La 'nuova' retribuzione. (I) Pena retributiva e teorie pre-*

*ventive - (II) L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1983, pp. 914 ss. e 1315 ss.

— *In tema di accertamento del dolo: confusioni fra dolo e colpa*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1987, p. 1060 ss.

— *La tutela penale della vita prenatale*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1988, p. 1052 ss.

— *Cristianesimo e retribuzione penale*, in AA.VV., *La funzione della pena*, cit., p. 173 ss.

Exner Franz, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, Berlin 1914.

— *La funzione di tutela e la funzione retributiva della pena* (trad. it. delle pp. 25-42 del volume *Die Theorie der Sicherungsmittel*, cit.), in AA.VV., *La funzione della pena*, cit., p. 11 ss.

Fattah Ezzat A., *Il dibattito in corso sulla pena di morte come deterrente*, in AA.VV., *La pena di morte*, cit., p. 195 ss.

Ferrajoli Luigi, *Il diritto penale minimo*, in «Dei Delitti e delle Pene», 1985, p. 494 ss.

— *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1989.

Fiandaca Giovanni, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1987, p. 836 ss.

Fiandaca Giovanni - Musco Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 1989<sup>2</sup>.

Fletcher George P., *Utilitarismus und Prinzipiendenken im Strafrecht*, in «ZStW», 1989, p. 803 ss.

Forti Gabrio, *Tra criminologia e diritto penale. Brevi note su 'cifre nere' e funzione generalpreventiva della pena*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, cit., p. 53 ss.

Frank Jürgen, *Ökonomische Modelle der Abschreckung*, in «Krim. Journal», 1987, p. 55 ss.

Frisch Wolfgang, *Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik. Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von H.-J. Bruns e F. Pallin*, in «ZStW», 1987, pp. 349 ss. e 751 ss.

— *Über die 'Bewertungsrichtung' von Strafzumessungstatsachen. Ein Bei-*

- trag zur Problematik komparativen Aussagen im Strafrecht, in «GA», 1989, p. 338 ss.
- Frister Helmut, *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtstrafe und Unschuldvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*, Berlin 1988.
- Frommel Monika, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion*, Berlin 1987.
- Gemelli Agostino, *Il progetto preliminare di un nuovo codice penale dal punto di vista della psicologia e della antropologia criminale*, in AA.VV., *Osservazioni intorno al Progetto preliminare di un nuovo Codice Penale*, Milano 1927, p. 3 ss.
- *La concezione dinamica della personalità nello studio dei delinquenti*, in «Riv.it.dir.pen.», 1951, p. 8 ss.
- Giehring Heinz, *Sozialwissenschaftliche Forschung zur Generalprävention und normative Begründung des Strafrechts*, in «Krim. Journal», 1987, p. 2 ss.
- Gössel Karl Heinz, *Die Strafzumessung im System des Strafrechts*, in *Festschrift für H. Tröndle*, a cura di H.-H. Jescheck e T. Vogler, Berlin - New York 1989, p. 357 ss.
- Griffel Anton, *Prävention und Schuldstrafe. Zum Problem der Willensfreiheit*, in «ZStW», 1986, p. 28 ss.
- *Widersprüche um die Schuldstrafe. Willensfreiheit und Recht*, in «GA», 1989, p. 193 ss.
- Günther Hans-Ludwig, *Die Genese eines Straftatbestandes. Eine Einführung in die Fragen der Strafgesetzgebungslehre*, in «JuS», 1978, p. 8 ss.
- Haferkamp Hans, *Herrschaftsverlust und Sanktionsverzicht. Kritische Bemerkungen zur Theorie des starken Staates, der neuen sozialen Kontrolle und des ideellen Abolitionismus*, in «Krim. Journal», 1984, p. 112 ss.
- Haffke Bernhard, *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine strafrechtstheoretische Untersuchung*, Aarau 1976.
- *Über den Widerspruch von Therapie und Herrschaft exemplifiziert an grundlegenden Bestimmungen des neuen Strafvollzugsgesetzes*, in «ZStW», 1976, p. 607 ss.
- *Hat emanzipierende sozialtherapie eine Chance?*, in AA.VV., *Seminar:*

