

LA RIFORMA DEL SISTEMA SANZIONATORIO PENALE: UNA PRIORITÀ ELUSA? (*)

SUL RAPPORTO FRA RIFORMA PENALE E RIFONDAZIONE DELLA POLITICA CRIMINALE

di LUCIANO EUSEBI

(Straordinario di Diritto penale nell'Università Cattolica del Sacro Cuore, Piacenza)

SOMMARIO: 0. Una premessa storica. – 1. Riforma penale *senza* politica criminale? – 2. Le aporie della logica imperniata sulla pena principale detentiva. – 3. Sull'inadeguatezza della nozione corrente di giustizia penale (e sull'insufficienza dell'approccio meramente riduzionista). – 4. La *non omogeneità* delle tipologie di reato e il fatto nuovo dell'emergere di *sottosistemi* penali. – 4.1. Il nodo costituito dalla tutela anticipata. – 4.2. L'irrazionalità dell'attuale modello colposo. – 4.3. Il rilievo da attribuirsi all'*autore*. – 5. Quale modello di prevenzione, per quale politica criminale? – 5.1. La necessità di riconsiderare il paradigma preventivo tradizionale. – 5.2. Prevenzione-*forza* o prevenzione-*consenso*? – 5.3. Alcune precisazioni sulle c.d. componenti *positive* e sul ruolo del processo. – 5.4. – Sistema sanzionatorio ed *extrema ratio*. – 6. Appunti per una serie di conseguenze possibili.

0. Resta interessante un testo di poco posteriore al 1530, tratto dai *Ricordi* di Francesco Guicciardini: “È tanto fragile la natura degli uomini e sì spesse nel mondo le occasioni che invitano al male, che gli uomini si lasciano facilmente deviare dal bene. E però e' savi legislatori trovarono e' premi e le pene; e non fu altro che con la speranza e col timore volere tenere fermi gli uomini nella loro inclinazione naturale” (II, 134). Del resto, secondo il medesimo Autore, “non procede sempre el vendicarsi da odio o da mala natura, ma è talvolta necessario perché con questo esempio gli altri imparino a non ti offendere” (II, 74) ⁽¹⁾.

Quasi nulla è cambiato nei secoli rispetto al modello penalistico in tal modo proposto: *prevenzione mediante retribuzione*.

1. Che nei confronti dell'avvenuto realizzarsi di un reato, almeno in via ordinaria, non si debba rimanere inerti costituisce un'ipotesi di lavoro provvista, senza dubbio, di alta plausibilità: sostenere il contrario avallerebbe, verosimilmente, il proporsi dell'agire secondo logiche antisociali ⁽²⁾ come modello comportamentale *in concreto praticabile* (o, se del caso, *reiterabile*), anche per la connessa *non opposizione* verso l'attitudine propria della maggior parte fra le condotte illecite a produrre vantaggi. Che il da farsi vada pertanto concepito nel solco di una qualche razionalità preventiva è, a sua volta, un'idea ormai abbastanza radicata, non disgiunta – se si dà credito alle norme programmatiche ufficiali – dall'intento di utilizzare mezzi rispettosi della dignità umana, i quali nell'ordinamento italiano *dovrebbero* risultare orientati, per scelta costituzionale, a esiti rieducativi. Tuttavia, *che cosa* davvero *abbia senso fare* quando un illecito penalmente significativo sia stato compiuto non è affatto chiaro.

Su questo problema, peraltro, si riflette poco: perfino nel momento in cui si pone finalmente mano alla riforma del codice penale, cioè a un'opera di riorganizzazione delle regole *sostanziali* di

* Il testo rielabora le relazioni svolte alla Conferenza nazionale sul *Progetto preliminare di riforma del codice penale*, ISISC, Siracusa, 3-5 novembre 2000, e al convegno *Verso una giustizia penale “conciliativa”: il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Trento, 25-26 maggio 2001.

¹ Cfr. F. GUICCIARDINI, *Ricordi*, ed. a cura di E. Janni, Milano, 1951, pp. 101 e 87.

² Presupposto un contesto di formazione democratico-costituzionale del diritto e a prescindere, comunque, dalla problematica della resistenza verso il diritto *ingiusto*.

risposta al reato destinata a incidere nel lungo periodo, la discussione circa le modalità adeguate onde affrontare nel suo complesso il fenomeno criminale non pare, in effetti, accendersi; col rischio che l'impresa della riforma resti improntata a una mentalità *processualistica*, cioè intesa – essenzialmente – a far sì che l'apparato penale manifesti determinati standard di efficienza operativa, secondo contenuti socialmente accettati (seppur scarsamente argomentati in termini razionali) e con il contrappeso di norme applicative *garantistiche*, le quali fungono da presidio liberale ma pure, non lo si dimentichi, da elemento di *legittimazione* delle pene inflitte.

Si finisce, in questo senso, per confondere l'effettività applicativa delle sanzioni – il fatto che il sistema *giri*: fatto la cui percezione, peraltro, viene in pratica riferita ai soli ambiti *più scontati* della criminalità comune – con l'effettività preventiva del diritto penale verso la criminalità nel suo complesso, vale a dire nella sua consistenza *reale*. Ma al maggior rigore applicativo delle pene principali classiche può ben corrispondere una non diminuzione, o perfino un aumento, dei tassi di criminalità e della stessa *cifra oscura*, nel qual caso ci si troverebbe di fronte a una reiterata utilizzazione *simbolica* degli strumenti penali.

Il *contenuto* della risposta penale agli accadimenti criminosi, quasi si trattasse di un'ovvietà nemmeno degna d'essere approfondita, è ravvisato pressoché senza eccezione, *ab immemorabile*, in un *qualcosa di negativo* che dovrebbe *patire* il loro autore, dunque in una *sofferenza* o, sinteticamente, in un *male*. Si noti: non viene in gioco la presa d'atto della circostanza assai verosimile che la risposta – quale essa sia – nei confronti del reato, autonomamente costruita secondo motivazioni sostenibili dal punto di vista razionale ed etico, comporti un percorso *impegnativo*, non privo di oneri (se si vuole, un percorso *sofferto*), per chi abbia violato la legge; piuttosto, è proprio dal mero minacciare e applicare un *male* che vengono attesi (in termini di deterrenza, neutralizzazione, o quant'altro) effetti preventivi. Ciò su cui in effetti si confida – nulla avvertendovi di contraddittorio – è che il vetusto meccanismo consistente nella *ritorsione del male* possa essere in grado di produrre *il bene*.

Appare dunque logico che, in quest'ottica, la disputa sul contenuto delle strategie sanzionatorie penali e soprattutto sulla loro congruità politico-criminale abbia avuto, fino a oggi, assai poco spazio: la politica criminale si è per gran parte risolta nella politica penale e quest'ultima si è identificata, in pratica, nel continuo aggiustamento dei modi attraverso i quali l'unica idea portante in tema di risposta ai reati, la *ritorsione del male*, è andata materializzandosi nelle diverse epoche storiche; non senza il parallelo persistere del convincimento inespresso secondo cui la migliore prevenzione possibile rimarrebbe pur sempre quella che giunga a massimizzare il *malum poenae* in quanto *causa efficiente* dei supposti esiti preventivi, assunto dal quale deriva, per converso, che ogni elemento di mitigazione del sistema sanzionatorio penale si fonderebbe su considerazioni per sé *estrane* al finalismo punitivo, così da configurarsi, in rapporto al medesimo, sempre revocabile.

Di conseguenza la problematica della pena ha sin qui costituito oggetto più di analisi sociologica (riferita ai significati reconditi e alle interazioni culturali di una prassi intesa come immutabilmente legata, nella sua dinamica intrinseca, al modello della c.d. giustizia commutativa), che non di concreta attività progettuale. Il che ha dato luogo ai ben noti equivoci circa la riferibilità di molti studi concernenti i meccanismi punitivi – si considerino, per esempio, quelli classici di *Émile Durkheim* ⁽³⁾ – alla sfera dell'indagine fenomenologica sull'*essere* o a quella della definizione, ad opera dei loro autori, di un condiviso *dover essere*: fino al tentativo esplicitamente condotto dalle correnti neo-retribuzioniste di mettere in campo l'intero arsenale del pensiero socio-psicologico moderno per legittimare le modalità sanzionatorie esistenti.

Nel medesimo tempo i contributi *dottrinali* sulla *funzione della pena* si sono in larga misura configurati, al di là delle apparenze, più come disquisizioni *a posteriori* sulle modalità – assolute o riferite a uno *scopo* – attraverso le quali giustificare il punire, che non come fonti propositive di modelli fra loro concorrenziali della risposta al reato. Tanto è vero che la stessa idea di

³ Cfr., per una sintesi significativa del suo pensiero in merito alla problematica qui considerata, E. DURKHEIM, *Breviario di sociologia*, trad. it. di J. L. Morino, Roma, 1971, pp. 89 ss. e 116 ss.

rieducazione, per sé la *meno omogenea* rispetto allo schema del contrappasso, è stata ampiamente utilizzata – e non solo in epoca remota – secondo modalità tutt’altro che alternative rispetto alle tipologie sanzionatorie consolidate.

In realtà, la configurazione ordinaria del punire – lungi dal manifestarsi efficiente per sua stessa indole dal punto di vista preventivo – comporta che la strategia di risposta ai reati assuma non poche caratteristiche le quali si pongono palesemente in antitesi rispetto a una serie di esigenze significative, già *prima facie*, per una valida politica criminale: conseguenza ancor più rilevante in un sistema come quello italiano nel cui ambito il catalogo delle pene principali si riduce, in pratica, a un’unica modalità sanzionatoria – la detenzione – utilizzata per le forme più svariate di illecito.

2. In proposito, può essere utile soffermarsi su alcuni nodi problematici principali ⁽⁴⁾:

a) Il sussistere di un modello egemone molto semplice, e assai poco differenziato nelle sue forme applicative, della risposta alla criminalità – modello costituito dall’applicazione di un male facilmente percepibile da parte della pubblica opinione, nonché facilmente commisurabile, qual è la permanenza in carcere – ha impedito di elaborare strategie sanzionatorie pensate in rapporto alle caratteristiche peculiari delle diverse attività criminose.

La pena manifesta in un simile contesto, circa i suoi contenuti, legami pressoché nulli col tipo di reato commesso e col tipo di autore coinvolto: nella sostanza, resta funzionale al mero intento di *segnalare* con il suo *quantum* la gravità (ponderata, nel migliore dei casi, attraverso il giudizio – più o meno autonomo da asserite esigenze generalpreventive – relativo alla colpevolezza) del fatto verificatosi. Tuttavia appare tutt’altro che plausibile, a parte le obiezioni etiche, la produttività politico-criminale di una dosimetria generalizzata della logica compensativa, da applicarsi a qualsivoglia trasgressione prevista dalle norme penali.

Si opporrà, utilizzando una sorta di parola magica, che tale prassi risulta nondimeno assai *garantista*, specie con riguardo ai rischi tradizionalmente ravvisati nella presa in considerazione delle strategie preventive attuabili con l’intervento sanzionatorio: obiezione tipica dell’approccio retributivo, la quale trascura che quest’ultimo, come ben si sa, non è per nulla in grado di definire – né rispetto al legislatore, né rispetto al giudice – un rapporto materiale per così dire ontologico fra reato e pena, rendendo semmai non controllabili le motivazioni effettive soggiacenti allo strutturarsi in un dato modo di quel rapporto (in tal senso, la *recezione acritica* operata dalle correnti neo-retribuzioniste degli impulsi emotivi di ritorsione al reato reperibili in una data epoca rappresenta l’esito ovvio del proposito espresso dalle teorie *assolute* di escludere circa le scelte sulla pena *qualsiasi* valutazione riferita a fini razionalmente perseguibili: proposito il quale, tuttavia, ben presto s’è rivelato conforme a una precisa modalità – non accettabile – di perseguire l’intento generalpreventivo).

In effetti, la salvaguardia della dignità di chi subisca una pena, ma anche il *contenimento* degli oneri ad essa correlati, dipendono, come vedremo, *dal tipo di politica criminale che si scelga di perseguire*, cioè dai contenuti e dagli obiettivi che a quest’ultima vengano assegnati, e non dall’idea assai curiosa secondo cui la pena dovrebbe svolgere funzioni preventive nei limiti (quali?) della compensazione retributiva, laddove proprio l’assunto secondo cui la prevenzione costituirebbe effetto indotto del *malum poenae* ha portato, già lo osservavamo, a ritenere che il massimo della prevenzione corrisponda, per sé, al massimo della ritorsione.

Non esiste, in altre parole, un parametro oggettivo di natura retributiva che funga da argine rispetto alla variabile indipendente preventiva, così da rendere inutile, ove soltanto lo si rispetti, qualsiasi discussione ulteriore sul tipo e sull’entità delle pene inflitte ⁽⁵⁾.

⁴ Si veda altresì, di chi scrive, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in AA.VV., *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, a cura di S. Anastasia e M. Palma, Milano, 2001, p. 130 ss.

⁵ Nella stessa commisurazione giudiziaria della pena – vi ritorneremo – sarebbe di per sé assai più nitido descrivere l’opera del giudice come *concretizzazione* della strategia politico-criminale cui sia da ricondursi la scelta legislativa

La definizione della strategia sanzionatoria con cui si risponde ai reati, dunque, non può fare a meno di un serio dibattito politico-criminale, volto innanzitutto a rendere esplicito il modello di prevenzione – modulato in rapporto ai diversi contesti criminosi e alla luce di tutte le esigenze in gioco – cui l’ordinamento intenda ispirarsi.

b) Proprio lo strutturarsi della pena come qualcosa che *dev’essere* un male e che per questo si esprime ordinariamente, in fase di minaccia e di condanna, nella detenzione (cui dunque si fa ricorso non perché ne venga motivata, in certi casi, l’irrinunciabilità rispetto a *specifiche* esigenze preventive, ma perché idonea a consentire un’omogenea ritorsione compensativa, di *facile percezione simbolica*, verso l’intero complesso dei reati) contribuisce in modo decisivo ai profili di *ineffettività*, così spesso di recente evidenziati, del sistema penale italiano.

Precluso, infatti, lo sviluppo anche in termini organizzativi di modalità sanzionatorie veramente autonome dalla detenzione, è andata inevitabilmente delineandosi una sorta di alternativa rigida fra esecuzione della condanna in carcere e rinuncia alla pena: conseguenza alla luce della quale va letto il carattere per molti versi clemente dei mezzi sospensivi, sostitutivi e alternativi *fortunatamente* utilizzati al fine di non eseguire davvero – vuoi per l’affollamento penitenziario, vuoi per una reale percezione dell’ingiustizia e dell’inutilità di un ricorso così esteso al carcere – una parte delle pene detentive, di durata breve o medio-breve, inflitte.

