

PER UNA CONCEZIONE POST-RIPARATORIA DELLA PENA

Contro la pena come raddoppio del male *

SOMMARIO: 0.0. Premessa. I PARTE. LA CRISI DELLE BASI EPISTEMOLOGICHE. — 1.1. Giustificazione della pena e giustificazione del diritto penale sono collegate, ma non coincidono. — 1.2. Il concetto di pena e l'eventualità dell'utile. — 1.3. Carattere retrospettivo della pena e finalità preventive solo individuali. — 1.4. L'assenza di base scientifica della pena-proporzionalità, anche se declinata in senso finalistico. — II PARTE. PREMESSE GARANTISTICHE E TEORICHE DI UNA RICOSTRUZIONE. — 2.1. Le contraddizioni tra una fondazione generalpreventiva (apparentemente senza proporzionalità) e un'applicazione senza prevenzione generale. — 2.2. Il fondamento del diritto penale (funzioni della pena) e il rapporto con la pena applicata (fini della pena). La prevenzione generale come mera funzione. — 2.3. La moralità della prevenzione come tutela di beni, le sue condizioni giuridiche e il diritto penale moderno. — 2.4. Natura politica, non scientifica, della pena. — 2.5. Dalla non giustiziabilità dell'*ultima ratio*

(*) È il testo rielaborato della relazione (su "Possibilità e limiti di una riforma del sistema sanzionatorio") esposta al primo Convegno dell'Associazione dei Professori di diritto penale, Firenze, 16-17 novembre 2012, su "Il diritto penale nella realtà contemporanea: prospettive e alternative". Il contributo compendia e conclude, con esiti propositivi di una teoria della pena (teoria prescrittiva, normativa, a differenza di alcune dottrine "sulla pena" esposte in precedenza), riflessioni condotte in studi degli ultimi dieci anni: M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Indice pen.*, 2001, 1035 ss.; Id., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, *ivi*, 2003, 75 ss., 89 ss.; Id., *La sintassi del rapporto fatto/autore nel Progetto Grosso*, in *La riforma della parte generale del codice penale*, a cura di A.M. Stile, Jovene, Napoli, 2003, 53 ss. (anche in Id., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, 2003, 264 ss., già in *Crit. dir.*, 2001, 2257 ss.); Id., *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in questa *Rivista*, 2003, 141 ss.; Id., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, spec. 269 ss.; Id., *La condanna a morte di Saddam Hussein. Riflessioni sul divieto di pena capitale e sulla "necessaria sproporzione" della pena nelle gross violations*, in *Cass., pen.*, 2007, 6 ss., 13 ss.; Id., *Diritto penale di lotta. Ciò che il diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi quest. crim.*, 2007, 55 ss.; Id., *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in *Ius17@unibo.it*, 2009, 421 ss.; Id., *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Scritti Coppi*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2011, 889 ss.; Id., *Oggetto, metodo, compiti della scienza penale*, in *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011, spec. 200 ss.; Id., *Scienza penale integrale*, *ibidem*, spec. 137 ss.; Id., *Certezza della pena e certezza del diritto. Una riforma chirurgica per dissolvere il non-sistema*, *Intervista* in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 febbraio 2012; Id., *Diritto penale europeo e principio di sussidiarietà*, in corso di pubblicazione. V. altresì il documento introduttivo M. DONINI, M. PAVARINI, *Silète poenologi in munere alieno!*, in *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica oggi*, a cura di M. Pavarini, Monduzzi, Bologna, 2006, in partic. 25 ss.

(politicità “esterna”) alla verifica di legittimità delle scelte interne al sistema sanzionatorio (scientificità “interna”), alla scienza della legislazione. — III PARTE. LE RIFORME URGENTI DEL SISTEMA SANZIONATORIO IN ATTUAZIONE DELLA SUSSIDIARIETÀ PENALE. — 3.1. Le specificità negative del sistema punitivo italiano tra commisurazione e colpevolezza. — 3.2. I rimedi. A) Restaurazione dei principi di legalità (primato del titolo *legale* della responsabilità sulla pena *giudiziale*), e di colpevolezza (primato della colpevolezza sulla prevenzione generale e sulla capacità criminale) nella commisurazione in senso lato. — 3.3. B) Il principio che “il delitto non paga” e il rapporto tra confisca per equivalente e tutela della vittima. — 3.4. C) Il rapporto tra sospensione della pena, risarcimento del danno e riparazione dell’offesa. — 3.5. Il rapporto tra patteggiamento e sospensione della pena e il nesso fatto/autore. — IV PARTE. OLTRE IL POLIFINALISMO, NEL SEGNO DI UNA PROPORZIONE POST-RIPARATORIA. — 4.1. Il superamento del polifinalismo verso una sussidiarietà penale integrata. 4.2. L’abbattimento dei massimi delle cornici edittali. Per una diversa idea di proporzione post-riparatoria.