- Abweichendes Verhalten*, cit., III, 1977, p. 291 ss.
- *Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie*, in AA.VV., *Kriminologie im Strafprozess*, a cura di H. Jäger, Frankfurt a. M. 1980, p. 133 ss.
- Hart Herbert L.A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford 1968.
- Hassemer Winfried, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, in AA.VV., *Teoria e prassi*, cit., 125 ss.
- *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München 1981.
- *Alternativen zum Schuldprinzip?*, in AA.VV., *Schuld und Verantwortung*, cit., p. 89 ss.
- *La prevenzione nel diritto penale*, in «Dei Delitti e delle Pene», 1986, p. 417 ss.
- Henkel Heinrich, *Die richtige Strafe*, Tübingen 1969.
- Herzog Felix, *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts*, Frankfurt a. M. - Bern - New York 1987.
- von Hirsch Andrew, *Guiding Principles for Sentencing: The Proposed Swedish Law*, in «The Criminal Law Review», 1987, p. 746 ss.
- von Hirsch Andrew - Jareborg Nils, *Neoklassizismus in der skandinavischen Kriminalpolitik: sein Einfluss, seine Grundprinzipien und Kriterien*, in AA.VV., *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik. Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtskolloquium*, a cura di A. Eser e K. Cornils, Freiburg i. Br. 1987, p. 35 ss.
- *Sweden's Sentencing Statute Enacted*, in «The Criminal Law Review», 1989, p. 275 ss.
- Horn Eckhard, *Kriminalpolitische Tendenzen im Strafrecht*, in AA.VV., *Neuere Tendenzen*, cit., p. 147 ss.
- Hulsman Louk (intervista a), *Abolire il sistema penale?*, in «Dei Delitti e delle Pene», 1983, p. 71 ss.
- Hulsman Louk - Bernat de Celis Jacqueline, *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris 1982.
- Jäger Herbert, *Subjektive Verbrechensmerkmale als Gegenstand psychologischer Wahrheitsfindung*, in «MschrKrim», 1978, p. 279 ss.
- Jakobs Günther, *Schuld und Prävention*, Tübingen 1976.

- *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin - New York 1983.
- *La funzione del dolo, della colpa e della colpevolezza nel diritto penale*, in AA.VV., *Studi sulla colpevolezza*, a cura di L. Mazza, Torino 1990, p. 15 ss.
- Jescheck Hans-Heinrich, *Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht*, in *ZStW*, 1986, p. 1 ss.
- Kaiser Günther, *Abolitionismus - Alternative zum Strafrecht? Was lässt der Abolitionismus von Strafrecht übrig?*, in *Festschrift für K. Lackner*, cit., p. 1027 ss.
- Kargl Walter, *Kritik des Schuldprinzips. Eine rechtssoziologische Studie zum Strafrecht*, Frankfurt a. M. - New York 1982.
- Karstedt-Henke Susanne, *Die Stützung von strafrechtlichen Normen und Sanktionen durch das Rechtsgefühl. Ein kognitionszentriertes Ansatz*, in *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. x (*Das sogenannte Rechtsgefühl*), cit., p. 66 ss.
- *Die Einschätzung der generalpräventiven Faktoren und ihrer Wirksamkeit durch die Bevölkerung. Ergebnis einer empirischen Untersuchung*, in *Krim. Journal*, 1987, p. 66 ss.
- Kaufmann Armin, *Die Aufgabe des Strafrechts*, Opladen 1983.
- Kaufmann Arthur, *Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht*, in *Juristenzeitung*, 1967, p. 553 ss.
- *Schuld und Prävention*, in *Festschrift für R. Wassermann*, a cura di C. Broda, E. Deutsch, H.-L. Schreiber, H.J. Vogel, Neuwied-Darmstadt 1985, p. 889 ss.
- *Über die gerechte Strafe. Ein Rechtsphilosophischer Essay*, in *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, cit., p. 425 ss.
- *Unzeitgemässe Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht*, in *Jura*, 1986, p. 225 ss.
- *Humangenetik und Fortpflanzungstechnologien aus rechtlicher, insbesondere strafrechtlicher Sicht*, in *Festschrift für D. Oehler*, a cura di R. D. Herzberg, Köln-Berlin-Bonn-München 1985, p. 649 ss.
- Killias Martin, *Muss Strafe sein? Überlegungen zur Funktion von Sanktionen aus sozialpsychologischer Sicht*, in *SchwZStr*, 1980, p. 31 ss.
- *Zur Bedeutung von Rechtsgefühl und Sanktionen für die Konformität*