Una situazione, peraltro, non modificabile – come molti invece vorrebbero – rendendo semplicemente *più rigorosi* i requisiti onde accedere ai mezzi suddetti e continuare a beneficiarne fino al termine della fase esecutiva, in quanto ciò non farebbe che estendere in modo automatico gli ingressi in carcere, sfavorendo i soggetti più deboli dal punto di vista sociale, che hanno maggiori difficoltà ad adempiere, senza aiuto, prescrizioni risarcitorie o comportamentali; piuttosto, si tratta di introdurre forme nuove non detentive di pena principale, svincolate dal carattere ancillare rispetto al ruolo del carcere e dunque tali da evitare quanto più possibile il passaggio, nel caso di inadempimenti, all’esecuzione penitenziaria.

Si noti bene, tuttavia: l’*ineffettività* del sistema penale non riguarda affatto, prioritariamente, l’ambito della criminalità tradizionale, come troppo spesso l’opinione pubblica tende a ritenere; la popolazione penitenziaria, in forte aumento negli ultimi anni, resta quella di sempre, composta in via pressoché esclusiva di *outsider* sociali (con la presenza maggioritaria, oggi, di tossicodipendenti ed extracomunitari), che sovente, del resto, vanno in carcere – per problemi di recidiva e di prognosi – anche a seguito di pene brevi.

Dove il diritto penale risulta del tutto ineffettivo, proprio perché ricorre tuttora elettivamente a pene detentive (la cui entità non raggiunge – né, beninteso, sarebbe accettabile che ciò avvenisse – livelli tali da implicare una loro reale esecuzione), è nell’ambito degli illeciti di rilievo *lato sensu* economico, cioè, in pratica, di tutti i reati *moderni* intesi a evitare abusi nelle attività commerciali e finanziarie nonché a controllare delicati fattori di rischio rispetto alla compromissione dei beni giuridici tradizionalmente protetti (⁶).

Un settore, questo, tutt’altro che marginale dal punto di vista preventivo, ove solo si rifletta sul fatto che le offese dei beni finali or ora citati dipendono in misura del tutto preponderante, per quantità, da violazioni pianificate, a movente economico, di determinate regole. Ogni giorno – si rifletta – vengono commesse al mondo alcune centinaia di omicidi volontari, attraverso condotte miranti a cagionare un evento ben preciso: e di tutto questo il diritto penale s’è sempre occupato;

della pena comminata in astratto (concretizzazione fondata, per quanto rilevi a carico dell’autore, solo su fattori riferibili alla colpevolezza emergente nello specifico fatto di reato), piuttosto che come atto derivante da una sorta di capacità mediatica del giudice medesimo di individuare il limite invalicabile costituito dal livello di pena (che non esiste) *corrispondente alla colpevolezza*: il problema, peraltro, è che parlare di scelte politico-criminali con riguardo alle scelte sanzionatorie legislative costituirebbe quasi sempre nulla più di un eufemismo (avevamo affrontato questa problematica nel volume *La pena “in crisi”*, Brescia, 1990, p. 145 ss.).

⁶ Cfr. in proposito la fondamentale problematizzazione operata da F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2001, in part. p. 157 ss.

ma ogni giorno al mondo si hanno decine e forse centinaia di migliaia di morti *evitabili*, quale esito indiretto di condotte molto spesso assai più freddamente programmate delle precedenti (il che peraltro vuol dire anche maggiormente suscettibili di prevenzione): eppure di esse – delle condotte *a effetto o a rischio certo, su persone incerte* – il diritto penale della pena detentiva non si è mai seriamente occupato, né appare in grado di occuparsi, manifestando tutta la sua vocazione a colpire i soli reati tradizionali posti in essere da agenti di reato tradizionali, ritenuti in grado di offrire alla potestà punitiva la sola libertà personale.

c) In linea con quanto s'è appena osservato, il diritto penale che ricollega la sua operatività sanzionatoria alla *sofferenza* fisica e morale patita in carcere da una persona umana non ha mai prestato seriamente attenzione all'intervento sui *profitti* delle attività criminose, seppure questi ne costituiscano quasi sempre il movente e, per così dire, il volano: tanto è vero che nell'ambito della grande criminalità organizzata le singole posizioni soggettive risultano ampiamente surrogabili e il destino di una data realtà criminosa dipende dalla persistente attitudine di interazioni complesse, per molti versi spersonalizzate, a creare – per l'appunto – proventi illeciti, catalizzando secondo un circolo vizioso interessi individuali.

Nella medesima ottica il diritto del *malum poenae* ha sempre guardato con distacco alla responsabilità penale (o comunque *per reati*) delle persone giuridiche, consentendo che i titolari dell'interesse reale ai profitti realizzati con mezzi illeciti dall'ente potessero beneficiare in modo incontrastato di questi ultimi (cioè senza alcuna conseguenza riferibile alla remunerazione del capitale investito, salvi gli effetti incerti derivanti dalla responsabilità civile) e fingendo di non sapere che la portata dissuasiva della minaccia penale nei confronti delle persone fisiche abilitate ad agire in nome e per conto della persona giuridica non è quasi mai in grado di controbilanciare l'incidenza del loro legame, economico e funzionale, con i soggetti nel cui interesse agiscono.

Quanto d'altra parte si resti tuttora lontani dalla volontà di un serio approccio politico-criminale agli illeciti posti in essere attraverso lo schermo della personalità giuridica può evincersi dall'incredibile limitazione della sfera di reati previsti come rilevanti nella prima normativa organica italiana in materia (d. lgl. 8 giugno 2001, n. 231), limitazione che, fra l'altro, disincentiva il venire ad esistenza, negli enti, dei *modelli organizzativi* interni – novità fondamentale della riforma – destinati a *prevenire* in forza di incentivi premiali le condotte illecite.

d) Le istituzioni pubbliche esercitano in molti modi potestà di imperio che impongono oneri ai cittadini, e l'evoluzione postassolutistica del diritto ha voluto che simili interventi avvengano secondo procedure garantite dalla legge. Tali procedure sono tanto più complesse quanto maggiori risultano i gravami, senza contropartita immediata in termini di vantaggi, a carico di un determinato individuo.

L'apice, comprensibilmente, è raggiunto ove si tratti di operare *tout court*, verso qualcuno, *un male*, in forza del supposto *bene* che ne deriverebbe *solo* per gli altri membri della società (?): dunque, se la pena da infliggersi consiste *in un male* – espresso da un provvedimento ordinario, la detenzione, incidente sulla sfera complessiva dei diritti soggettivi – le procedure volte ad applicarla devono essere, dal punto di vista delle garanzie, il più possibile rigorose (col problema già segnalato della tendenza a rimuovere, attraverso procedure – oggi si direbbe – *politically correct*, l'analisi critica di ciò che attraverso la procedura, foss'anche la pena di morte, venga reso praticabile).

⁷ Non è un caso, in questo senso, che proprio con riguardo alla pena siano stati posti gli interrogativi più pressanti in merito alla legittimazione dei poteri statuali: si rammentino le note parole di C. BECCARIA sull'*origine delle pene* e il *diritto di punire*, "...fu dunque la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: egli è adunque certo che ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzione possibile, quella sola che basti a indurre gli altri a difenderlo", in *Dei delitti e delle pene*, cit. dall'*Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, a cura di L. Firpo, vol. I, Milano, 1984, p. 31; cfr. altresì, significativamente, I. MANCINI, *Filosofia della prassi*, Brescia, 1986, p. 171: "considero fondamentali per la filosofia del diritto due questioni: onde avviene che qualcuno mi *comandi*, nati come siamo tutti uguali; onde avviene che qualcuno mi *punitisca*, visto che siamo tutti liberi e indipendenti".

Proprio la massima complessità delle procedure richieste dall'inflizione di una condanna pressoché sempre suscettibile di implicare o non poter escludere l'ingresso in carcere incide, tuttavia, sull'efficienza del sistema penale, creando problemi dal punto della prevenzione. Non che, beninteso, sanzioni diverse da quelle detentive, e comunque meno immediatamente segnate dall'essere concepite come *un male*, siano per ciò solo paternalisticamente utilizzabili demolendo le garanzie: ma la configurazione operativa di queste ultime, come dimostra uno sguardo d'insieme sul diritto pubblico, dipende legittimamente, almeno in parte, dagli oneri in gioco: è cosa diversa, per esempio, l'esecuzione provvisoria di un provvedimento patrimoniale dall'esecuzione provvisoria di una pena detentiva.

Del resto, c'è qualcosa che non funziona quando si resta ancorati alle forme punitive *in sé* maggiormente lesive dei diritti individuali, cioè *meno garantistiche*, in nome delle procedure garantistiche che *dovrebbero* – invero con molte discriminazioni di carattere sociale – accompagnarne la prassi applicativa, e ciò per il timore (cui va fatto argine con *altri* mezzi dell'ordinamento democratico) di un diritto eccessivamente interventista. Anche perché i rischi del perpetuare lo *status quo*, proprio sotto il profilo in esame, sono molto gravi: sussistono non a caso, infatti, tendenze all'erosione surrettizia delle garanzie, col fine di rendere meno problematiche le condanne, nello stesso sistema vigente fondato sulla detenzione.

Si pensi alle vicissitudini interpretative di certe fondamentali categorie dogmatiche (causalità, dolo, posizioni di garanzia, *etc.*) e in particolare, per talune di esse, al venir meno strisciante di quel radicamento su dati desumibili dalle scienze di base che costituisce l'unico presidio credibile della loro autonomia ⁽⁸⁾; come pure all'introduzione di *costi*, consistenti nell'esporsi da parte dell'imputato alla possibilità di una maggior pena, onde usufruire nella loro pienezza dei diritti processuali ⁽⁹⁾. Ma si consideri anche il pericolo che la necessaria estensione delle forme di tutela penale anticipata, estensione la quale, per ragioni di costituzionalità, dovrebbe trovare *ostacolo* (tanto più con riguardo alle ipotesi di pericolo presunto) in un sistema il quale opera intervenendo sulla libertà personale, venga nondimeno ulteriormente perseguita all'insegna del ricorso a pene detentive.

Ne deriva che attraverso una gestione *alla luce del sole* di nuove modalità sanzionatorie potrebbe realizzarsi ad un tempo il recupero di una minore compromissione sostanziale dei diritti soggettivi e il perseguimento più credibile di obiettivi politico-criminali.

e) Una pena segnata, attraverso il ruolo cardine del modello detentivo, dall'idea dell'inflizione di un male rende pressoché impossibile che le relazioni processuali siano improntate a logiche di *verità* e ciò, a sua volta, rende molto difficoltoso che l'esito del processo faccia davvero luce, dal punto di vista materiale e soprattutto umano, su quanto è accaduto.

Di fronte a un'accusa il cui fine, ordinariamente, è la condanna di chi sia ritenuto colpevole a una segregazione nel contempo fisica e simbolica dai rapporti sociali (a una *deminutio* complessiva del suo statuto esistenziale) non ci può essere dialogo, ma solo il tentativo, da parte di chi si difende, di arginare i danni.

Il processo penale – aperto a un esito che non vede nel condannato un interlocutore, bensì un *corpo* da sottoporre al *malum poenae* – resta pertanto luogo della non comunicazione e dello scontro. In esso non si reimposta una relazionalità, per quanto austera, con l'autore del reato (in parte, potrà essere recuperata solo successivamente, o comunque nel momento in cui *si deroghi* all'ingresso effettivo in carcere): l'applicazione della pena comunemente inflitta per quasi tutti i reati, infatti, non coinvolge per nulla la sfera del volere (*l'autonomia*) di chi sia punito, seppure

⁸ Più ampiamente, in proposito, il nostro contributo *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1053 ss.

⁹ Capita anzi, nella giurisprudenza di merito, di leggere anche questo: “la mancata richiesta, da parte dell'imputato, di riti alternativi al dibattimento pur ove si versi in situazioni di evidenza della prova a carico può ben essere valorizzata dal giudice dibattimentale, quale condotta del reo successiva al reato, in sede di commisurazione della pena” (Pret. Padova 21-5-1997, in *Foro it.*, 1998, II, 216).

l'entrare in gioco di quest'ultima dimensione appaia fondamentale nei rapporti fra *persone*.

Che l'imputato, d'altra parte, non si limiti ad *attestarsi sulla difensiva* sconvolge il sistema: se ammette le sue responsabilità ne ha di regola un danno (viene condannato subito per l'intero, salva l'eventualità di un'attenuante), laddove denegando qualsiasi apertura al vero potrebbe (forse) essere condannato in futuro, sulla base (soltanto) di ciò che sia stato possibile provare.

Di tutto questo patisce ripercussioni negative anche la vittima: lungi dal vedere soddisfatte le sue esigenze complesse di chiarificazione in senso lato dei fatti, di ammonimento a che quanto ingiustamente verificatosi non si ripeta, di riparazione, sovente anche di confronto personale con l'autore del reato, le viene offerta, quale strumento che sul piano simbolico ne attesterebbe le ragioni, la mera *entità* della pena detentiva inflitta ⁽¹⁰⁾.

f) Per quanto ciò possa apparire paradossale, ritenendosi comunemente assai radicato nella società il punto di vista retributivo, l'assimilazione della pena a un *male* compromette largamente la collaborazione dei cittadini con la giustizia, anche quando ciò nulla abbia a che spartire con logiche di omertà.

Non a caso, tale collaborazione riguarda pressoché esclusivamente coloro i quali, avendo subito il reato, manifestano un bisogno specifico di risposta nei suoi confronti, salvo ipotesi estreme in cui sia diffusamente avvertito il dovere inteso a scongiurare comunque, con riguardo a specifici agenti singoli o associati, la reiterazione di crimini gravi, per lo più contro l'incolumità o la vita. Negli altri casi, di regola, il cittadino che non è parte in causa *non se la sente* di attivarsi, nel nome di istanze preventive più o meno evanescenti, per fare *del male* a un altro individuo (la stessa vittima, del resto, si attiva ordinariamente in forza di motivazioni non riducibili all'intento della ritorsione).

Ciò vale, è ovvio, soprattutto per coloro che abbiano rapporti di contiguità, quali essi siano, con il supposto autore di fatti illeciti, cioè proprio per coloro che avrebbero le maggiori *chance* di operare, anche in collaborazione coi pubblici poteri, un intervento tempestivo ed efficace, prima che la deriva delle condotte criminose giunga a esiti più gravi (una sorta, cioè, di prevenzione *ambientale*). Tali soggetti potrebbero essere interessati, quando il livello dell'informale si rivelasse non sufficiente, a contrastare l'altrui atteggiamento antiggiuridico coinvolgendo le istituzioni, ma non a costo di provocare conseguenze devastanti (nei rapporti familiari, lavorativi, sociali) sul piano sanzionatorio e processuale; in molti casi, anzi, si desidererebbe un tipo d'intervento con forti componenti di recupero e di aiuto.

Perdere simili potenzialità preventive per eccesso di mentalità repressiva non pare un buon investimento per il sistema giuridico, come del resto si può constatare dalla carenza di strategie che favoriscano, soprattutto in ambito economico, la nascita di serie strutture orientate all'*autocontrollo* degli enti, secondo la logica dei *compliance program*.