0.0. *Premessa.* — Osservando l’insegnamento dei grandi Maestri, dai filosofi del Settecento e dell’Ottocento (senza risalire a prima della nascita del diritto penale moderno), dai classici dell’illuminismo fino ai giorni nostri, non c’è autore la cui lettura non desti perplessità palesando, spesse volte, disorientamenti fatali in materia di sanzioni. Pensavano di avere la chiave di volta, e invece avrebbero meglio dovuto riconoscere e dire: *Don’t follow me. I’m lost too.* È con questa consapevolezza che ho accolto il cortese invito dell’Associazione dei professori di Diritto penale a interloquire su questo terreno minato.

I PARTE. LA CRISI DELLE BASI EPISTEMOLOGICHE

1.1. *Giustificazione della pena e giustificazione del diritto penale sono collegate, ma non coincidono.* — Nella convinzione pratica dei penalisti è possibile pensare di dare un fondamento *scientifico* al diritto penale, senza avere risolto *scientificamente* o *politicalmente* il problema della pena: analizzare le norme penali in bianco, il concorso di persone o la causalità, senza ricevere implicazioni deduttive dalla soluzione dei temi penologici.

La consolidata realtà *diacronica* millenaria, e *sincronica* in un ambito comparato di estensione planetaria, di categorie, istituti, incriminazioni, e oggi anche di principi, supporta un *background* dal contenuto classico e moderno, solo diversamente declinato da diversi orientamenti sanzionatori, che vivono in autonomia la loro miserevole esistenza.

A chi persegue una *scienza separata* (e studia quindi il fatto tipico, il tentativo o il dolo a prescindere dalla soluzione del problema della pena) *si contrappone da qualche tempo un’altra posizione* (1), la quale ritiene che

(1) MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Esi, Napoli, 2002, *passim*; D. PULITANO,

tutto il diritto penale debba fondare dall'inizio la sua giustificazione, la sua base teorica e politica, a partire dalla pena, o almeno considerando l'essenzialità della pena a tal fine. Non si tratta tanto, si noti, di un fondamento politico-criminale "alla Roxin" (2), per intenderci, ma penologico. Per questo una parte rilevante dei "manuali" odierni comincia la trattazione del diritto penale muovendo dal problema della pena o dei fini della pena o delle funzioni del sistema penale.

Il momento sanzionatorio diventerebbe così essenziale alla definizione stessa del diritto penale: non perché esso sia un diritto meramente sanzionatorio, ma perché senza la sanzione esso non sarebbe diritto "penale". La "*materia penale*" rappresentata dal contenuto particolarmente afflittivo della sanzione, è del resto sottoposta oggi al vaglio della Corte EDU (3), ma di riflesso anche a quello della Corte costituzionale (4), pur prescindendosi

Diritto penale, parte gen. 4, Giappichelli, Torino, 2011, 10 ss. (dove sono le teorie della pena a rispondere al problema della "legittimazione" del diritto penale). Si tratta di una particolare declinazione, in fondo, del garantismo a base costituzionale. Se il diritto penale è (giuridicamente) legittimo solo sul fondamento di principi superiori alla legge, questi principi (tra i quali, in Italia, vi è il vincolo alla tendenza rieducativa della pena: art. 27, co. 3, Cost.), non possono che determinarne anche il contenuto (v. per es. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, NssDig.it, XIX, 1973, 1 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma, Bari, 1989). Sulla limitata portata di questa pur corretta premessa, in relazione al vincolo tra fini della pena e struttura delle incriminazioni, valgono le considerazioni del testo. In realtà, se le teorie del reato sono tradizionalmente scritte non a prescindere, ma distintamente dalle teorie della pena, ciò non è dovuto solo a ragioni editoriali. È che la commisurazione della pena presuppone l'analisi del reato e ne ripete principi e categorie come elementi di giudizio, mentre la giustificazione e legittimazione del reato suppone una analisi dei suoi compiti e delle sue funzioni: che sono però *compiti* (deontologici e politici) e *funzioni* (socio-politiche) *del sistema* più in generale, mentre *i fini della pena* in senso stretto, quali *obiettivi normativi e vincolanti*, emergono soprattutto rispetto alla *pena giudiziale* (v. *infra*, § 2.2, 2.3).