- des Verhaltens gegenüber neuen Normen. Das Beispiel der Gurtanlegepflicht*, in *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. x, 1985, cit., p. 257 ss.
- Kindhäuser Urs, *Personalität, Schuld und Vergeltung*, in *GA*, 1989, p. 493 ss.
- Klug Ulrich, *Die zentrale Bedeutung des Schutzgedankens für den Zweck der Strafe*, Berlin 1938.
- *Il commiato da Kant e da Hegel* (trad. it. del testo tedesco dal titolo *Abschied von Kant und Hegel*, in AA.VV., *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, a cura di J. Baumann, Frankfurt a. M. - Hamburg 1968, p. 36 ss.), in AA.VV., *La funzione della pena*, cit., p. 3 ss.
- Köberer Wolfgang, *Lässt sich Generalprävention messen? Zur neueren Diskussion der abschreckenden Wirkung von Strafe - am Beispiel der Todesstrafe in den USA*, in *MschKrim*, 1982, p. 200 ss.
- *Strafbedürfnis, Generalprävention und subjektive Verbrechensmerkmale*, in *Krim. Journal*, 1983, p. 184 ss.
- Koch Herbert, *Jenseits der Strafe. Überlegungen zur Kriminalitätsbewältigung*, Tübingen 1988.
- Köhler Michael, *Der Begriff der Strafe*, Heidelberg 1986.
- *Strafbegründung im konkreten Rechtsverhältnis. Die Aufhebung der abstrakten Straftheorie am Leitfaden der hegelschen Rechtsphilosophie*, in *Festschrift für K. Lackner*, cit., p. 11 ss.
- Krauss Detlev, *Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozess*, in *Festschrift für F. Schaffstein*, a cura di G. Grünwald - O. Mieke - H.-J. Rudolphi, Göttingen 1975, p. 411 ss.
- Kunz Karl-Ludwig, *Prävention und gerechte Zurechnung*, in *ZStW*, 1986, p. 823 ss.
- Lampe Ernst-Joachim, *Bedingungen richtiger Strafzumessung*, in *Gedächtnisschrift für P. Noll*, cit., p. 231 ss.
- *Verantwortung und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, in *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. XIV (*Verantwortlichkeit und Recht*), 1989, a cura di E.-J. Lampe, p. 286 ss.
- Lüderssen Klaus, *La funzione di prevenzione generale nel sistema penale*, in AA.VV., *Teoria e prassi*, cit., p. 108 ss.

- *Rehabilitationshilfe für entlassene Strafgefangene. Neue Forschungsansätze und universitäre Arbeitsfelder*, in *Festschrift für R. Wassermann*, cit., p. 927 ss.
- *Neuere Tendenzen der deutschen Kriminalpolitik*, in AA.VV., *Neuere Tendenzen*, cit. p. 161 ss.
- *Die Steuerungsfunktion des Gesetzes*, in AA.VV., *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, a cura di D. Grimm e W. Maihofer, Opladen 1988, p. 151 ss.
- Luzón Diego-Manuel, *Generalprävention, Gesellschaft und Psychoanalyse*, in «GA», 1984, p. 393 ss.
- Maiwald Manfred, *Die Verteidigung der Rechtsordnung - Analyse eines Begriffs*, in «GA», 1983, p. 49 ss.
- *Gedanken zu einem sozialen Schuldbegriff*, in *Festschrift für K. Lackner*, cit., p. 147 ss.
- Mantovani Ferrando, *Diritto penale*, Padova 1988<sup>2</sup>.
- Marinucci Giorgio, *L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci e E. Dolcini, Milano 1985, p. 327 ss.
- Mathieu Vittorio, *Perché punire? Il collasso della giustizia penale*, Milano 1978.
- Militello Vincenzo, *La prevenzione dei reati*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, a cura di F. Ferracuti, V, Milano 1987, p. 173 ss.
- *L'evoluzione del diritto penale in Europa: 1984-1986 (a proposito di una recente ricerca del Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht)*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1989, p. 223 ss.
- Moccia Sergio, *Contributo ad uno studio sulla teoria penale di G.W.F. Hegel*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1984, p. 131 ss.
- *Politica criminale e riforma del sistema penale. L'Alternativ Entwurf e l'esempio della Repubblica federale tedesca*, Napoli 1984.
- *Principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1989, p. 1006 ss.
- Monaco Lucio, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli 1984.