Ma si consideri anche, circa l'inadeguatezza di una strategia costruita sui presunti effetti preventivi del *malum poenae*, il contrasto che può insorgere fra intervento penale e funzioni di *aiuto* esercitate pur sempre in base alla legge: l'idea secondo cui nei confronti di un reato debbano senz'altro utilizzarsi gli strumenti penalistici classici fa sì, ad esempio, che un operatore sociale il quale abbia agito come incaricato di pubblico servizio per sanare, poniamo, un conflitto familiare sia sulla carta tenuto a *rovinare tutto* con una denuncia ⁽¹¹⁾, ove venga a sapere di un illecito tuttora punibile *ex officio* che sia stato commesso nell'ambito di quel conflitto.

¹⁰ Un breve testo molto suggestivo su queste problematiche, esterno al nostro ambito culturale, è quello del professore keniota B. AYINDO dal titolo *Retribution or Restoration for Rwanda?*, in merito ai modelli di giustizia applicati dal Tribunale internazionale per i crimini in Ruanda di Arusha: in *Africanews*, 22D, January 1998 (cfr. anche *Africanews – versione italiana*, n. 1, marzo 1998): cfr. a quest'ultimo specifico proposito i lavori contenuti in G. ILLUMINATI – L. STORTONI – M. VIRGILIO (a cura di), *Crimini internazionali tra diritto e giustizia. Dai Tribunali Internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*, Torino, 2000.

¹¹ Il problema non pare dunque risolto, rispetto agli assistenti sociali, con la mera estensione a tale categoria *ex art.* 1² l. 3 aprile 2001, n. 119, di quanto disposto dagli artt. 103 e 200 c.p.p.

g) In un contesto nel cui ambito la strategia preventiva esige un'inflizione di sofferenza rapportata al *male* del reato, di modo che la prima appare funzione della seconda, non s'è mai chiarito quale statuto politico-criminale competa all'intento *lato sensu* rieducativo. Risulta pertanto comprensibile che il sistema vigente non abbia saputo produrre serie progettazioni riabilitative; né sorprende che, addirittura, possa essersi sostenuto negli ultimi anni (con una solerzia sospetta) il *fallimento* dell'idea di risocializzazione, proprio perché concepita come fine da perseguirsi *entro la cornice* di una pena principale rispondente, ancor oggi, allo schema generico del contrappasso.

3. Nonostante simili aporie, il modello cui s'ispira l'intervento penale, nel sistema del codice, nell'immaginario collettivo e, più ampiamente di quanto talora si lasci credere, anche nella prassi applicativa, continua a essere rappresentato dall'opporre un male al male, il che dovrebbe *fare giustizia* – la più tautologica delle *formulette pigre* ⁽¹²⁾ ricorrenti nella nostra materia – e produrre, altresì, risultati preventivi.

Di conseguenza, si risponde a esigenze *reali* derivanti dal prodursi di un fatto criminoso con un mezzo largamente inadeguato, ma senza alternative disponibili. Un mezzo – quasi una coperta *troppo corta* – cui si fa ricorso per far fronte a bisogni molteplici e scarsamente selezionati, il quale finisce non di rado per aggiungere danno a danno ⁽¹³⁾ senza appagare le attese in esso riposte.

In quest'ottica l'interesse – comprensibile – a che, per l'appunto, una risposta al reato sussista prevale sull'interesse relativo alla verifica dei contenuti di tale risposta (seppure i medesimi ne condizionino la *razionalità*). Risulta dunque elusa la necessaria riflessione critica sui modi del punire, con riflessi inevitabili circa la funzione effettivamente svolta dalla pena, che proprio per i motivi summenzionati assolve il più delle volte, attraverso il suo *quantum*, a un ruolo nella sostanza *simbolico*.

Ne deriva che l'elaborazione di fatto offerta dal diritto penale, mediante il processo e la condanna, degli stessi reati che suscitano maggiore allarme rivela profili di palese, se non addirittura *patetica*, fittizietà: sia rispetto allo spessore umano degli interrogativi in gioco, sia rispetto ai bisogni delle parti coinvolte, sia rispetto, infine, alle esigenze non puramente emotive della prevenzione.

Del pari, accade che una serie di aspirazioni in sé comprensibili derivanti dalla commissione del reato (intese a rimarcare, per esempio, l'inaccettabilità delle condotte poste in essere, a intervenire sui beneficiari *effettivi* del fatto illecito, *etc.*) cerchi purtuttavia di esprimersi utilizzando l'unica modalità di risposta al reato disponibile, col rischio, peraltro, di indurre forzature assai pericolose delle regole sostanziali e processuali che la caratterizzano.

In sintesi: per riformare davvero il sistema sanzionatorio occorre muovere da un'*idea di politica criminale* in base alla quale definire i contenuti della risposta giuridica ai reati, superando il luogo comune secondo cui la politica criminale non potrebbe che far uso, per fini di prevenzione, della dinamica punitiva consueta, rispondente a una logica molto nitida nel concetto di fondo – applicare *un male* – e nel contempo assai disponibile, nonostante l'enfasi proporzionalistica ⁽¹⁴⁾, a giustificare qualsiasi livello, o configurazione, di quel male.

Ciò significa rendere finalmente *meno asfittico*, una volta svincolato dalla logica anzidetta,

¹² L'espressione, come si ricorderà, è di Franco Bricola.

¹³ Lo esprime significativamente, con riguardo alla detenzione, un documento estraneo all'ambito della dottrina penalistica quale il messaggio datato 9 luglio 2000 del papa GIOVANNI PAOLO II per il *giubileo nelle carceri* (punto 5): "I dati che sono sotto gli occhi di tutti ci dicono che questa forma punitiva in genere riesce solo in parte a far fronte al fenomeno della delinquenza. Anzi, in vari casi, i problemi che crea sembrano maggiori di quelli che tenta di risolvere. Ciò impone un ripensamento in vista di una qualche revisione".

¹⁴ Qualcuno forse ricorderà in proposito, posto che non ve n'è memoria in testi scritti, lo scambio di battute particolarmente vivace fra Giuseppe Bettiol e Claus Roxin (che esigeva fosse chiarito *was die schuldangemessene Strafe ist*) al convegno su *Colpevolezza morale e colpevolezza giuridica* tenutosi presso l'Università di Urbino nel 1980 (cfr. *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 1193 ss.).

l'ambito della progettazione preventiva, sia con riguardo al ruolo cardine degli strumenti extrapenalici, sia con riguardo alla scelta delle conseguenze da applicarsi ai reati. Potrebbe anzi dirsi che c'è necessità di una vera e propria *rifondazione* della politica criminale.

Si tratta di un'esigenza non surrogabile dal rinvio, spesso operato in questi anni, al paradigma pur basilare del diritto penale *minimo* ⁽¹⁵⁾. Se infatti si elude la riflessione su nuove modalità d'intervento nei confronti delle condotte ritenute criminose, sarà ben difficile che una parte ampia di quanto oggi rileva penalmente possa essere sottratto – *tout court* depenalizzando – ai meccanismi punitivi classici.

Proprio per depenalizzare risulta quindi indispensabile offrire modelli di gestione alternativa delle problematiche in gioco. Ma l'ambito di ciò che nel futuro, se si vuol essere realisti, rimarrà assegnato alla competenza penale (ove pure si dovesse tener conto, in senso limitativo, dei fattori criminogeni e delle stesse procedure di etichettamento) non sarà affatto secondario.

Il costo di una prospettiva *puramente riduzionista*, in questo quadro, non è lieve: diffidando della progettazione politico-criminale per il timore, condiviso dagli indirizzi conservatori, di un diritto troppo invadente, si avalla il carattere *retributivo* degli strumenti di risposta al reato *finché restino penali*, vale a dire, in larga misura, ad oltranza; con un'aporia manifesta, per giunta, nell'ipotesi in cui all'auspicata mitigazione delle pene edittali non dovesse corrispondere, in forza di una più rigida prassi esecutiva, alcun decremento (o si associasse una crescita) del ricorso al carcere *in concreto*.

Ancora una volta, ciò che funge da freno alla riforma degli strumenti punitivi è un concetto erroneo del garantismo: la pena retributiva, così talora si afferma, sarebbe *oscena* (per la selezione dei suoi destinatari, funzionale a interessi sottaciuti, e per il fatto stesso di sostanzinarsi in mera sofferenza da subire, senza rilievo alcuno della corresponsabilità sociale), ma ove si punisca rappresenterebbe pur sempre l'unico mezzo conforme a istanze liberali, non ricercando alcuna interazione comunicativa, reputata inevitabilmente manipolatoria, con l'agente di reato, che dunque finisce per essere visto – già lo osservavamo – (soltanto) come *un corpo* sul quale applicare la condanna.

In realtà, è tutt'altro che una forma attendibile di rispetto dell'individuo il punire chi abbia trasgredito la legge, al fine di non condizionarlo, estromettendolo *tout court* dalla trama dei rapporti sociali (quasi che la pena detentiva non incidesse, oltretutto, anche sulla *psiche* del recluso). Se così non fosse andrebbe del resto rifiutato, in quanto capace di condizionamento, qualsiasi obiettivo motivazionale operante in ambito giuridico, vale a dire lo stesso diritto *moderno*: ma pure riesumando, con riguardo alla materia penalistica, le concezioni *assolute*, bisognerebbe spiegare perché certe condotte riprovevoli (e non altre), se non per disincentivarne l'adozione, siano punite.

Il rispetto del condannato, piuttosto, dipende dalla capacità di non sacrificarlo alle esigenze collettive: cioè di adoperarsi pur sempre, come richiede l'art. 27, terzo comma, Cost., onde creare i presupposti del recupero di una sua adesione *libera* all'adempimento delle regole (nel passato) violate, sostenendo in lui – e non già *recidendo* – il senso più o meno affievolito dell'appartenenza, con l'assunzione di precise responsabilità, alla compagine sociale.

Si tratta di un fine che presuppone senza dubbio, per essere raggiunto, equilibri non facili da definirsi, come non facile è reperire livelli ottimali di convergenza, sul piano sociale, fra *controllo* normativo ed esercizio delle libertà. Proprio l'approfondimento di simili esigenze complesse, che non può essere eluso ricorrendo a formule semplificatorie precostituite, costituisce, peraltro, ambito operativo tipico dell'elaborazione politico-criminale.

Ove invece da quest'ultima si voglia prescindere, reputando sospetto qualsiasi approccio giuridico nuovo alla commissione dei reati ⁽¹⁶⁾, resta sì intatta la possibilità di denunciare senza

¹⁵ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2000⁶, p. 325 ss.

¹⁶ Restano significative nella loro sinteticità (per quanto riferite in via immediata alla critica condivisibile dell'uso improprio di strumenti cautelari, di prevenzione o di indagine) le parole con cui L. FERRAJOLI concludeva, più di vent'anni orsono, la voce *Pena (profili reali)* nel *Dizionario critico del diritto* (a cura di C. Donati, Milano, 1980, p. 305) evocando "l'immagine allarmante di una società panottica che può anche consentirsi di abolire il carcere in quanto

riserve il carattere *iniquo* dei meccanismi punitivi e di operare una censura molto drastica – non dilatabile, però, oltre certi limiti – delle modalità normative di criminalizzazione: ma vi è il rischio, in un simile quadro, che l’indirizzo *critico*, per mantenersi tale, si trasformi paradossalmente in uno strenuo difensore dell’oggetto della sua critica.

4. Il carattere *monolitico* dell’apparato punitivo, fondato sull’ottica retributiva, ha finora impedito una catalogazione dei reati la quale dia rilievo, per definire le strategie sanzionatorie, alle diverse *modalità di tutela* dei beni giuridici realizzate dalle fattispecie incriminatrici, seppure risulti assai improbabile che tipi d’illecito fra loro diseguali possano raggiungere i rispettivi scopi con mezzi identici: non averne tenuto conto – prima ancora di considerare le esigenze stesse derivanti dalla *varietà* dei beni protetti – è da ritenersi, sotto il profilo politico-criminale, del tutto illogico.

4.1. Costituiscono, per esempio, realtà non assimilabili la violazione di regole finalizzate alla tutela *anticipata* dei beni giuridici (o alla tutela di meri *beni-funzione*) e l’avvenuta aggressione, intenzionale, di un dato bene, specie allorquando sussistano una o più vittime ben precise.

Nel primo caso si tratta di operare non già rispetto a una decisione, messa in atto, che abbia per contenuto l’offesa di un bene, bensì rispetto all’incentivo derivante dagli indebiti vantaggi, soprattutto materiali, che l’inosservanza delle regole imposte dal diritto consente. In un tale contesto – non venendo in gioco una lesione, né la volontà di realizzarla – l’intervento giuridico può concentrarsi sul momento dinamico costituito dalla ponderazione di costi e benefici tipica dell’agire (*lato sensu*) economico, al fine di rafforzare l’insieme delle ragioni *per non agire* in contrasto con la legge (facendo sì, dunque, che dalla violazione di quest’ultima – come accadrebbe attraverso una cattiva scelta di marketing o di tipo finanziario – derivino in capo ai beneficiari potenziali conseguenze economicamente sfavorevoli).

Nel secondo caso si tratta di operare pur sempre perseguendo finalità preventive, ma rispetto a un’offesa già intenzionalmente posta in essere, o comunque tentata, nei confronti del bene protetto dalla legge. Ipotesi la quale, pertanto, richiede che siano contrastati gli effetti dannosi, sotto il profilo della prevenzione, di un atto volutamente lesivo ormai realizzatosi: in modo da impedire che ne risulti incrinata la percezione sociale, *promossa* attraverso il precetto contenuto nella norma incriminatrice, dell’intangibilità di un certo bene e da permettere una *composizione* della frattura aperta nei rapporti intersoggettivi (cioè con riguardo ai vincoli imprescindibili di mutua solidarietà) dalla condotta illecita.

Si noti: non rileva, a questo proposito, una pura e semplice distinzione in termini di maggiore o minore gravità intrinseca delle condotte ricomprensibili nei due gruppi, destinata a essere tradotta in una mera gerarchia quantitativa delle pene corrispondenti. Piuttosto, emerge la necessità che siano studiate risposte sanzionatorie le quali tengano conto di tutte le peculiarità dei contesti presi in esame, sulla base di una visione politico-criminale complessiva ⁽¹⁷⁾.

Abbandonare, in altre parole, una logica di risposta al reato fondata sulla ritorsione del male, optando per una risposta motivata in base a esigenze politico-criminali non segnate dalla caratteristica di perseguire i loro obiettivi attraverso il male di chi sia punito (dunque, in base a esigenze che siano pur sempre qualificabili come agire secondo ciò che in un dato contesto, anche

è venuta sostituendolo con ben più efficaci e rilevanti sistemi di controllo autoritario della devianza e anche del dissenso”.