(2) C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, de Gruyter, Berlin, New York, 1973².

(3) Come noto, la Corte EDU supera il velo formale della qualificazione non penalistica e attribuisce sostanza di "*materia penale*" a sanzioni che incidono in misura significativa sulle sfere dei diritti, anche senza compromettere la libertà, così contrastando ogni possibile "frode alle etichette" esistenti nella qualificazione giuridica (per es. di tipo amministrativo) di illeciti nazionali (l'illecito potrebbe essere bagattellare, ma la sanzione no, ed è qui che si sviluppa questa giurisprudenza europea). V. soltanto, da ultimo, la giurisprudenza raccolta da V. MANES, *Art. 7/1 Cedu*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 2011. La materia penale, dunque, è potenzialmente sottoposta a sindacato di legittimità sanzionatoria in merito alla correttezza della qualificazione: non tanto, però, in merito alla correttezza sostanziale della sanzione.

(4) Lo sforzo massimo della Corte cost. in tema di qualificazione sostanzialmente penalistica di sanzioni "punitive" che formalmente non sono pene criminali ha riguardato, come noto, *ipotesi di confisca*, cioè di misure di sicurezza patrimoniali, con riferimento alla natura sostanzialmente afflittiva, sanzionatoria e repressiva (anziché meramente "preventiva") delle stesse. La loro qualificazione come pene ha consentito di applicare a esse il divieto

in quella sede da un giudizio di congruenza tra sanzione (sostanzialmente penale) e illecito (anche formale, *malum quia prohibitum*, *infractio matérielle*, *regulatory offence*, “not real crime” etc.) (5), salvo estendere le garanzie del “penale” a ciò che solo formalmente non lo è.

Le posizioni qui riferite sostengono che sono proprio la funzione o il fine della pena a condizionare la costruzione del reato, a renderlo non solo *politicalmente* legittimo, ma anche *giuridicamente* legittimo.

In questa maniera, peraltro, si rischia di identificare le *condizioni di esistenza giuridica* con quelle di *legittimazione politica* del diritto penale. L’insostenibilità *politica o applicativa* di un sistema punitivo non è, infatti, un argomento decisivo contro il diritto penale *in sé* (6).

ESEMPIO. Ipotizziamo uno Stato illiberale, uno Stato dell’illecito o dell’ingiustizia (Unrechtsstaat), nel significato di Radbruch o un diritto penale del nemico. Oppure pensiamo al codice Rocco “dentro” all’ordinamento costituzionale (non solo albertino, ma anche) fascista. Ebbene, anche in uno Stato siffatto, è possibile fondare scientificamente una teoria dell’illecito e della responsabilità penali, ammettendo che la situazione punitiva o costituzionale rende ingiusto il sistema vigente, ma non il diritto penale in quanto tale.

Oppure osserviamo, senza ipotizzare proprio nulla, il nostro ordinamento vigente e le migliaia di precetti formali in materia ambientale, prevenzionistica etc., presidiati da sanzioni penali: la difficoltà di costruire una “scienza” d’illeciti sostanzialmente amministrativi, ma qualificati penalmente, può impedire per questo di dare legittimazione *scientifica* a quegli illeciti, ma non al diritto penale in sé considerato.

In un contesto di maggiore normalità costituzionale e normativa, fissati alcuni parametri minimi di legittimità costituzionale, secondo un’impostazione orientata alla Costituzione, alle fonti sovranazionali e alle Carte

di retroattività *ex art.* 25 cpv. Cost. Cfr. C. cost. 26 maggio 2010, n. 196 (sull’art. 186, co. 2, lett. c) C.d.s. e C. cost. ordin. 1-2 aprile 2009, n. 97 in tema confisca per equivalente applicabile ai reati tributari.