- Morselli Elio, *La prevenzione generale integratrice nella moderna prospettiva retribuzionistica*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1988, p. 48 ss.
- Mosconi Giuseppe, *Riferimenti per un'alternativa reale al carcere*, in «Dei Delitti e delle Pene», 1986, p. 279 ss.
- Müller Helga, *Der Begriff der Generalprävention im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a. M. - Bern - New York 1984.
- Müller-Dietz Heinz, *Integrationsprävention und Strafrecht. Zum positiven Aspekt der Generalprävention*, in *Festschrift für H.-H. Jescheck*, a cura di T. Vogler, Berlin 1985, p. 813 ss.
- *Rechtsgefühl, Schuldgefühl, Vergeltungs- und Sühnebedürfnis*, in «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», Bd. x, 1985, cit., p. 37 ss.
- Naegeli Eduard, *Il male e il diritto penale* (trad. it. delle pp. 7-68 del volume *Das Böse und das Strafrecht*, München 1966), in AA.VV., *La funzione della pena*, cit., p. 57 ss.
- Naucke Wolfgang, *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882*, in «ZStW», 1982, p. 525 ss.
- Neumann Ulfrid, *Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit*, in «ZStW», 1987, p. 567 ss.
- Neumann Ulfrid - Schroth Ulrich, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Darmstadt 1980.
- Otto Hans-Jochen, *Generalprävention und externe Verhaltenskontrolle. Wandel vom soziologischen zum ökonomischen Paradigma in der nordamerikanischen Kriminologie*, Freiburg i. Br. 1982.
- Otto Harro, *Über den Zusammenhang von Schuld und menschlicher Würde*, in «GA», 1981, p. 481 ss.
- Padovani Tullio, *Note sulla crisi del modello penale illuministico e la funzione 'promozionale' del diritto penale*, in «La difesa penale», 1985, suppl. al n. 9, p. 47 ss.
- *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti fra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1987, p. 798 ss.
- *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1989, p. 916 ss.

- Pagliari Antonio, *Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1981, p. 447 ss.
- *Verifica empirica dell'effetto di prevenzione generale*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1986, p. 353 ss.
- *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano 1987<sup>3</sup>.
- *Riflessi del nuovo processo sul diritto penale sostanziale*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1990, p. 36 ss.
- Paliero Carlo Enrico, *«Minima non curat praetor» - Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova 1985.
- *Il principio di effettività nel diritto penale*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1990, p. 430 ss.
- Pavarini Massimo, *La pena utile, la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo*, in «Rassegna penitenziaria e criminologica», 1983, p. 1 ss.
- *La crisi della prevenzione speciale fra istanze garantiste e ideologie neoliberaliste*, in AA.VV., *Quali garanzie*, a cura di G. Cotturri e M. Ramat, Bari 1983, p. 279 ss.
- *Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo*, in «Dei Delitti e delle Pene», 1985, p. 525 ss.
- Pedrazzi Cesare, voce *Diritto penale*, in *Digesto (disc. pen.)*, IV, Torino 1990, p. 64 ss.
- Piffer Guido, *L'efficacia generalpreventiva della pena di morte*, in «Jus», 1981, p. 361 ss.
- Plack Arno, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, München 1974.
- Primoratz Igor, *Banquos Geist. Hegels Theorie der Strafe*, Bonn 1986.
- Pulitano Domenico, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1983, p. 484 ss.
- *Politica criminale*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, cit., p. 3 ss.
- Radbruch Gustav, *Rechtsphilosophie*, Leipzig 1932<sup>3</sup>.
- Rawls John, *Una teoria della giustizia* (1971), trad. it. a cura di S. Maffettone, Milano 1982.