¹⁷ Il primo gruppo, del resto, potrebbe risultare *più importante* sotto il profilo dei potenziali eventi lesivi scongiurati, in quanto il divieto di una volontaria e immediata compromissione di beni fondamentali, espresso dal secondo gruppo, trova ancoraggi di tipo extragiuridico (sul piano culturale, etico-religioso, *etc.*) più estesamente riconosciuti e tali, dunque, da rivelarsi molto spesso sufficienti anche a prescindere dal presidio penalistico. Come pure deve riconoscersi che all’evidenza dell’aggressione nei confronti di un dato bene giuridico espressa dal secondo gruppo si associano *più frequentemente* circostanze esistenziali *limitative* della colpevolezza di quanto non accada per le condotte del primo gruppo, frutto, assai frequentemente, di fredde ponderazioni *a tavolino* e, talora, di una sistematica insensibilità verso le esigenze solidaristiche.

moralmente, è *bene*), implica abbandonare l'ottica di una giustizia che si ritenga tale in nome – soltanto – di una formalistica proporzionalità distributiva di quanto inflitto (senza preoccuparsi del suo contenuto di *male*), riferita a una nozione riduttiva, fortemente oggettivizzata e decontestualizzata, del reato.

Il che significa recuperare il bisogno di proporzionalità distributiva – senza pretesa di controproducenti dosimetrie matematiche ⁽¹⁸⁾ – sul piano della conformità a un disegno politico-criminale di fondo sufficientemente omogeneo, capace di garantire *in termini sostanziali* la valorizzazione della dignità umana di coloro che vengano condannati e del quale cercheremo di indicare nel prossimo paragrafo alcune caratteristiche auspicabili.

Anche da questo punto di vista, peraltro, sarebbe ben strano ritenere ovvio – seppure finora così sia avvenuto – che il male *lo si può infliggere*, perché è possibile farlo in forme garantistiche, mentre ciò che (quantomeno) tenta di non essere male è *a priori* da escludersi, perché impraticabile secondo gli schemi garantistici correnti. A noi pare, piuttosto, che concepire il reato come realtà sulla quale intelligentemente *lavorare*, piuttosto che come realtà (semplicisticamente) da *ripagare* costituisca già *in sé* un passaggio importante pure a fini garantistici.

4.2. Quale riprova del profondo iato oggi sussistente fra finalità preventive e strategie sanzionatorie può valere, altresì, il riferimento al modello costituito dal reato *colposo*, modello in cui si sostanzia un vero e proprio apice dell'irrazionalità politico-criminale, risultando, per così dire, a cifra oscura *istituzionalizzata*, con ovvi riflessi dal punto di vista generalpreventivo.

a) Nell'ambito delle condotte colpose, infatti, non accade soltanto, come in tutti i reati, che per ragioni contingenti molti degli autori non siano scoperti, ma altresì che di regola, soprattutto ove si tratti di colpa cosciente, risulti *a priori* improbabile il realizzarsi stesso dell'illecito penale una volta tenuta la condotta antidoverosa, cioè una volta compiuto *tutto ciò* che la fattispecie incriminatrice, finalizzata a incidere su comportamenti umani, desiderava (e poteva) immediatamente scongiurare.

Ne deriva che l'attitudine preventiva specifica dei reati colposi, ove si tratti di una violazione consapevole della regola cautelare, è molto bassa, dato che il soggetto agente farà conto non solo sulla consueta speranza di non essere scoperto, ma anche sulla scarsa probabilità di produrre, comunque, l'illecito colposo (nonché, in certi casi, sulla difficoltà della prova relativa al nesso eziologico tra il fatto realizzatosi e il rischio attivato). La pena prevista in rapporto al tipo di illecito in esame finisce dunque per rappresentare la retribuzione di un evento il cui verificarsi o meno a seguito della condotta dipende, secondo un giudizio *ex ante*, dal caso, laddove un effetto preventivo credibile resta in pratica connesso alla sola effettività delle sanzioni che talora, sul piano amministrativo o penale, risultano applicabili in via immediata nei confronti del comportamento anti-giuridico.

Sussistono del resto conseguenze ulteriori, che null'altro se non l'assuefazione a modelli giuridici alquanto sedimentati impedisce di riconoscere illogiche. Si consideri, su questa via, come il cittadino possa ordinariamente rivolgersi al pubblico ministero, con riguardo alla violazione di regole cautelari, *solo* a evento lesivo ormai realizzatosi (nel qual caso la Procura della Repubblica certamente utilizzerà, in un'ottica *retrospettiva*, l'intero arsenale dei suoi mezzi d'indagine); dunque, come il cittadino che viceversa intenda agire quando le violazioni siano già in atto, ma *prima* che producano un danno, di regola non possa trovare aiuto alcuno nelle severe stanze in cui il pachiderma penalistico – il sedicente diritto penale preventivo – si mette in movimento: gli si direbbe di aspettare il morto (*almeno* la prova di un morto), così che, a parte le violazioni autonomamente sanzionate, egli resta condannato all'impotenza, salvo inventarsi itinerari più o meno attendibili per ottenere rimedi (auspicati) urgenti di carattere amministrativo o civilistico.

Tutto ciò, seppur risulti evidente, non viene quasi mai rimarcato, tanto è il peso di un'ottica sanzionatoria come quella in uso fondata sul ruolo simbolico, assolto mediante la pena detentiva,

¹⁸ Che del resto presupporrebbero un'indisponibile conoscibilità senza riserve, idonea a poterne graduare in modo inoppugnabile la gravità, di ciascun accadimento criminoso.

della retribuzione di *eventi*, piuttosto che su un serio intento motivazionale, attuabile con mezzi *meno drammatici*, riferito alle condotte individuali.

In effetti torna a prospettarsi, col reato colposo, una tutela del bene giuridico *anticipata* al momento in cui si rendano praticabili condotte pericolose: anche se, in un certo senso, *tutto* il diritto penale è a tutela anticipata, posto che intende scongiurare eventi disincentivando, o talora promuovendo, condotte umane – più o meno remote – le quali risultino significative in termini causali circa il verificarsi del fatto (salvo il caso in cui la condotta stessa si identifichi *tout court* con la lesione del bene).

Il distinguo che viene in gioco, piuttosto, investe la scelta di intervenire, onde evitare *altre* lesioni, solo a condizione che un evento lesivo risulti essersi verificato oppure sanzionando direttamente le condotte antidoverose.

b) Simile alternativa lascia emergere un'importante peculiarità degli illeciti realizzati con dolo intenzionale rispetto alle altre tipologie criminose.

Nell'ambito dei primi il ruolo cardine assegnato all'evento è comprensibile, perché in essi la condotta ha per lo più, *ex ante*, un'alta probabilità di conseguire il risultato lesivo, essendo il medesimo *voluta* (in linea tendenziale verrà scelta una condotta idonea, entro un certo quadro di concause esistenti e note, a produrre da sola quel risultato, cioè senza necessità di apporti causali ulteriori la cui verifica risulti incerta). Quando l'esito lesivo sia voluto, del resto, ha scarso significato motivazionale il dare rilievo penalistico alla condotta piuttosto che all'evento, dato che il soggetto agente *non fa conto*, com'è invece la regola negli altri casi, sul mancato verificarsi del medesimo, cosicché è assai poco probabile che la prospettiva di non essere punito ove l'evento non si realizzi possa fungere da stimolo aggiuntivo a tenere la condotta.

Rispetto ai delitti dolosi, tuttavia, viene sanzionato – nonostante la scelta di privilegiare il prodursi di eventi – anche il tentativo (nell'ottica, invero, di una retribuzione *diminuita*: mentre sarebbe da motivarsi, semmai, il *surplus* di pena previsto per i delitti *consumati*, del quale è irreperibile qualsiasi presupposto rilevante sotto il profilo della colpevolezza) ⁽¹⁹⁾.

Tanto meno alla luce di queste considerazioni può dunque comprendersi perché il ruolo della condotta dovrebbe rimanere estraneo all'interesse penalistico *in tutti gli altri casi*, vale a dire proprio nei casi in cui – a differenza di quel che accade col dolo intenzionale – il far leva sul ruolo dell'evento finisce per svolgere, malgrado la connessa enfasi retribuzionistica delle cornici edittali, una funzione controproducente dal punto di vista preventivo.

Il problema, quando si tratti di contrastare il prodursi di offese *non intenzionali*, è quello di incidere sulla propensione a tenere condotte pericolose o comunque negligenti e pertanto di far sì, fra l'altro, che l'agire in tal modo *non convenga* (ciò anche secondo forme nuove, come il promuovere la *trasparenza*): ferma la possibilità che il comportamento pericoloso, ove non prevalgano altre esigenze, sia reso addirittura impraticabile (valga un richiamo paradigmatico: non si vede proprio – o lo si comprende *troppo bene* nel contesto di un diritto penale simbolico – perché gli autoveicoli debbano poter raggiungere velocità *di gran lunga superiori* a quelle massime consentite, sebbene ciò abbia per costo un gran numero di morti).

Un obiettivo, quello delineato, il quale può certamente esigere che si tenga conto di fattori ulteriori: ad esempio del fatto che il soggetto in questione non si avveda di produrre un rischio, ovvero ne sia consapevole, ma accetti *soltanto* di rischiare, in quanto non continuerebbe ad agire se fosse *certo* di essere causa dell'evento, ovvero agisca – al contrario – nello stato d'animo di chi è pronto, per conseguire i suoi scopi, a pagare il prezzo costituito dall'evento medesimo (e, dunque, *accetta l'evento*, poiché sarebbe disposto ad agire pure nel caso del suo sicuro verificarsi).

Si noti come solo quest'ultima situazione risulti distinguibile, sotto il profilo psicologico, dalla colpa *cosciente* e sia in grado, perciò, di dare un contenuto al c.d. dolo *eventuale*: ferma peraltro la non assimilabilità di tale figura, ove essa debba sussistere, allo stesso dolo *intenzionale*.

In questo senso, l'esigenza di evitare sovrapposizioni fra realtà diverse, come da tempo accade

¹⁹ L'evento lesivo potrebbe assumere un ruolo peculiare in ambito di riparazione e composizione del conflitto: v. *infra*.

sulla scia di una sempre meno celata normativizzazione del dolo, viene ad assumere motivazioni ben precise anche di carattere politico-criminale, risultando ineludibile per una strategia sanzionatoria che voglia rapportarsi davvero alle molteplici forme in cui l'agire criminoso si esprime.

c) Quanto alla opportunità, cui ci si è richiamati, che il diritto penale prenda sul serio la sua funzione preventiva riconsiderando il ruolo delle condotte è necessario, tuttavia, un chiarimento. Il solo far cenno a questo tema è infatti riguardato, nella dottrina italiana, con sospetto, poiché la presa in considerazione del fattore condotta tende a essere percepita come rimando alla realtà interiore, dunque alla *Gesinnung* e in tal modo a un'ottica illiberale che finirebbe per ritenere punibili meri stati mentali o caratteristiche della personalità, suscettibili di essere ricostruiti solo violando il foro interno.

Orbene, parlare di condotta – ciò va precisato in modo molto fermo – non ha proprio nulla a che spartire con tutto questo: le *azioni* sono realtà del mondo fisico (e le *omissioni* il mancato compimento di azioni doverose), cioè esiti *esteriorizzati* di stati mentali (delle decisioni di perseguire dati fini). Anzi, proprio le azioni sono l'*unica cosa* che gli esseri umani possono compiere in senso fisico-naturalistico: non, tuttavia, come movimenti corporei fine a se stessi, ma in vista della produzione di modifiche nel mondo esterno. Del resto, senza azioni materialmente intese non è possibile trasformare – *fattucchiere a parte* – stati mentali in eventi.

Dunque, il tornare a riflettere sulle condotte non autorizza in alcun modo le derive ascrivibili a taluni settori del *finalismo* classico, né può essere utilizzato per legittimare sconfinamenti circa la definizione del tentativo incompiuto.

La condotta di cui si deve tener conto è essa stessa un fatto materiale (o il non verificarsi di ciò che sia richiesto da un obbligo di agire); e solo *dopo* la constatazione del suo sussistere potrà essere accertata la prospettiva finalistica che *psicologicamente* le abbia dato causa, onde concludere se quanto compiuto risulti o meno intenzionale rispetto all'evento penalmente rilevante: ma tale prospettiva, soggiacente a tutte le azioni, è essa pure un fatto (non un giudizio!), sebbene di natura psichica e come tale soggetto alle modalità di accertamento induttivo tipiche delle realtà psicologiche (ma anche, per esempio, della causalità naturalistica).

È a questo punto – solo a questo punto – che della condotta, ormai definita nella sua natura dolosa o colposa, dovrà darsi anche un *giudizio*, come richiede la sensibilità moderna per la colpevolezza (e pertanto alla luce dei parametri rilevanti circa l'esclusione o la graduazione di quest'ultima).

4.3. Quanto s'è detto in merito alla considerazione delle condotte può in gran parte valere anche con riguardo a un altro polo di interesse fondamentale per un sistema sanzionatorio che voglia agire razionalmente, e tuttavia quasi del tutto latitante sia nella progettazione dei modi – annunciati in sede edittale e offerti al giudice – di risposta ai fenomeni criminosi, sia nell'ambito del processo: ci si riferisce alle diverse tipologie, e comunque alle caratteristiche personali, degli *autori* di reato (pure degli autori di reati della stessa specie) ⁽²⁰⁾.

È del tutto incongruo, peraltro, ritenere – come di certo non lo riterrebbe l'esperto di marketing di una qualsiasi azienda – che una strategia, nel nostro caso quella penalistica, orientata a motivare condotte possa non tener conto delle diverse condizioni in cui operino, o comunque vivano, i destinatari dei suoi messaggi. Il che dovrebbe orientare a costruire le strategie penalistiche in rapporto ai requisiti più probabili degli agenti potenziali di un certo reato, anche in vista di un'esecuzione penale rispetto ad essi sensata.

Tanto meno, del resto, l'esecuzione potrebbe evitare di ridurre il condannato a mero oggetto passivo di un intervento i cui fini non lo riguardino senza muovere dal contesto umano che abbia

²⁰ Cfr. M. DONINI, *La sintassi del rapporto fatto/autore nel progetto Grosso*, relazione svolta alla conferenza nazionale sul *Progetto preliminare di riforma al codice penale*, Siracusa, 3-5 novembre 2000 (par. 6).

fatto da sfondo all'agire anti-giuridico.

Parlare di risposta *al reato* (di pene previste *per i reati*) è, in ogni caso, un eufemismo: nella realtà – sebbene si punisca, ciò rappresentando un acquisito caposaldo liberale, *solo* in quanto *un fatto* risulti commesso – non si sanzionano, astrattamente, illeciti, ma si interviene pur sempre su persone; quelle persone che invece sembrano assai poco presenti al legislatore quando commina pene concepite come riflesso simbolico del disvalore assegnato a un certo accadimento offensivo e che l'art. 220, secondo comma, c.p.p. si premura di escludere in modo molto netto dall'orizzonte del processo, essendo sentito l'interesse verso l'autore, specie nei casi di maggiore allarme, come un ostacolo alla funzione di conferma del diritto – dopo l'illecito – retoricamente ricollegata all'entità della pena (ma da perseguirsi, lo si vedrà, con altri mezzi).