(5) Sui limitati spazi di sindacato costituzionale sulla meritevolezza di tutela penale di un bene giuridico v. per tutti l’analisi giurisprudenziale di E. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Giuffrè, Milano, 2005, 199 ss. (cap. IV) e V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e colpevolezza*, in *Dir. pen. contemp.*, *Rivista*, 1/2012, 99 ss.

(6) Chi pensa il contrario, cioè di non poter parlare di una ricostruzione scientifica del diritto penale a prescindere da una soluzione scientifica del problema della pena, produce solo questo: la messa in crisi scientifica dell’intero diritto penale solo perché non si è risolto il problema della pena, o della pena giusta. Proprio la sussidiarietà del diritto penale, invece, che è nozione politica, ma non (ancora) scientificamente collaudabile in maniera adeguata, se non faticosamente e in casi estremi o isolati, legittima il diritto penale allorché si abbiano indizi di utilità preventiva che si aggiunge alla prova dell’insufficienza di altri mezzi preventivi comunque impiegati ed esistenti.

internazionali dei diritti, c'è quindi spazio per distinguere fra diritto penale e diritto penale politicamente legittimo o desiderabile (7).

La tesi che si commenta, perciò, se condotta agli estremi, appare molto politicizzata, senza offrirci un contenuto tecnico minimo appagante.

Vero è che se non si recupera il collegamento funzionale e finalistico fra teoria del reato e teoria della pena, fra illecito e sanzione, fra sistema delle incriminazioni e sistema sanzionatorio, il discorso sul reato diventa un esercizio accademico o di mera legittimazione convenzionale, una forma d'ideologia.

È ciò che rischia di fare la Corte costituzionale gestendo principi “sovralegali”, ma solo nella cornice di una (quasi sostanzialmente) insindacabile scelta politica a monte: insindacabili le scelte parlamentari sull'*an*, nella differenza penale-amministrativo, e insindacabili anche sul *quantum*, salvo assurdità legislative. Tutta la dialettica dei principi e delle regole costituzionali si gioca « dentro » a questa insondabile gabbia politico-concettuale prefigurata dalla politica. Se dunque è sovrano chi decide lo stato di eccezione (Schmitt), tra cui quell'*ius exceptum* che appartiene alla storia del diritto penale, e se nel penale il Parlamento può decidere qualunque cosa nell'*an* e nel *quantum* della scelta sanzionatoria (salvo la pena di morte e poco più), i giuristi cominciano soltanto *dopo* la scelta sovrana sulla pena, a fissare qualche condizione di legittimità relativa, interna, raffrontando l'opzione con quelle mediamente già adottate.

L'obiezione allora è immediata: se fosse scienza la loro penologia, non sarebbe sindacabile, aggredibile da discorsi di garanzia preliminari, anche la “forma” e la “sostanza” che contiene e riempie il tutto (la decisione sul se e il quanto di pena) e lo determina? Se esistono condizioni sovralegali (costituzionali, sovranazionali) di legittimità giuridica del diritto penale, perché esse non si estendono alla giustiziabilità del nucleo penalistico più basilare, rappresentato dalla scelta tra opzione penale e opzione extrapenale, e dalla decisione sul quanto punire? E se non sono giustiziabili, non significa ciò che non può essere detto nulla di veramente scientifico al riguardo?

La *mia tesi* è che non solo in Italia, ma in tutto il mondo, esiste una maggiore scientificità nella costruzione della teoria del reato o dell'assetto

(7) Su tale premessa è fondata tutta l'opera di Francesco Carrara. Lo stesso si può dire di Hans Welzel. Esempi profondamente diversi, ma coincidenti su questo punto. Senza aderire a professioni di fede giusnaturalista, l'esemplarità di alcune premesse di metodo scientifico (razionalità del diritto o della scienza giuridica *vs.* scelte di mero diritto positivo) impongono la distinzione tra legittimità giuridica e razionalità giuridica, lasciando spazi tra la mera legittimità anche costituzionale e la libertà scientifica e politica di andare oltre quei limiti normativi. Pur con tutte queste premesse e anzi in virtù di esse, nel testo si sostiene che tutt'oggi è largamente maggiore il livello di collaudo epistemologico della teoria del reato rispetto alla teoria della pena.

delle incriminazioni (non “di tutte”, nella loro storica contingenza, ma di un nucleo importante di esse), e una maggiore giustiziabilità costituzionale di tali incriminazioni, rispetto alla teoria e alla realtà della pena (8), *perché la spiegazione della pena è fondamentalmente politica* (9), a differenza