- Robert Philippe, *Gli effetti della pena per la società*, in «Dei Delitti e delle Pene», 1984, p. 489 ss.
- Romano Mario, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in AA.VV., *Teoria e prassi*, cit., p. 151 ss.
- *Legislazione penale e consenso sociale*, in «Jus», 1985, p. 413 ss.
- *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano 1987.
- *Legislazione penale e tutela della persona umana*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1989, p. 66 ss.
- Romano Mario - Stella Federico, *Aborto e legge penale*, Milano 1975.
- Roxin Claus, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in Id., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin - New York 1973, p. 1 ss.
- *Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke*, in «SchwZStr», 1977, p. 463 ss.
- *Prävention und Strafzumessung*, in *Festschrift für H.-J. Bruns*, a cura di W. Frisch e W. Schmid, Berlin - New York 1978, p. 183 ss.
- *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, in *Festschrift für P. Bockelmann*, a cura di Arth. Kaufmann, G. Bemann, D. Krauss, München 1979, p. 279 ss.
- *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1984, p. 16 ss.
- *Risarcimento del danno e fini della pena*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1987, p. 3 ss.
- *Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?*, in «SchwZStr», 1987, p. 356 ss.
- Rudolphi Hans-Joachim, *Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen*, in AA.VV., *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, a cura di B. Schünemann, Berlin - New York 1984, p. 69 ss.
- Savelsberg Joachim J., *Materialisierung des Strafrechts: Funktionen, Folgeprobleme und Perspektiven*, in «Zeitschrift für Rechtssoziologie», 1989, p. 1 ss.
- Schäfer Gerhard, *Zur Individualisierung der Strafzumessung*, in *Festschrift für H. Tröndle*, a cura di H.-H. Jescheck e T. Vogler, Berlin -

- New York 1989, p. 395 ss.
- Scheerer Sebastian, *L'abolizionismo nella criminologia contemporanea*, in «Dei Delitti e delle Pene», 1983, p. 525 ss.
- Scheffler Uwe, *Kriminologisches Kritik des Schuldstrafrechts*, Frankfurt a. M. - Bern - New York 1985.
- *Grundlegung eines kriminologisch orientierten Strafrechtssystems*, Frankfurt a. M. - Bern - New York - Paris 1987.
- Schöch Heinz, *Empirischen Grundlagen der Generalprävention*, in *Festschrift für H.-H. Jescheck*, cit., p. 1081 ss.
- *Zur Wirksamkeit der Generalprävention*, in AA.VV., *Der Sachverständige im Strafrecht - Kriminalitätsverhütung*, a cura di C. Frank e G. Harrer, Berlin - Heidelberg - New York (ecc.) 1990, p. 95 ss.
- Schreiber Hans-Ludwig, *Was heisst heute strafrechtliche Schuld und wie kann der Psychiater bei ihrer Feststellung mitwirken*, in «Der Nervenarzt», 1977, p. 242 ss.
- *Vor dem Ende des Schuldstrafrechts?*, in AA.VV., *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, a cura di U. Immenga, Göttingen 1980, p. 280 ss.
- Schultz Hans, *Krise der Kriminalpolitik?*, in *Festschrift für H.-H. Jescheck*, cit., p. 791 ss.
- Schumann Karl F., *Labeling approach und Abolitionismus*, in «Krim. Journal», 1985, p. 19 ss.
- *Positive Generalprävention. Ergebnisse und Chancen der Forschung*, Heidelberg 1989.
- Schünemann Bernd, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, in AA.VV., *Grundfragen*, cit., p. 1 ss.
- *Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionstrafrecht*, in AA.VV., *Grundfragen*, cit., p. 153 ss.
- *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars - 2. Teil: Schuld und Kriminalpolitik*, in «GA», 1986, p. 293 ss.
- *Plädoyer für eine Theorie der Strafzumessung*, in AA.VV., *Neuere Tendenzen*, cit., p. 209 ss.