A ben vedere, un sistema punitivo simbolico, che considera *fatti*, più che *fatti commessi da persone*, tollera già con fatica la personalizzazione dell'intervento sanzionatorio indotta da un'applicazione rigorosa del principio di colpevolezza: molto meno, di conseguenza appare disposto a tollerare l'idea che possa essere in qualche modo differenziata, o personalizzata, la risposta al reato da applicarsi nei confronti di autori reputati colpevoli (la presa in carico, pur frammentaria, del problema viene rimessa alla fase esecutiva: ma ciò, come già osservavamo, elude il nodo del significato che l'interesse per l'autore dovrebbe assumere in rapporto alla strategia politico-criminale complessivamente perseguita, vale a dire fin dal momento in cui il legislatore definisce, nel suo insieme e rispetto a ogni singola fattispecie, il quadro sanzionatorio, nonché, *a fortiori*, fin dal momento della commisurazione giudiziaria).

Si dirà che il tener conto del contesto esistenziale proprio di chi potrebbe commettere o abbia commesso un reato (anche al di là dei fattori *stricto sensu* rilevanti onde *graduare* il giudizio di colpevolezza) contrasta con esigenze garantistiche non eludibili, in quanto apre a una duttilità delle conseguenze *post delictum* – connessa a specifiche opzioni politico-criminali del legislatore o comunque tale da consentire percorsi sanzionatori non del tutto identici in presenza di reati *prima facie* analoghi – che mal si concilierebbe col principio di uguaglianza.

Ciò, tuttavia, risponde a una nozione poco realistica di garanzia rispetto alla potestà punitiva, in quanto il valore – che talora diviene il mito – dell'uguaglianza, cui non di rado ci si affida per definire giusta *qualsiasi* giustizia, viene coltivato a costo di una drastica riduzione, e comunque di una formalizzazione, dei parametri rilevanti: trascurando che in concreto possono rivelarsi di gran lunga meno onerosi per il condannato, in termini di desocializzazione e sacrificio effettivo dei diritti fondamentali, percorsi non compatibili (diversamente da quanto accade per il binomio *fatto di reato - pena detentiva*) con una omogeneità *rigida* dei requisiti di accesso e degli oneri imposti.

Il rispetto del principio di uguaglianza, abbandonato un concetto *matematico* della medesima che presuppone riferimenti per l'applicazione della pena molto semplificati e perciò largamente fittizi, andrebbe recuperato, in termini più credibili dal punto di vista sostanziale, attraverso *linee guida* sufficientemente elastiche ma non generiche di commisurazione in senso ampio (cioè di determinazione giudiziaria e di gestione esecutiva) della risposta alla condotta criminosa, tali da imporre, comunque, limiti ben precisi.

Nella medesima ottica, lo stesso approfondimento processuale del nodo *colpevolezza-personalità* potrebbe finalmente assumere, in rapporto a una più o meno ampia diversificazione delle forme di risposta al reato, un ruolo (oggi riscontrabile solo in ambito penale-minorile) *eccedente* la mera risposta al quesito sulla sussistenza del fatto colpevole e dunque tale da avere rilievo in senso risocializzativo.

Ove poi si guardasse con sospetto all'ipotesi di una considerazione esplicita dei criteri in base ai quali già il legislatore potrebbe definire, circa l'offesa di un dato bene, strategie preventive differenziate in rapporto a distinte categorie di autori potenziali, dovrebbe rammentarsi come disomogeneità nell'approccio penale verso condotte egualmente offensive e colpevoli siano da sempre operanti, per i motivi più vari (risultando conseguibili attraverso la descrizione delle fattispecie incriminatrici, ma anche introducendo circostanze aggravanti o attenuanti ovvero agendo addirittura, mediante cause di esclusione o condizioni, sulla punibilità).

5. Ciò che sin qui s'è detto servirebbe a poco ove non ci s'impegnasse a chiarire quale impostazione politico-criminale debba sorreggere, e dunque modellare, il perseguimento di finalità preventive (anche) attraverso strumenti penali.

Già porre simile quesito come nodo problematico cardine rappresenta peraltro una scelta ben precisa: l'opinione tradizionale, lo si ricordava all'inizio di questo contributo, reputa infatti *autoevidente* quali siano le modalità della risposta giuridica al reato efficaci in senso preventivo; il che ha condotto – in base all'assunto secondo cui la prevenzione dipenderebbe dall'entità del *malum poenae* comminato e, se del caso, applicato – a spostare il fulcro dell'interesse sui *limiti* che andrebbero nondimeno previsti, costituendo il diritto penale *arma a doppio taglio*, nei confronti della potestà punitiva esercitata a fini di prevenzione.

Una strategia di tutela rispetto agli *eccessi* della prevenzione, quest'ultima, che si rivela comunque *debole*: sia perché ove il funzionalismo utilitarista tenda a prevalere, come oggi accade, sulle istanze etiche – intorno alle quali spesso non è facile, del resto, coagulare un consenso forte – appare improbabile l'affermarsi di esigenze limitative concepite in radicale antitesi, cioè in veste di *contrappesi*, rispetto all'obiettivo di fondo perseguito (lo si evince, ad esempio, considerando l'incremento estremo della penalizzazione che, in nome di un'asserita necessità preventiva, caratterizza da vari anni gli Stati Uniti, sebbene i diritti umani rivestano un ruolo importante nella tradizione giuridica di quel paese); sia perché, in ogni caso, le esigenze limitative non sono in grado di tradursi automaticamente in livelli sanzionatori ad esse corrispondenti, tanto è vero che lo stesso paradigma cui si è soliti attribuire funzione di contenimento della pressione preventiva, vale a dire la colpevolezza, può circoscrivere i fattori di cui sia lecito tener conto ai fini della responsabilità penale (sia nell'*an* che nel *quantum*), ma non può offrire indicazioni sui modi e sull'entità del punire.

A questo proposito – *solo* a questo proposito – hanno ragione Kant e Hegel: se una strategia preventiva reputa il condannato puro e semplice *mezzo* per ottenere l'utile altrui, richiedendo il suo sacrificio alle asserite esigenze di un bene comune dal quale viene ormai escluso e con ciò ammettendo che quanto si applica nei suoi confronti sia per lui soltanto *un male*, s'impone una scelta radicale, di accettazione o rifiuto.

Il fatto è che Kant e Hegel, giudicato ovvio l'identificarsi della prevenzione con tale strategia, vollero prendere da quest'ultima le distanze proponendo, *tout court*, un'*alternativa* nei confronti della prevenzione medesima: non avvedendosi che il ricorso, per questo fine, a un improbabile programma retribuzionistico-assoluto offre una copertura etico-filosofica – capace di farla apparire come un bene – a quella stessa logica del rispondere al male minacciando e applicando una sofferenza corrispondente che è alla base del modello preventivo criticato.

5.1. Si tratta, dunque, di pensare *altrimenti* la prevenzione. Che del resto il modello classico, di cui è un riflesso la centralità del ricorso al carcere, funzioni poco e male l'abbiamo in parte già visto: ma l'analisi di una simile inadeguatezza potrebbe andare ben oltre.

Valga il rimando, circa la prevenzione generale, al nodo della cifra oscura, sulla cui estensione l'agente di reato farà comunque affidamento, a discapito dell'effetto intimidativo (cosicché la pena elevata nasconde non di rado con la sua sporadica e quasi sempre mal distribuita applicazione ad alta rendita simbolica la scarsa capacità di ottenere il risultato al quale davvero potrebbe riconnettersi, come insegnava Beccaria, efficacia dissuasiva, vale a dire l'*alta probabilità* che del fatto illecito siano individuati beneficiari e responsabili e che il medesimo, di conseguenza, *non paghi*).

Ma si consideri altresì come risulti assai poco credibile, rispetto alla complessità dei fattori a monte della scelta soggettiva di commettere un reato, immaginare che sia sufficiente agire, per scongiurare tale scelta, solo sull'aspetto rappresentato dalla valutazione delle possibili conseguenze sfavorevoli: ciò, quantomeno, ove non si tratti di criminalità economica dipendente da fredde

ponderazioni a tavolino dei rischi e dei vantaggi prevedibili, ambito rispetto al quale, tuttavia, proprio la circostanza che la contropinta rappresentata dalla minaccia (in senso lato) di *costi* mantiene una sua verosimile efficacia rende *non necessario*, secondo quanto precedentemente osservavamo, il ricorso alla pena detentiva.

Del resto, che l'attitudine preventiva dell'intimidazione non risulti affatto scontata emerge con chiarezza sia constatando il sussistere di attività criminose che implicano già di per sé, cioè a prescindere dalla risposta penale, rischi gravissimi, sia prendendo atto del manifestarsi di crimini terroristici realizzati attraverso il suicidio dei loro autori (realtà, questa, che nullifica a priori la portata dissuasiva della minaccia di un male come pena), sia considerando che non s'è mai provata una diminuzione dei tassi di criminalità violenta dipendente dall'applicazione stessa della pena di morte (o un loro aumento dopo la sua abrogazione), sussistendo piuttosto seri indizi per annoverare quest'ultima tra i fattori criminogenetici in forza della sua incidenza contraddittoria nei confronti del messaggio normativo che ha per oggetto l'intangibilità della vita umana.

Se poi si volge lo sguardo alla prevenzione speciale può constatarsi come l'incapacitazione dei singoli agenti di reato non implichi affatto un corrispondente decremento nei tassi di criminalità, dato che di regola i posti di lavoro criminale in tal modo liberati, assenti strategie orientate a incidere sui fattori che creano opportunità delinquenziali, vengono ben presto coperti da altri soggetti, tanto più nell'ambito della criminalità organizzata.

Un esito, questo, che taluno ritiene poter essere smentito ove solo si proceda, per lungo tempo, alla neutralizzazione sistematica e duratura dei condannati, specie se recidivi: ne deriverebbe, tuttavia, una drastica estensione, indotta dallo stesso sistema giuridico, del sacrificio complessivo di beni fondamentali, in antitesi con la funzione limitativa che dovrebbe pur sempre competere, in proposito, agli strumenti penalistici propri di uno stato liberale, con l'effetto di esarcerbare, senza risolverle, le problematiche sociali operanti in senso criminogenetico, incentivando scelte di radicale contrapposizione alla legalità.

Non si dimentichi, del resto, che in presenza di politiche intese a una vastissima neutralizzazione detentiva, come quella in atto negli Stati Uniti ⁽²¹⁾, la disaggregazione dei dati statistici globali, già molto elevati, evidenzia tassi di detenzione relativi a determinate categorie di soggetti e a certe fasce di età – per esempio, ai *non caucasici* poveri ricompresi fra i quindici e i venticinque anni – addirittura paradossali. Il che induce a domandarsi, da un lato, se in questo modo non si finisca soltanto per dilazionare l'esplosione di problemi sociali irrisolti e, dall'altro, se ciò non serva di fatto a distogliere l'attenzione da comportamenti antigiuridici non riconducibili alla sfera dei reati che suscitano allarme sociale, ma talora di essi *più pericolosi* sia in rapporto alla salvaguardia delle istituzioni democratiche, sia in rapporto alle conseguenze negative, dirette o indirette, per la tutela dei diritti umani ⁽²²⁾.

5.2. A ben vedere, l'elemento che caratterizza, ricollegandolo alla logica retributiva, il modello classico di prevenzione si sostanzia nel qualificare quest'ultima come effetto di un mero esercizio della *forza* ⁽²³⁾: in altre parole, come effetto – dal punto di vista *generale* – del timore di un danno coattivamente applicabile e, dal punto di vista *speciale*, dell'incapacitazione fisica a delinquere realizzata mediante l'esecuzione della condanna (aspetto, invero, che ha visto negli scorsi decenni alcune deroghe, ma che oggi, stante l'esempio americano, rischia di conoscere una nuova enfasi).

Resta dunque assente da un simile quadro il rilievo in termini preventivi del fattore *convincimento* e con ciò l'interesse a promuovere nei cittadini *anche* attraverso il sistema penale la

²¹ Cfr. p. es. il vol. 3, n. 1 (January 2001), della rivista *Punishment & Society. The international Journal of Penology*, interamente dedicato alla problematica (*Special Issue on Mass Imprisonment in the USA*, ed. by D. Garland).

²² Sulle tendenze, anche sotto il profilo storico, della penalizzazione in Italia cfr. M. PAVARINI, *La penalistica civile e la criminologia ovvero discutendo di diritto penale minimo*, in AA.VV., *La bilancia e la misura*, cit., in part. p. 90 ss.

²³ Sulla tradizione del diritto inteso come forza e sul ruolo assunto a tal proposito dalla teorizzazione hegeliana cfr., sinteticamente, N. ABBAGNANO, *Dizionario di filofofia*, 3^a ed. a cura di G. Fornero, Torino, 2001, p. 315 s.

disponibilità ad accogliere per ragioni non puramente strumentali, facendole proprie, le esigenze di tutela rappresentate dal diritto.

In breve: l'auspicata prevenzione penalistica dei reati si fonda tuttora su dinamiche di pura e semplice *coazione esterna*, trascurando il ruolo fondamentale che assume, onde scongiurare le condotte criminose, il *consenso* nei confronti dei precetti normativi: ma proprio un modello di prevenzione orientato a tenere alta l'autorevolezza di tali precetti e la libera adesione agli stessi dei loro destinatari – cioè fondato non già sull'esercizio della forza, bensì sulla ricerca del consenso – costituisce l'alternativa di fondo ai criteri fino a oggi ritenuti indiscutibili dell'intervento penale.

Vi sono d'altra parte ottime ragioni per ritenere che producano livelli assai più stabili di prevenzione i sistemi penali disposti a riguardare i cittadini – in veste di agenti potenziali o attuali di reato – non già come mero *oggetto* passivo della minaccia e se del caso dell'applicazione di un male, bensì pur sempre come *destinatari di un appello*, tale da presupporre un dialogo costantemente aperto.

“Il diritto – così di recente un giurista di area extrapenalistica – non si regge certo sulla sola comminazione di misure sanzionatorie, ma anche e principalmente sul riverbero sociale che giungono a ottenere le sue qualifiche normative”⁽²⁴⁾; dunque, su quella che, rispetto alle norme penali, Klaus Lüderssen definisce *Legitimationskraft*, evidenziando il ruolo di fattore criminogenetico cardine che il suo difetto assume in rapporto ai deficit di socializzazione e alle insufficienze della struttura sociale: “nell'eventualità di una *legittimazione* molto debole viene pressoché meno la necessità di individuare ragioni specifiche dell'inosservanza di una norma”⁽²⁵⁾.