(8) Solo una prospettiva di *critica storica*, probabilmente, consente di vedere col necessario distacco l'ingenuità tragica degli orientamenti volti a introdurre “pene scientifiche”. Materiali insostituibili negli *Jarbücher der juristischen Zeitgeschichte* diretti da Thomas Vormbaum, editi ora da Walter de Gruyter di Berlino, e nella rivista *Critica del diritto* edita da Esi e diretta da A. Bevere e S. Moccia, in Italia. V. comunque, per restare a esempi abbastanza vicini al sapere “scientifico”, e non alla sola prassi escludente, M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison* (Gallimard, 1965) tr. it. *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, 1993, 79 ss. (nascita delle ideologie penali settecentesche “generalizzanti” le pene, anche se miti, in virtù di un garantismo formalmente egualitario), 125 ss. (dalle pene scientifiche multiple al monopolio della detenzione), 218 ss. (sul Panopticon di Bentham), 279-281 sul fatto che l'uomo delinquente e la tecnica penitenziaria, “fratelli gemelli”, non sono il prodotto di una scienza criminale, ma l'origine di questa scienza: la produzione di delinquenti dopo la nascita del carcere (e in virtù di esso) fa nascere la verità e la scienza criminologica del delitto; v. quindi le pagine sui manicomi criminali di C. Lombroso, *L'uomo delinquente etc.* (1876), ed. Il Mulino, Bologna, 2011, 399 ss., e le non meno interessanti evoluzioni verso una criminologia nazionalsocialista del grande dogmatico tedesco Edmund Mezger (F. Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003); ma non è che la consapevole politicità della scelta sanzionatoria garantisca di più, quanto a razionalità delle opzioni, delle illusioni scientifiche: v. soltanto la difesa della pena di morte retroattiva da parte di un padre della Patria come Piero Calamandrei sulle pagine de *Il Ponte* nel 1945 (riferimenti in M. Donini, *La gestione penale del passaggio dal fascismo alla democrazia in Italia*, in *Materiali per la storia della cultura giuridica*, 2009, 197-199). Oppure le ben note, ma mai troppo meditate vicende penali (e non solo criminali) più drammatiche della storia del Novecento: dall'olocausto, ai Gulag, ai crimini contro l'umanità in Europa, Asia, Africa e America Latina: v. su tutto ciò F. Stella, *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, Bologna, 2006, 53-124; fino alle più recenti teorizzazioni penalistiche del “diritto penale del nemico” e di un secondo binario sanzionatorio per le “non persone” (v. soltanto Aa.Vv., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini e M. Papa, Giuffrè, Milano, 2007; Aa.Vv., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, a cura di M. Cancio Meliá/J. Gómez-Jara Díez (coordin.), vol. I e II, Edisofer S.L., Euros Editores, B de F Ltda, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2006; nonché Aa.Vv., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, Monduzzi, Bologna, 2006; e il numero monografico dei *Quaderni fiorentini*, 2009 su *Il diritto dei nemici*, a cura di P. Costa). Osservando dunque le “lezioni della storia”, riesce difficile abbandonarsi fiduciosi all'abbraccio della scienza o della politica in materia di opzioni sanzionatorie in senso stretto: quelle che, dalla *selezione dei fatti*, conducono alla *selezione degli autori*. Pertanto, è soprattutto una *scienza delle garanzie* che può risultare appagante verso prospettive di *umanesimo penale*.

(9) Kant e Hegel volevano dare alla pena un fondamento filosofico di tipo retributivo. Gli illuministi utilitaristi, da Beccaria a Bentham a Feuerbach, volevano dare alla pena un fondamento politico (o politico-costituzionale) di tipo generalpreventivo. Ma già Francesco Carrara si muoveva nel senso di un ideale scientifico, di una scienza sovratemporale, di diritto della ragione (tra retribuzione giuridica e prevenzione generale positiva). Da allora in poi i modelli contrapposti di fondazione “scientifica” della pena si sono moltiplicati almeno sino alla prima parte del Novecento. Per intenderci: quando Karl Binding scrive *Das Problem der*

della teoria del reato, che presenta una razionalità costruttiva più coerente e indipendente.