- *L'evoluzione della teoria della colpevolezza nella Repubblica federale tedesca*, in «Riv.it.dir.proc.pen.», 1990, p. 3 ss.
- Schwind Hans-Dieter, *Über Poenologie aus kriminologischer Sicht*, in *Festschrift für R. Wassermann*, cit., p. 1021 ss.
- Seelmann Kurt, *Hegels Straftheorie in seinen 'Grundlinien der Philosophie des Rechts'*, in «JuS», 1979, p. 687 ss.
- Sellin Thorsten, *L'effet intimidant de la peine (étude de sociologie criminelle)*, in «Revue de science criminelle et de droit pénal comparé», 1960, p. 579 ss.
- *The Penalty of Death*, Beverly Hills 1980;
- (a cura di) *Capital Punishment*, New York 1967.
- Sharon Byrd B., *Kant's Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution*, in «Law and Philosophy», 1989, p. 151 ss.
- Smaus Gerlinda, *Le legittimazioni tecnocratiche del diritto penale: fuga in avanti della prevenzione generale*, in «Dei Delitti e delle Pene», 1985, p. 93 ss.
- *Modelli di società nel movimento abolizionista*, in «Dei Delitti e delle Pene», 1985, p. 569 ss.
- Steinert Heinz, *Was ist eigentlich aus der 'Neuen Kriminologie' geworden? Einige Thesen, um die Suche zu orientieren*, in «Krim. Journal», 1984, p. 86 ss.
- Stella Federico, *Il problema della prevenzione della criminalità*, in AA.VV., *Teoria e prassi*, cit., p. 13 ss.
- *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, ristampa integrata con il saggio *La nozione penalmente rilevante di causa*, Milano 1990.
- Stratenwerth Günter, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Heidelberg-Karlsruhe 1977.
- Streng Franz, *Schuld, Vergeltung, Generalprävention*, in «ZStW», 1980, p. 637 ss.
- *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit*, Heidelberg 1984.
- *Tiefenpsychologie und Generalprävention - Ein Diskussionsbeitrag*, in «Krim. Journal», 1987, p. 48 ss.

- *Schuld ohne Freiheit? Die funktionale Schuld begriff an dem Prüfstand*, in *•ZStW•*, 1989, p. 273 ss.
- Tiemeyer Jürgen, *Grundlagenprobleme des normativen Schuld begriffs*, in *•GA•*, 1986, p. 203 ss.
- *Zur Möglichkeit eines erfahrungswissenschaftlich gesicherten Schuld begriffs*, in *•ZStW•*, 1988, p. 527 ss.
- von Trotha Trutz, *'Limits to Pain'. Diskussionsbeitrag zu einer Abhandlung von Nils Christie*, in *•Krim. Journal•*, 1983, p. 34 ss.
- *Distanz und Nähe. Über Politik, Recht und Gesellschaft zwischen Selbsthilfe und Monopol*, Tübingen 1986.
- Walter Michael, *Die Bestimmung der Tatschuld und Bemessung der Strafe nach der vom Täter entwickelten 'kriminellen Energie'*, in *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, cit., p. 493 ss.
- *Über Alternativen zum Strafrecht*, in *Festschrift der rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität Köln*, Köln-Berlin-Bonn-München 1988, p. 493 ss.
- Vanberg Viktor, *Verbrechen, Strafe und Abschreckung*, Tübingen 1982.
- Voss Michael, *Verwahrloosung - Behandlungsvollzug. Der strafrechtliche Gebrauch der Freiheitsstrafe im Zuge ihrer veränderten Ansprüche. Zugleich eine Kritik der Kurzstrafenkritik*, in AA.VV., *Behandlungsvollzug - Evolutionäre oder historische Sackgasse? Problem Strafhaft - Alternativen Sanktionen*, a cura di U.O. Sievering, Frankfurt a M. 1987, p. 224 ss.
- Vassalli Giuliano, voce *Colpevolezza*, in *Enciclopedia Giuridica*, VI, Roma 1988.
- Weigend Thomas, *'Neoklassizismus' - Ein transatlantisches Missverständnis. Gedanken anlässlich eines internationalen Kolloquiums über 'Neue Tendenzen der Kriminalpolitik'*, in *•ZStW•*, 1982, p. 801 ss.
- *Richtlinien für die Strafzumessung*, in *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität Köln*, cit., p. 579 ss.
- Wieacker Franz, *Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismässigen Rechtsanwendung*, in *Festschrift für R. Fischer*, a cura di M. Lutter, W. Stimpel, H. Wiedermann, Berlin - New York 1979, p. 867 ss.
- Wiesnet Eugen, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto fra cristianesimo e pena* (1980), trad. it. a cura di L. Eusebi, Milano 1987.
- Wolff Ernst Amadeus, *Das neue Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für die Antwort auf Kriminalität*, in *•ZStW•*, 1985, p. 786 ss.
- Zanchetti Mario, commento alla legge 22 maggio 1978, n. 194, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di A. Crespi, F. Stella, G. Zucalà, 2<sup>a</sup> ed., Padova, in corso di pubblicazione.
- Zanuso Francesca, *Utopia e utilità. Saggio sul pensiero filosofico-giuridico di Jeremy Bentham*, Padova 1989.
- Zipf Heinz, *Mögliche Auswirkungen des Neoklassizismus auf die deutsche und österreichische Kriminalpolitik*, in AA.VV., *Neuere Tendenzen*, cit., p. 141 ss.
- Zippelius Reinhold, *Varianten und Gründe rechtlichen Verantwortlichkeit*, in *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. XIV, cit., p. 257 ss.