L'attenzione per simili profili corrisponde in modo del tutto peculiare allo spirito della democrazia: solo lo stato democratico può infatti ambire, diversamente dai regimi totalitari o dalle aggregazioni criminali che perseguano il controllo del territorio, a ottenere un'adesione *libera* dei singoli individui nei confronti delle sue norme, e pertanto a *convincere* piuttosto che a *costringere*; ciò anzi ne rappresenta la forza autentica, mentre allorquando il diritto agisce secondo modalità di pura coazione il criterio del suo perseguire scopi preventivi dipende dalla contingenza dell'azione repressiva e può avere soltanto, a sua volta, effetti contingenti, non distinguendosi dal criterio operativo, poniamo, di un'organizzazione mafiosa.

Potrebbe obiettarsi che il sussistere del diritto penale attiene proprio all'eventualità di una non sufficiente tenuta dei fattori *lato sensu* culturali cui è affidato in via primaria il compito della prevenzione; simile rilievo, tuttavia, non comporta in alcun modo che la tutela *rafforzata*⁽²⁶⁾ dei beni giuridici attraverso l'introduzione di reati debba attenere al piano puramente coercitivo e quindi prescindere dallo scopo di recuperare – in membri per così dire *a rischio* della società e da parte dello stesso condannato – il *consenso* (non prodottosi, o per ipotesi non in grado di prodursi, senza supporto penalistico) all'osservanza di specifiche regole fondamentali per la convivenza civile.

Emerge, su questa via, un aspetto di notevole interesse quanto alla natura *liberale* del sistema giuridico: si tratta di far sì che lo stesso settore massimamente espressivo dei poteri imperativi statuali consideri l'agente (potenziale o attuale) di reato quale individuo cui l'ordinamento rivolge pur sempre una proposta, valorizzandone la capacità tipicamente umana di assumere decisioni o, se vogliamo, la *libertà*⁽²⁷⁾; in altre parole, si tratta di escludere una configurazione della strategia

²⁴ Così S. BERLINGÒ, *Libertà religiosa, pluralismo culturale e laicità dell'Europa: diritto, diritti e convivenza*, relazione svolta al convegno *Coscienza cristiana e nuove responsabilità della politica*, Camaldoli, 29 giugno - 1° luglio 2001, p. 1 del dattiloscritto (par. 3).

²⁵ Cfr. K. LÜDERSEN, *Gibt es zwischen Ost und West ein gemeinsames Rechtsbewusstsein als Grundlage für strafrechtliche Wiedergutmachung und Resozialisierung?*, in ID., *Abschaffen des Strafers?*, Frankfurt am Main, 1995, p. 173 s.

²⁶ Cfr., ancora, K. LÜDERSEN, *Alternativen zum Strafen*, in AA.VV., *Strafgerechtigkeit (Festschrift für Arth. Kaufmann)*, Heidelberg, 1993, p. 491.

²⁷ Significativamente I. MEREU, *Il profeta dell'incivilimento*, in *Il Sole-24 Ore* dell'8 maggio 2001, attribuisce dal punto

penalistica secondo modalità che, riguardando i loro destinatari come meri oggetti di una costrizione fisica o psicologica, o di una minaccia, non sono proprie – *non possono essere ritenute proprie* – dei rapporti i quali coinvolgono *persone* (secondo un’esigenza che potrebbe essere derivata, al pari del principio di colpevolezza, dall’art. 27, primo comma, della Costituzione).

È fuori di dubbio che le norme penali, almeno quando non operino cause di esclusione della colpevolezza o della pena, prevedono strumenti onde garantire che ne siano eseguite le sanzioni (ed in tal senso sono senza dubbio imperative), ma ciò non implica che le sanzioni medesime debbano essere pensate secondo logiche (coercitive) di intimidazione e neutralizzazione.

5.3. Se quanto s’è detto è vero, assumono ovviamente grande peso, in luogo di queste ultime nozioni, le cosiddette componenti *positive* della strategia preventiva.

Per quel che concerne la prevenzione generale, dunque, l’autorevolezza delle indicazioni comportamentali e delle connesse qualifiche di anti giuridicità, autorevolezza dipendente, fra l’altro, dal credito riconosciuto alle procedure democratiche di produzione delle norme, dall’attendibilità delle istituzioni nel *promuovere*, sotto ogni profilo, i beni giuridici (anche penalmente) tutelati come pure nel provvedere in modo serio agli interventi che possano ridurre l’incidenza dei fattori criminogenetici, dalla capacità dei pubblici poteri di intercettare, bloccandone i vantaggi, un numero significativo di condotte illecite, dall’attitudine degli strumenti processuali a chiarire i quadri di responsabilità relativi agli illeciti commessi e a ribadire la vigenza del diritto violato.

Si consideri, d’altra parte, che proprio nei contesti democratico-pluralistici, ove il più delle volte non sussistono autorità unanimemente riconosciute in ambito etico, la legge penale viene a rappresentare l’*unico* criterio orientativo valido in linea di principio per l’intera società circa le condotte necessarie ad assicurare esigenze minime di tutela dei diritti umani.

La prevenzione generale positiva risulta in questo senso legata alla parte precettistica delle fattispecie criminose (al messaggio che esse, fissando un divieto, *a contrariis* propongono), non all’entità delle sanzioni: tanto è vero che, assente addirittura qualsiasi pena, è diversa l’incidenza generalpreventiva di una scriminante rispetto a quella di una mera esclusione della punibilità (sempre che il distinguo giuridico si renda, nelle conseguenze che se ne traggano in concreto, socialmente percepibile). Le sanzioni, semmai, possono contribuire allo scopo in esame non già attraverso la loro durezza o l’attitudine a soddisfare istanze retributive, bensì configurandosi secondo modalità esse pure capaci di operare in senso promozionale – per esempio nell’ottica della giustizia riparativa – rispetto al bene protetto.

Così intesa la prevenzione generale positiva non ha dunque davvero a che fare, come invece ampia parte della dottrina sembra ritenere ⁽²⁸⁾, con quanto sostenuto dalle correnti neoretribuzioniste, vale a dire con l’effetto di stabilizzazione della fedeltà alle norme che deriverebbe dal soddisfacimento dei bisogni di pena emergenti rispetto a ciascun reato. Secondo questo approccio, infatti, il risultato preventivo è pur sempre atteso dalla minaccia, attualizzata nelle altrui condanne, del *malum poenae*, salva una lettura più sofisticata rispetto a quella classica del meccanismo psicologico operante, tale per cui attraverso l’esempio delle pene inflitte e secondo i livelli delle medesime ritenuti necessari verrebbe assicurato, si sostiene, il costante depotenziamento degli impulsi a imitare le condotte criminose nonché a infrangere, di conseguenza, il tabù dell’adesione al diritto. Secondo l’ottica poco sopra descritta, invece, il realizzarsi della prevenzione generale positiva dipende da ciò che nelle fattispecie di reato e nella loro applicazione *non s’identifica* con l’entità e, al limite, con la stessa sussistenza di una pena.

Si dirà che la questione attiene a mere scelte terminologiche, e in parte può essere. Ciò che conta, in ogni caso, è superare l’idea, propria dell’opinione più diffusa, secondo cui il diritto penale

di vista filosofico-giuridico agli illuministi lombardi dell’ottocento di aver cominciato “a discutere se si possa continuare a parlare di un diritto penale basato sulla *tecnica della coazione* o non sia il caso di cominciare a pensare a un sistema basato della *tecnica della coesistenza* (discussione che dura ancora oggi)”.

²⁸ Riferimenti, p. es., in G. FORTI, *L’immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 136 ss.; si veda anche K. LÜDERSEN, *Vorwort*, in ID., *Abschaffen des Strafens?*, cit., p. 9.

agirebbe in senso generalpreventivo soltanto, o soprattutto, attraverso l'entità della pena minacciata ed eventualmente inflitta, il che conduce a negare la centralità dei profili di orientamento delle condotte *autonomi* dalla logica fondata sulla deterrenza. Ricondurre questi ultimi alla prevenzione generale *positiva* risponde, peraltro, all'esigenza di distinguere fra strategie politico-criminali fondate sulla dimensione *forza* o sulla dimensione *consenso*, permettendo, subito lo vedremo, un utile raccordo con le componenti non puramente neutralizzative della prevenzione speciale.

Rispetto a quest'ultima la versione positiva si sostanzia, com'è ben noto, nell'intento risocializzativo, che persegue il recupero della disponibilità personale al rispetto (*per scelta*) delle norme penali, in luogo dell'incapacitazione fisica a delinquere o del mero condizionamento a non rendersi recidivi per non patire di nuovo il male già sperimentato. Un'ottica nel cui ambito l'ordinarietà della pena dovrebbe essere intesa come mirante a *consolidare* i livelli di socializzazione del condannato, ferme esigenze di controllo per così dire *speciale* quando sussista il pericolo effettivo della reiterazione di gravi reati (laddove il modello vigente resta imperniato sulla sistematica desocializzazione connessa alla pena detentiva, salvo deroghe per lo più ispirate a logiche deflattive e propositi rieducativi quantomeno poco credibili).

Ciò che appare importante, tuttavia, è il fatto per cui la valorizzazione del consenso quale cardine della finalità specialpreventiva non rileva *soltanto* a beneficio del condannato, così che gli obiettivi *di interesse sociale* perseguibili nei confronti di chi già abbia commesso un illecito lo sarebbero più efficacemente attraverso gli strumenti tradizionali; piuttosto, deve constatarsi come nulla sia in grado di riaffermare in modo maggiormente credibile, nella coscienza sociale, la vigenza della norma violata di quanto non lo sia la disponibilità a tornare a rispettarla da parte del trasgressore medesimo.

Questi, prendendo le distanze con una sua scelta rispetto alla precedente esperienza criminosa *destabilizza* nel contesto sociale complessivo e, soprattutto, in quello specifico di provenienza l'attitudine dell'illecito posto in essere a fungere da modello di comportamento; il che assume tanto più rilievo alla luce dell'attenzione dedicata da tempo in sede criminologica (secondo la prospettiva delle c.d. *associazioni differenziali*) al ruolo cardine che rivestono quanto al diffondersi delle condotte antiggiuridiche i *processi imitativi* – o più in generale le dinamiche di approvazione o disapprovazione operanti all'interno dei gruppi in cui l'individuo afferma la sua personalità verso determinate modalità dell'agire⁽²⁹⁾.

L'orientamento al recupero implica del resto che l'ordinamento giuridico e di riflesso la società tornino, per così dire, di volta in volta a *motivare* le ragioni di tutela del bene lesa, in certa misura riproponendole, mediante il percorso svolto dal condannato, a tutti i cittadini: il che non avviene con la mera stigmatizzazione, in maniera apodittica e non argomentata, del comportamento deviante attraverso il meccanismo retributivo (la società che si limita a operare una ritorsione, facendo affidamento sull'automatismo della sua efficacia simbolica, si mostra assai *meno sicura* di possedere spiegazioni convincenti e proponibili in un contesto democratico-pluralistico per il non delinquere).

Dunque, la prevenzione speciale (intesa come risocializzazione) fa prevenzione generale (in senso *positivo*), creando condizioni favorevoli al rafforzarsi del consenso intorno ai precetti normativi. Nel contempo, il recupero del condannato, incidendo sull'ascendente che l'agire antiggiuridico esercita nella realtà da cui questi proviene, contribuisce a *chiudere* posti di lavoro criminale.

Ne deriva la riconquista da parte dell'orientamento risocializzativo – non più fondato sulla centralità del carcere – di un ben preciso statuto politico-criminale, tale da consentire di riconoscere finalmente all'art. 27, terzo comma, della Costituzione il ruolo, che gli spetta, di cardine della strategia preventiva, implicante l'opzione per una modalità della medesima fondata, secondo la terminologia che abbiamo adottato, sul paradigma del *consenso*, piuttosto che su quello della *forza*.

²⁹ Cfr. G. FORTI, *op. cit.*, p. 510 ss.; per un'interessante analisi dei meccanismi *mimetici* cfr., già nel 1947, M. HORKHEIMER, *Eclisse della ragione. Critica della ragione strumentale*, Torino, 1969, p. 123 s.

Del pari, ne deriva che la categoria della colpevolezza, in quanto esige il rilievo di fattori soggettivamente orientati che potrebbero risultare *disfunzionali* a una mera stigmatizzazione simbolica del fatto nel suo profilo oggettivo, non costituisce semplice *contrappeso*, ad essa estraneo, della strategia preventiva, ma elemento la cui considerazione è *indispensabile* in rapporto ai fini perseguiti dal sistema penale.

Una volta che l'attesa di esiti preventivi non venga più ricondotta all'entità in sé della pena (all'entità, cioè, della sofferenza irrogata) si apre la via, inoltre, a una diversificazione reale dell'apparato sanzionatorio e alla rivalutazione del ruolo suscettibile di essere assolto in senso preventivo già dalla fase del processo. Proprio al processo, e non tanto alle caratteristiche della condanna, andrebbero affidati, per esempio, sia l'intento di rendere manifesto il giudizio sulla gravità del fatto criminoso, sia l'intento di riaffermare rispetto a quest'ultimo la vigenza del diritto violato: così che la pena possa invece rispondere, fundamentalmente, a un'ottica riparativa, riabilitativa o di contrasto – quando necessario – degli interessi economici in gioco.

5.4. Una strategia di risposta ai reati come quella tratteggiata, che va oltre il semplice rimando al diritto penale minimo, appare soprattutto in grado, peraltro, di consentire un'attuazione *credibile* dell'*extrema ratio* quale principio guida riguardante l'intero sistema punitivo.

Simile principio, alla luce degli artt. 13 e 27, terzo comma, Cost., implica, da un lato, che non s'intervenga su beni di maggior rango, piuttosto che su beni di rango inferiore, senza assoluta necessità, dall'altro che la risposta sanzionatoria cerchi quanto più possibile di consolidare, e comunque di salvaguardare, i livelli di socializzazione del soggetto ad essa sottoposto: solo un modello, tuttavia, che non identifichi la forma *ottimale* della tutela prevista dal diritto rispetto ai fatti illeciti con la massima durezza intrinseca delle sanzioni può consentire una presa di distanze convinta, e non revocabile, dal ruolo centrale del carcere, evitando che sia percepita come una *rinuncia* a fare prevenzione.

Il canone dell'*extrema ratio* attiene dunque, prima che alla qualifica penale o extrapenale di un dato illecito, alle modalità sanzionatorie cui in concreto s'intenda fare ricorso ed esige, innanzitutto, che sia affermato il carattere rigorosamente sussidiario dell'utilizzazione di pene detentive. D'altra parte, il riferimento all'*extrema ratio* del diritto penale è nato proprio in rapporto alla coincidenza, per lungo tempo indiscussa, fra *ius puniendi* e possibilità di incidere attraverso la pena sulla libertà di chi abbia commesso un illecito: il che ha condotto a sovrapporre limiti riguardanti la penalizzazione e limiti riguardanti, per l'appunto, la privazione della libertà.