Strafe in der heutigen Wissenschaft (orig. 1877, poi pubblicato, con modifiche) in *Id.*, *Strafrechtliche und straprozessuale Abhandlungen*, Bd. I. *Strafrecht*, Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1915, 61 ss., intende dimostrare l'esistenza di una vera teoria scientifica della pena come pena retributiva (essendo assurdo, a suo avviso, punire guardando a un futuro privo di prognosi certe e di criteri commisurativi, come se il fatto commesso fosse solo il "presupposto" della pena, anziché rappresentare correttamente il "motivo", la "ragione" e poi anche la "misura" della pena stessa: *ivi*, 70 s.). Quando Enrico FERRI scrive (fra le altre opere al riguardo) la *Sociologia criminale*⁴, Bocca, Torino, 1900, 9 ss., 561 ss., 581 ss. ed elabora il concetto di responsabilità sociale al posto di quello di responsabilità morale, ha in mente una vera rivoluzione epistemologica nella risposta al crimine, che comincia sul terreno sanzionatorio, piuttosto che su quello dei reati, e prima ancora vorrebbe basarsi sulle "conclusioni della scienza" circa il determinismo della volontà e l'assenza di libero arbitrio. Quando Franz von LISZT scrive *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (il "Marburger Programm" "del 1882, poi pubblicato) in *ZstW*, 3, 1883, 1 ss., e quindi in *Id.*, *Strafrechtliche Aufsätze*, Bd. I, Guttentag, Berlin, 1905, 126 ss., trad. it., 42 ss., 53 ss.). Sennonché, la nostra consapevolezza è cambiata dopo le rinascite e le crisi degli ideali retributivi (dopo Norimberga e il retribuzionismo a base neogiusnaturalista, e poi dopo i modelli nordamericani di *just desert*, culminati storicamente nella *zero tolerance* e nel diritto penale del nemico). Si è trasformata poi con le speranze e le disillusioni delle ideologie della rieducazione carceraria e del trattamento in Italia (le speranze dell'ordinamento penitenziario del 1975 e la realtà carceraria violenta, spersonalizzata e burocratica per tipi d'autore-fatti di reato dispiegata all'inizio del nostro millennio) e nel mondo. Anche dopo le stagioni della prevenzione generale positiva o integratrice (dagli anni Settanta ai nostri giorni) abbiamo dovuto prendere atto che regolarmente l'utilitarismo pedagogico non è solo un programma di tutela di valori e di protezione dei diritti umani, perché si trasforma senza sosta in un diritto penale di lotta a livello europeo, che sacrifica i singoli in nome della collettività verso progetti di continua espansione del penale. E anche gli ideali della giustizia riparativa, della *restorative justice*, concepiti sino a oggi come sistemi paralleli, magari contrapposti ma non davvero alternativi a quelli della pena classica, non hanno certo apportato un mutamento nelle concezioni della pena criminale in senso stretto, accostandole "terzi binari" o pratiche umanistiche parallele. Pertanto, oggi nessuno potrebbe affermare impunemente (è il caso di dire) di possedere una scienza della sanzione penale. Molte dottrine sì, anche ordinatamente riprodotte nei vari sistemi a livello internazionale: ma nessuna fondata su metodi poco più che empirici, nessuna davvero consolidata e sicura in un metodo che abbia retto alle repliche della storia. Al metodo empirico del sincretismo appartiene anche ogni forma nota di concezione *polifunzionale* della pena. Teorie eclettiche essenzialmente empiriche e non scientifiche. La concezione della pena concretamente vigente in un sistema giuridico ha un fondamento tutto storico-politico, assai più della teoria del reato, e muta frequentemente. Basta vivere qualche anno in più, e il quadro è cambiato senza che si sia scoperto davvero qualcosa di nuovo. Ciò significa che una teoria scientifica della pena (che non sia dunque il mero tentativo di razionalizzazione delle scelte del solo diritto positivo, e magari di un programma di governo, diversissimo nei vari Paesi)

La *situazione di partenza* nella quale ci troviamo è la seguente: per quanto il problema della pena appartenga ovunque più alla politica del diritto penale e al commento del diritto positivo — anziché alla scienza del diritto — noi viviamo in Italia una situazione di crisi fondazionale *aggiuntiva*, che tocca le *specificità nazionali* della nostra disciplina per quanto attiene al nesso specifico tra illeciti e sanzioni (*infra*, parte III).