## INDICE

Premessa	7
Abbreviazioni	9
I La funzione della pena tra eredità retributiva e incertezza preventiva	11
II La non dimostrata efficacia intimidativa della prevenzione generale e la valorizzazione delle componenti 'positive'	19
III L'inaccettabilità della funzione stabilizzatrice fondata sulla soddisfazione (retributiva) dei bisogni di pena	33
IV La funzione di indirizzo comportamentale fondata sul precetto	47
V Il rapporto fra componenti 'positive' e principio di sussidiarietà	57
VI La 'nostalgia' di Kant e di Hegel e l'irriducibilità del problema penale a una questione di giustizia distributiva	67
VII L'improspettabile legittimazione specialpreventiva dello <i>status quo</i> : i profili superati del ricorso alla finalità rieducativa	83
VIII La rinuncia 'sospetta' agli aspetti di persistente fecondità critica dell'idea di risocializzazione	95
IX Le aporie delle ipotesi abolizioniste	105
X Il carcere come <i>extrema ratio</i> e la diversificazione delle tipologie sanzionatorie: una via percorribile?	115

XI	Funzione della pena e funzione limitativa della colpevolezza . . . . .	127
XII	Esiste la 'pena adeguata alla colpevolezza'? . . . .	145
	Bibliografia . . . . .	157

Il volume propone una panoramica, alla luce del recente dibattito internazionale, sugli aspetti problematici delle diverse finalità attribuite alla pena, cercando di verificare la praticabilità di queste ultime onde offrire materiali per una risposta all'interrogativo circa il ruolo possibile del diritto penale.

In particolare vengono analizzati i problemi della funzione motivazionale ricollegabile in termini di *prevenzione generale* alla norma incriminatrice; del significato che è in grado di assumere l'orientamento alla *risocializzazione*; della centralità fino ad oggi assegnata al *carcere*; della funzione limitatrice rispetto alla potestà punitiva che può rivestire la categoria della *colpevolezza*.

Proprio tenendo conto delle manifestazioni criminose più gravi appare indispensabile, d'altra parte, domandarsi se abbia un senso (se sia razionalmente e moralmente accettabile) il ritirarsi, sempre a poco prezzo disponibile, nella simbologia appagante e deresponsabilizzante della pena retributiva o se possa attendersi di più da un diritto penale che cerchi di fare la sua parte per consolidare, o recuperare, l'adesione ai principi fondamentali della convivenza civile e per scardinare i vincoli di appartenenza criminale.

Guardare con franchezza ai dati disponibili sui fini che possono essere effettivamente perseguiti dall'ordinamento penale, e dunque problematizzare il significato della pena e l'articolazione stessa del sistema sanzionatorio, lungi dal minimizzare la serietà della questione criminale, significa porsi nell'ottica di una strategia preventiva razionale e non puramente simbolica, vale a dire in quella di un incremento della sua efficienza *reale*.

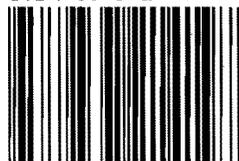
LUCIANO EUSEBI è ricercatore confermato di Diritto penale nella Facoltà di Giurisprudenza della Università Cattolica di Milano.

Ha pubblicato vari saggi, attinenti soprattutto alla teoria della pena e ai riflessi penalistici di alcune problematiche fondamentali della bioetica. Ha curato una raccolta di testi classici del diritto penale dal titolo *La funzione della pena: il comitato da Kant e da Hegel*, Giuffrè, Milano 1989 e la traduzione italiana del volume di E. Wiesner, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita*, Giuffrè, Milano 1987.



L. 20.000

ISBN 88-372-1419-7



9 788837 214197