Ciò premesso, le sanzioni non detentive sono suscettibili di essere qualificate o meno dal legislatore come *penali* secondo giudizi aperti a una certa legittima variabilità: in proposito, si tratta di valutare, essenzialmente, l'ambito dei diritti comunque coinvolti dalle singole sanzioni, l'opportunità di far leva in senso preventivo sulla specifica autorevolezza della definizione di un illecito quale reato, i motivi che depongano per il mantenimento della competenza in capo a un'autorità, quella giudiziaria, cui la Costituzione garantisce piena autonomia dal potere politico, le esigenze che consiglino di rendere disponibili i peculiari strumenti d'indagine propri della magistratura, la necessità di tener fermo l'apparato delle garanzie tipiche del sistema penale.

Il profilo che attiene alle garanzie è particolarmente delicato: in presenza di sanzioni non detentive e soprattutto di sanzioni le quali non consistano nella privazione di diritti potrebbe in effetti discutersi, anche nei casi in cui sia mantenuta la competenza penale, del ricorso a procedimenti *meno complessi* rispetto allo standard penalistico ordinario (diversamente si rischia, come osservavamo, un'erosione strisciante delle garanzie entro l'ambito di un sistema che continua a fondarsi sulla minaccia del carcere); ma ove una simile via, con cautela, venga percorsa dev'essere accuratamente impedito che, semplificate le garanzie, l'accesso al carcere delle persone fisiche si renda nondimeno prospettabile *in seconda battuta*, vale a dire nell'ipotesi in cui siano disattese le prescrizioni dettate dalla sentenza di condanna.

Appare dunque estremamente importante, per non incorrere in pericolose frodi delle etichette, che l'ambito delle sanzioni non detentive rilevanti sul piano penale e applicate sulla base di regole

specifiche definisca un sistema *chiuso*, tale cioè da non consentire, in forza di vicissitudini della fase esecutiva, il passaggio alla detenzione (passaggio che in linea di principio, peraltro, andrebbe *sempre* evitato).

Non sembra invece facilmente utilizzabile come criterio distintivo fra competenza penale ed extrapenale, ove sia esclusa in radice l'applicabilità del carcere, il mero riferimento al bene *finale* tutelato, dato che la gran parte delle norme istitutive di illeciti restano pur sempre riferibili, almeno in via indiretta, alla salvaguardia di beni tutt'altro che secondari, quali l'integrità fisica, l'uguaglianza, la dignità umana.

Uno spazio *molto ampio* per il diritto penale non detentivo – vale a dire per sanzioni non detentive che restino penali – si manifesta in ogni caso *necessario*: diversamente, cioè rifacendosi al proposito di depenalizzare l'intera gamma degli illeciti che possano non essere sanzionati col carcere, si avrebbe con altissima probabilità (lo attestano le vicende degli ultimi anni) una depenalizzazione modesta e il permanere entro l'ambito del tradizionale sistema penale *detentivo* di *tutte* le fattispecie per le quali non vi sia bisogno alcuno di prevedere il ricorso al carcere, ma non sia del pari proponibile, per ragioni politico-criminali o anche storico-culturali, l'abbandono della competenza penalistica.

In pratica, un diritto penale *solo* detentivo impedirebbe l'utilizzazione effettiva del carcere come *extrema ratio*. Mentre un ordinamento che prenda sul serio la sussidiarietà della detenzione, riservandola essenzialmente ai casi in cui sussista il serio pericolo della reiterazione di reati gravi (e quindi sussista l'esigenza di una peculiare rielaborazione in un ambiente per così dire *protetto* – rispetto al soggetto agente e alla società – del percorso criminoso), si configura in grado di superare davvero la coincidenza della politica criminale con gli strumenti tradizionali della politica *penale*, valorizzando il senso della *continuità* che dovrebbe contraddistinguere l'apparato sanzionatorio (penale ed extrapenale), nonché il collegamento di quest'ultimo con altri mezzi preventivi, sia di natura giuridica, sia attinenti alle politiche sociali e all'aspetto formativo-culturale.

Potrebbe parlarsi, in breve, di un sistema orientato, per fini di prevenzione, a favorire il *consenso*, piuttosto che un'obbedienza instabile fondata sul timore, nei confronti dei precetti giuridici: un sistema tale per cui lo stesso impianto sanzionatorio sia costruito intorno alle idee portanti del *recupero* a una partecipazione sociale corretta di chi abbia trasgredito la legge e della *composizione riparativa* per ciò che concerne la frattura dei legami solidaristici intersoggettivi rappresentata dalla condotta anti-giuridica; un sistema a un tempo molto vigile, nondimeno, circa il contrasto, soprattutto economico, delle condotte rischiose, come pure circa l'integrazione fra i diversi piani della strategia preventiva.

In un simile quadro alcune esigenze specifiche di tutela, sulla base di *scelte* politico-criminali motivate e controllabili (non necessariamente inerenti al tipo di sanzione utilizzato), più che di suddivisioni aventi rilievo per così dire *ontologico*, verrebbero gestite dal diritto penale. Solo entro i confini di quest'ultimo – è chiaro – resterebbe possibile l'intervento, in termini di *extrema ratio*, sulla libertà personale. Al di sotto di questo vertice sanzionatorio *limite* si collocherebbero rispettivamente, nella piramide politico-criminale, le sanzioni non detentive penali, le sanzioni non detentive extrapenali, le discipline giuridiche (commerciali, amministrative, tributarie...) orientate a incidere sui fattori criminogenetici, gli interventi politico-sociali ed educativo-culturali.

Non si dovrà attingere al livello superiore ove risulti sufficiente quello inferiore. Ma quale che sia il livello cui si ritenga necessario giungere onde tutelare, rispetto a certe forme di aggressione, un dato bene, i livelli antecedenti andranno *comunque percorsi*, perché solo in tal modo potrà essere minimizzato il numero delle fattispecie rispetto alle quali vengano previste le modalità d'intervento più intense, come pure il numero dei casi concreti rispetto ai quali le medesime vengano in effetti applicate.

6. Quanto s'è detto lascia senza dubbio irrisolto il problema della progettazione *tecnica* di un nuovo sistema preventivo, problema implicante una serie di quesiti assai complessi: si pensi al

rapporto, già più volte evocato, fra diritto penale e modalità sanzionatorie extrapenali, alla scelta delle sanzioni, al ruolo del codice penale, al destino dei reati contravvenzionali, ai criteri di rilevanza della personalità, e così via. Come fin dall'inizio s'indicava, tutto questo *esige*, peraltro, una visione politico-criminale, della quale confidiamo di aver tratteggiato alcuni aspetti non marginali.

Sia consentito, da ultimo, derivarne in estrema sintesi, senza pretese di organicità, qualche conseguenza impellente, tenuto conto dei progetti di riforma del codice penale sinora elaborati:

a) È indispensabile costruire un apparato organizzativo *serio* – ben altra cosa rispetto ai mezzi modestissimi gestiti dai Centri di servizio sociale – per l'esecuzione delle pene non detentive: finché le risorse resteranno assorbite dal sistema penitenziario sarà molto facile definire non praticabili, in concreto, percorsi davvero autonomi (non puramente sospensivi o clemenziali, o in altro modo *ancillari*) rispetto al carcere, seppure lo stesso costo unitario delle sanzioni che non si fondino sulla detenzione sia di gran lunga inferiore al costo-carcere e seppure l'effettività di tali sanzioni possa essere assai alto (non è scontato, ad esempio, che la pena pecuniaria si caratterizzi per i risibili livelli italiani di esecuzione reale, quando in altri paesi accade esattamente il contrario).

b) L'auspicata estensione dei tipi di pena principale e il recupero del senso di continuità relativo all'insieme delle sanzioni che abbiano rilievo giuridico deve peraltro condurre a un decremento *effettivo* nel ricorso al carcere e non costituire una variabile autonoma – com'è accaduto nel passato con l'introduzione di strumenti sostitutivi o alternativi – rispetto all'andamento statistico della popolazione penitenziaria: ciò onde evitare la beffa, anche politico-criminale, di una riforma che finisca solo per aggiungere penalizzazione (o comunque ulteriore spazio per l'intervento sanzionatorio) rispetto all'ambito applicativo tradizionale del carcere e rispetto alle stesse ben definite tipologie di *outsider sociali* che ne costituiscono la clientela.

c) Anche per questo va criticata l'indisponibilità riscontrabile pure nel progetto di riforma della commissione presieduta dal prof. Grosso a introdurre una forma di pena alternativa al carcere – imperniata sul modello di un ridefinito affidamento al servizio sociale – *davvero spendibile* rispetto alla gran parte della popolazione penitenziaria, composta da persone con gravi problemi di inserimento sociale e sovente provenienti da contesti di degrado civile ed umano: persone che potrebbero trovare difficoltà, fra l'altro, a beneficiare della stessa sospensione condizionale (tanto più in rapporto ai nuovi presupposti cui la medesima verrebbe subordinata e allo scotto per la non riuscita risocializzazione che attraverso la disciplina della recidiva si vorrebbe nuovamente caricare sul condannato, secondo un disegno che in termini preventivi ha ben poco di realistico), pur risultando il più delle volte non particolarmente pericolose (ad esempio, non *organizzatrici* di attività criminale), ma necessitanti di un serio sostegno riabilitativo onde poter consolidare, e non ulteriormente deteriorare attraverso la detenzione, il senso dell'appartenenza secondo vincoli di corresponsabilità al tessuto sociale.

Ciò rende manifesti i limiti di una strategia che dichiara di prendere le distanze dalla centralità della pena detentiva, ma costruisce pur sempre le altre tipologie sanzionatorie – salvo la pena pecuniaria per quote giornaliere, riferibile soprattutto a determinate tipologie dell'agire criminoso – come mera privazione di diritti, non attribuendo spazio adeguato al filone delle pene-prestazione e ai percorsi riabilitativi: col rischio che la prevista *detenzione domiciliare*, lungi dal concorrere a ridurre realmente i tassi di reclusione in carcere, finisca per diventare la valvola di sfogo pur sempre custodialistica, a basso prezzo, di un sistema che non muta la strategia imperniata, per l'appunto, sul carcere, e in tal senso finisca per assorbire – ve ne sono avvisaglie preoccupanti, *mutatis mutandis*, già nel contesto giuridico vigente – lo spazio delle attuali misure alternative rispondenti a un'ottica riabilitativa.

d) Del pari non è da condividersi l'indifferenza dei progetti di riforma per il recupero di un *dialogo* con l'autore di reato nell'ambito del processo: di un dialogo, cioè, il quale superi la prospettiva che dà spazio a elementi di giustizia negoziata per meri scopi deflattivi dei carichi giudiziari o persegue la mera collaborazione, quando rilevi, alle attività d'indagine, rimanendo chiusa, invece, a una logica di *composizione del conflitto* (non si è andati oltre il rilievo attenuante già oggi previsto per l'avvenuto risarcimento patrimoniale o l'essersi adoperati al fine di elidere o contrastare le conseguenze dell'illecito commesso).

In un simile orizzonte il processo resta solo un mezzo per applicare pene, non un'opportunità suscettibile di avere in se stessa significato preventivo.

Il fatto che l'imputato potrebbe essere disponibile, date certe condizioni, ad ammettere responsabilità *proprie* o perfino desiderarlo, continua – per esempio – a non suscitare interesse⁽³⁰⁾: sebbene il favorire percorsi orientati al rientro nella legalità, senza oneri di collaborazione sovente insostenibili, risulti della massima importanza preventiva (specie con riguardo a carriere che abbiano avuto inizio in condizioni o fasce d'età segnate da scarsa autonomia decisionale), e sebbene lo stesso venir meno dei legami con gruppi criminali organizzati si manifesti, nella forma in esame, meno facilmente screditabile agli occhi degli altri membri di quanto non lo sia un distacco cui s'accompagnino benefici derivanti da una collaborazione ad altrui danno⁽³¹⁾.

e) Per analoghi motivi resta incomprensibile la diffidenza circa l'apertura del processo a sub-procedure di *mediazione penale*, che restano relegate entro l'ambito della *prassi* minorile e dei reati perseguibili a querela di parte dal giudice di pace (*ex art. 29, quarto comma, d. lg. 28 agosto 2000, n. 274*).

La mediazione può offrire molto alla strategia preventiva, poiché consente di recuperare al processo, considerato in senso ampio, dimensioni incompatibili col suo strutturarsi ordinario ma assai importanti, come s'è visto, dal punto di vista politico-criminale, senza che ciò comporti lo svuotamento di capisaldi garantistici (ad esempio, del principio *nemo tenetur se detegere*): si pensi alla gestione non retribuzionistica delle esigenze legittime di cui è portatrice la vittima e all'introduzione di un contesto nel cui ambito può essere espressa, o ricercata, da parte dello stesso imputato – in assenza di conseguenze a suo danno – la *verità*.

Con la mediazione si realizza infatti uno spazio di confronto, fra agente presunto e vittima (o, in mancanza, fra il medesimo e un soggetto esponenziale dei beni coinvolti), *separato* dalle udienze giudiziarie, tale per cui gli elementi fattuali che in esso emergano restano ignoti sia al pubblico ministero che al giudice e sono inutilizzabili ai fini della condanna. Il giudice, piuttosto, riceve dalla persona (qualificata) che sovrintende alla procedura una relazione, di cui potrà tener conto, riguardante in via esclusiva l'esito della stessa, vuoi per quanto concerne gli impegni assunti ed eventualmente già assolti dall'imputato onde attestare la disponibilità per il futuro a una condotta responsabile nei confronti dei beni giuridici offesi, vuoi per quanto concerne l'atteggiamento tenuto dal giudicando nei confronti del suo interlocutore⁽³²⁾.

³⁰ Una specifica rilevanza era stata attribuita all'ammissione del fatto, circa i presupposti per il ricordo al giudizio abbreviato, nel disegno di legge sulla giustizia a suo tempo presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia G. M. Flick (cfr. *Relazione al Pacchetto Flick sulla giustizia*, con il testo del provvedimento, in *Guida al diritto*, 25 gennaio 1997, n. 3, p. 119 ss.).

³¹ Si consenta il rinvio, in proposito, a L. EUSEBI, *Forme e problemi della premialità nel diritto penale*, in *Studium iuris*, 2001, p. 277 ss. L'opportuno abbandono (cfr. L. EUSEBI, *ibidem*), nella seconda versione del "progetto Grosso", dell'ipotesi di un'attenuante generale imperniata sulla collaborazione alle indagini (art. 68, ora 66, lett. g), non ha portato, purtroppo, a definire una soglia *alternativa* della premialità c.d. ad effetto processuale, soglia che si sarebbe potuta attestare, per l'appunto, al livello dell'ammissione di responsabilità *proprie*.

³² Questa una traccia di possibili linee-guida:

“Durante la fase delle indagini preliminari o prima della chiusura del dibattimento, a tal fine sospeso per non più di novanta giorni, l'imputato è ammesso su sua richiesta a svolgere una procedura di mediazione [secondo le regole previste da un'apposita normativa] presso l'Ufficio di mediazione penale competente.

In un certo senso, dunque, viene in gioco con la mediazione un ribaltamento della stessa prospettiva sanzionatoria tradizionale: si muove da una presa di iniziativa dello stesso imputato, che sarà valutata dal giudice.

A questo punto, resta ovviamente aperto il nodo concernente la scelta del tipo di rilievo da attribuirsi all'esito positivo dell'iter in oggetto nella commisurazione della pena in senso stretto e in senso lato: lo spettro delle soluzioni può essere molto ampio e va preso in esame con riguardo a specifiche categorie di reati e di pene, anche in ragione delle modalità sanzionatorie che si renderanno in futuro disponibili (potrebbe darsi un rilievo nell'ambito degli altri parametri commisurativi, ovvero ai fini della previsione di un'attenuante, di un provvedimento sospensivo o di messa alla prova, di una non procedibilità, dell'ammissione a un dato percorso, e così via).

Del tutto scontato è che l'accesso alle specifiche procedure di mediazione può configurarsi soltanto come volontario.

In ogni caso, il possibile ricorso alla mediazione non esige in alcun modo di essere circoscritto a meri ambiti di criminalità minore, secondo quanto, soprattutto in Italia, è finora accaduto. Per sua natura, anzi, la mediazione si manifesta quale strategia di portata *generale*, rispondente a una ben precisa scelta preventiva, quella imperniata sulla promozione (e sul recupero) del *consenso* intorno alle esigenze di tutela dei beni fondamentali e per lo più descritta, internazionalmente, con l'espressione di *restorative-justice* ⁽³³⁾.

Al di là delle singole procedure di mediazione fra agente e vittima di reato, che potrebbero essere accettate come una sorta di *nicchia* del sistema sanzionatorio penale da riferirsi a settori privilegiati, l'ottica finalizzata a promuovere – per l'appunto – mediazione può dunque assumere il ruolo di paradigma riferibile alla riforma dell'intero apparato sanzionatorio, e pertanto alla stessa ristrutturazione delle pene principali.

f) Andrebbe superato il luogo comune sommamente equivoco del riferimento solo in apparenza garantistico, circa la commisurazione della pena, al “*limite della proporzione con la colpevolezza per il fatto*” ⁽³⁴⁾, posto che tale criterio lascia supporre l'esistenza, come già osservavamo improponibile, di una configurazione della pena in sé corrispondente al fatto colpevole, che il giudice, tenuto conto di certi parametri, per intuito sarebbe in grado di cogliere: una prospettiva tutt'altro che innocua o meramente retorica, in quanto rappresenta – al di là di tutte le dichiarazioni programmatiche sulla funzione della pena – il caposaldo di una concezione retributiva del punire, aperta di fatto a una gamma assai vasta di esiti e in grado di esimersi, entro i limiti edittali, da ulteriori oneri argomentativi.

La procedura ha il fine di favorire la composizione del conflitto aperto dal reato nei confronti della parte offesa e dell'ordinamento giuridico, nonché la disponibilità da parte del soggetto agente alla riparazione e all'assunzione di impegni orientati a un futuro atteggiamento responsabile nei confronti dei beni giuridici offesi.

Alla procedura di mediazione è chiamata a partecipare, se sussiste, la parte offesa dal reato. L'indisponibilità di quest'ultima alla partecipazione o alla collaborazione durante la procedura non pregiudica la valutazione positiva dell'esito della medesima rispetto all'atteggiamento dell'imputato.

Di quanto avvenuto presso il tavolo di mediazione è resa nota al giudice solo una relazione finale sui risultati della procedura e sugli impegni concordati, assolti o comunque offerti dall'imputato medesimo.

I contenuti dei colloqui svolti in sede di mediazione restano per ogni altro aspetto segreti. Nulla in particolare può essere comunicato al giudice rispetto a quanto venga ammesso dall'imputato presso il tavolo di mediazione circa i reati che gli vengono attribuiti. Qualsiasi utilizzazione in sede processuale dei suddetti contenuti è vietata a pena di nullità insanabile.

Il giudice tiene conto dell'esito della procedura di mediazione ai fini...”.

³³ Cfr. sul tema C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, in AA. VV., *Verso una giustizia penale “conciliativa”: il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, a cura di L. PICOTTI e G. SPANGHER, Milano, 2002, p. 85 ss.

³⁴ Così l'art. 69, secondo comma, prog. prel. “Grosso” (versione 2001).

Abbandonato il mito della pena *giusta*, l'opera del giudice, piuttosto, andrebbe razionalmente descritta, onde favorire scelte motivate e controllabili ⁽³⁵⁾, quale riferimento al caso concreto delle valutazioni politico-criminali che hanno condotto il legislatore a definire, per un certo tipo di condotta e date certe caratteristiche personali, un determinato quadro della risposta sanzionatoria possibile (se si vuole, quale *concretizzazione* delle scelte sanzionatorie legislative).

L'elemento garantistico dovrebbe essere essenzialmente ravvisato (oltre che nel tipo di opzione politico-criminale fatta propria dal legislatore) nel divieto di tener conto a carico del condannato di elementi *estranei* alla colpevolezza del fatto ⁽³⁶⁾.

g) Un nodo complesso, che richiede una riflessione molto attenta e al quale in questa sede si può solo far cenno, è costituito dal rapporto fra sanzioni non detentive implicanti, come abbiamo auspicato, la partecipazione attiva del soggetto ad esse sottoposto e norme premiali o di chiusura tese a incentivare tale partecipazione, prevedendo che cosa debba accadere in caso di mancata adesione a un dato percorso sanzionatorio o di inottemperanza alle sue modalità esecutive ⁽³⁷⁾.

Viene in gioco, pertanto, il tema relativo al grado di autonomia di un modello processuale e sanzionatorio ispirato alla logica della prevenzione-consenso rispetto a elementi che nell'ambito del medesimo modello restino improntati, in funzione di stimolo o di controllo, a logiche più tradizionali.

Così impostato, tuttavia, il problema potrebbe avere soluzioni affrettate. Evidenziarlo, infatti, non significa avallare l'idea secondo cui qualsiasi sistema punitivo resta espressione, nel suo nucleo, di mere istanze coercitive: piuttosto, dovrebbe condurre ad agire affinché nei casi stessi in cui manchi o venga a mancare la cooperazione del condannato l'intervento sanzionatorio si configuri pur sempre espressivo di una volontà intesa al recupero e al dialogo da parte del diritto, come pure affinché gli elementi in esame rimangano i più contenuti possibile, secondo l'ottica di un'utilizzazione (non strategica, ma) *strumentale* all'idea preventiva portante.

Anche per questo appare del tutto inadeguata la prospettiva che intenda dar spazio a nuove modalità sanzionatorie – privandole di autonomia sia sul piano teorico, sia sul piano degli apparati esecutivi – solo o prevalentemente entro l'ambito dei requisiti rilevanti circa la sospensione condizionale della pena detentiva, che di conseguenza resterebbe, in senso tecnico e nel sentire comune, cardine dell'intero sistema. Parallelamente, già lo si osservava, non potrebbe condividersi

³⁵ V. anche *supra*, nota 5.

³⁶ Questi alcuni appunti per una possibile norma (vi si considera altresì il problema del rilievo attribuibile all'accertamento della personalità):

“Il giudizio concernente la determinazione della pena è riferito alla colpevolezza che si è manifestata nel fatto di reato. Elementi della personalità del condannato che non si sono manifestati nel fatto e il comportamento successivo al reato sono presi in considerazione solo al fine di attenuare l'entità delle conseguenze sanzionatorie.

Nel giudizio di cui al precedente comma il giudice applica al caso concreto, sulla base dei principi enunciati dall'art. 27 della Costituzione, la valutazione politico-criminale operata dal legislatore fissando la tipologia e lo spazio edittale delle pene previste per il reato commesso, in rapporto alle caratteristiche soggettive del colpevole.

Quando una pena non detentiva o la detenzione domiciliare sono previste alternativamente a una pena detentiva quest'ultima può essere inflitta solo se sussistono fattori tali da far ritenere altrimenti non evitabile ed elevato il rischio di reiterazione del reato commesso.

Il giudice può riservarsi di definire la pena all'esito dell'osservazione della personalità, condotta ai sensi dell'art. 13 ord. pen. A tal fine fissa una nuova udienza, successiva all'avvenuta osservazione.

L'imputato può presentare memorie o perizie sulle sue condizioni socio-psicologiche. Ove lo ritenga necessario, il giudice può avvalersi della consulenza di periti.

L'art. 220, secondo comma, c.p.p. è abrogato.

La non collaborazione dell'imputato all'osservazione della personalità non può costituire elemento che conduca ad aggravare le conseguenze sanzionatorie”.

³⁷ Valga ancora il rinvio a L. EUSEBI, *Forme e problemi*, cit., p. 273 ss.; cfr. altresì A. PICCIANI, *La premialità nel sistema penale*, in S. ARMELLINI – A. DI GIANDOMENICO (a cura di), *Ripensare la premialità. Le prospettive giuridiche, politiche e filosofiche della problematica*, Torino, 2002, p. 239 ss.

l'automatismo del ritorno alla reclusione come pena di seconda battuta (dunque, non ricollegabile a esigenze gravi di difesa sociale) con riguardo all'ipotesi del non adempimento di prescrizioni da assolversi in libertà.

h) Da ultimo, va posto in evidenza il legame che esiste fra la riforma del sistema sanzionatorio e la stessa elaborazione dogmatica relativa alle categorie rilevanti nella teoria del reato. Si tratta, soprattutto, di evitare che siano assecondati indirizzi tesi al recupero surrettizio di effettività del sistema incentrato sulla pena principale detentiva attraverso processi di normativizzazione (intesa come *funzionalizzazione*) delle categorie suddette: indirizzi i quali compromettono il ruolo di *limite* della dogmatica rispetto alle pretese suscettibili di essere avanzate da una politica criminale meramente simbolica e, in tal modo, quell'oggettività dell'approccio al contesto fattuale e psicologico in cui l'autore abbia operato necessaria affinché la sanzione non risponda a pure e semplici istanze soddisfatorie.

Di tutto questo appare paradigmatica la vicenda relativa alla definizione del dolo nel "progetto Grosso", definizione che, inglobando una formula assai incerta riguardante il dolo c.d. eventuale e del tutto equiparata a quella che contraddistingue il dolo intenzionale, finisce per incentrare sulla prima – come *minus* espressivo delle caratteristiche ad esso necessarie e sufficienti – il concetto stesso di dolo, svincolandolo di fatto dalla *volizione* in quanto fattore psicologico idoneo a differenziarlo *qualitativamente* dalla colpa.

Ciò risultava di particolare evidenza nella prima versione, di cui al testo licenziato il 12 settembre 2000, della formula relativa al dolo eventuale ("*chi... agisce rappresentandosi la realizzazione del fatto come altamente probabile, accettandone il rischio*": art. 30): con essa, osservavamo in altra sede, "la prova del dolo finirebbe per riferirsi *solo* al livello della probabilità di verificazione del fatto, secondo un confine peraltro chiaroscurale da cui dipendono esiti fra loro molto diversi; la stessa asserita dimensione limitativa di quel criterio rispetto a certe derive della prassi – proseguiamo – sconta il rischio di valutazioni assai discrezionali, specie ove non siano utilizzabili quadri statistici predefiniti, o addirittura presuntive (la suggestione derivante dall'essersi il fatto storicamente verificato può essere forte)"⁽³⁸⁾.

Si addiveniva pertanto, col testo revisionato del 26 maggio 2001, a una nuova formula del dolo eventuale ("*chi... agisce accettando la realizzazione del fatto, rappresentato come probabile*": art. 27), formula che, correttamente interpretata, dovrebbe coincidere con quella storica di Frank: accettare il fatto, e non il mero rischio, significa infatti agire nello stato psicologico di chi non solo è disposto, temerariamente, a rischiare, stato che è caratteristico, *tout court*, della colpa con previsione, ma è pienamente disposto a pagare il prezzo del fatto per ottenere i suoi risultati (come nel dolo c.d. diretto), così da potersi affermare sulla scorta di tutti i dati situazionali – *prima formula di Frank* – che continuerebbe ad agire anche ove fosse certo quanto al prodursi dell'evento; criterio, quest'ultimo, il quale individua l'*unico* stato che, assente la volizione, sia differenziabile sul piano *psicologico* dal manifestarsi ordinario della colpa e che sia in grado, dunque, di offrire un contenuto autonomo, ove di una tale categoria si debba discutere, al c.d. dolo eventuale⁽³⁹⁾.

Tuttavia è assai dubbio, considerate le vicende giurisprudenziali in materia degli ultimi anni, che simili conclusioni logiche, *limitative* della conseguenza rappresentata da una totale incertezza di confini fra dolo e colpa, saranno effettivamente derivate (si consideri anche l'incidenza negativa che potrebbe avere il passaggio, nella seconda versione della norma proposta in tema di dolo, dalla

³⁸ Cfr. L. EUSEBI, *Il dolo nel diritto penale*, in *Studium iuris*, 2000, p. 1080 (*Addenda*).

³⁹ Per un maggior approfondimento cfr., di chi scrive, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, cit., p. 1085 ss., e *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, p. 171 ss. Quanto alla critica secondo cui la formula di Frank sostituirebbe "dati effettivi con elementi ipotetici" (così, p. es., G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 4^a ed., Bologna, 2001, p. 330, nota 74) va ribadito che il giudizio ipotetico in cui essa si sostanzia, come accade in molti altri casi (ad esempio in tema di causalità), è utilizzato per cogliere, con attendibilità contigua alla certezza, uno stato psicologico *reale* (cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 7^a ed., Milano, 2000, p. 280, nota 21, nonché L. EUSEBI, *Appunti*, cit., p. 1090, e *Il dolo come volontà*, cit., p. 181 s.).

richiesta di una rappresentazione del fatto come *altamente probabile* a quella di una rappresentazione del medesimo come soltanto *probabile*).

I confini rischiano di rimanere incerti, con spazi in potenza ampi per la reciproca assimilazione di atteggiamenti personali fra loro diversi. Ma compattare, semplificando, situazioni differenti – la stessa condizione psichica individuata dalla formula di Frank non è la *stessa cosa* del dolo intenzionale – non è conforme, tanto più ove sia in gioco la pena detentiva (e seppure possano sussistere in senso opposto suggestioni simboliche), alle esigenze di una politica sanzionatoria, intesa al recupero del condannato, *razionale* ⁽⁴⁰⁾.

⁴⁰ L'intera materia andrebbe riconsiderata anche in rapporto ai rilievi precedentemente svolti circa la responsabilità colposa.