1.2. *Il concetto di pena e l'eventualità dell'utile*. — La pena è un male aggiunto al male colpevolmente commesso dal soggetto che la subisce: la nozione è classica, ma anche conforme al principio di personalità della responsabilità penale (10). Nel concetto di male è contenuto quello di perdita di diritti.

Non è dunque una sanzione “positiva”, ma fondamentalmente negativa (11). Non è però richiesto che sia sempre una sanzione “subita”, potendo anche essere una sanzione almeno in parte “agita” volontariamente dal soggetto.

Se la pena individuale, applicata *ex post*, giovi alla società, o se possa risolversi in un bene per il condannato, è lasciato alle speranze, alle eventualità, alle buone intenzioni, ma non appartiene al suo *concetto*. La pena resta tale, nella sua *essenza*, anche se *di fatto* non rieduca e non risocializza, anche se non è né medicinale, né salvifica, né restitutoria o

attende ancora di essere costruita, indebolendo ciò in parte il valore epistemologico più che della teoria del reato, della scienza giuridico-penale nel suo complesso.

(10) Si noterà che non aggiungiamo alla definizione essenziale della pena il requisito del rimprovero, della censura, del biasimo (censure, blame, Tadel, Vorwurf), né quello del “castigo”. La ragione di ciò apparirà più chiara nel prosieguo (v. anche *infra*, note 33 e 43). È solo sotto il profilo sociologico e fattuale che è dato riscontrare la presenza di una disapprovazione sociale, di tipo simbolico-espressivo (S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, parte gen., Il Mulino, Bologna, 2007, 49 s.), peraltro vera solo per determinati reati, e sempre a rischio di effetti di desocializzazione e criminalizzazione secondaria.

(11) Per un inquadramento della pena nel rapporto dialettico tra sanzioni positive e negative cfr. T. PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in AA.VV., *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli, G. Scalfi, Giuffrè, Milano, 1985, 55 ss. Dal programma che andremo delineando apparirà chiaro come l'inserimento della pena nel quadro delle sanzioni essenzialmente negative potrà essere rivisto, ma non azzerato e convertito nel catalogo dei premi o delle misure profilattiche. Si è anche detto che la pena è una “sanzione di contenuto afflittivo non risarcitorio” (D. PULITANÒ, *Diritto penale*, parte gen.⁴, cit., 7): proprio in questa connotazione — che restituisce un tratto indiscusso della pena tradizionale —, vedremo annidarsi un *elemento di crisi o di frizione rispetto al principio di ultima ratio*, che pure si continua a identificare come fondamento giustificativo del diritto penale ed esigerebbe il “saldo” negativo con le sanzioni extrapenali, risarcimento compreso: infatti, una sanzione in più rispetto a quelle, e dunque una pena, dovrebbe definirsi diversamente a seconda che il risarcimento o la riparazione ci siano stati, e perciò dovrebbe implicare la necessità di un rapporto “costituzionale”, di una correlazione, di una proporzione col fatto che risarcimento e/o riparazione siano avvenuti oppure no.

recuperatoria (12). Illegittima, oggi, è solo la pena che *di diritto* non possa mai risocializzare. Ma già l'ergastolo senza benefici, ostativo (secondo il motto: liberi se infami *ex art.* 4-bis ord. penit.), che è sempre più in predicato di essere ritenuto illegittimo, è stato da tempo salvato dalla Corte costituzionale (sent. n. 135 del 2003).

Non solo. De lege lata la riparazione del danno, il ravvedimento *post-delictum* non sono — in linea di principio — criterio di esenzione da pena, ma di attenuazione della stessa. Con varie eccezioni ispirate a logiche di politica criminale differenti. Il sistema penale non premia abbastanza, dunque, né una restaurazione del diritto leso, né la riparazione o il risarcimento alla vittima.

La parte speciale e le leggi complementari conoscono, come risaputo, in generale e anche in quest'ambito, un'ampia decodificazione e sperimentazione politica di logiche diverse, molto aperte a forme di riparazione, non punibilità per condotte sopravvenute di vario tipo, molto attente a finalità politiche diverse, a differenti idee dello 'scopo': processuali, economiche, collaborative, risarcitorie etc. Esse dimostrano che la moderna politica criminale è più sensibile alle conseguenze che non al disvalore dell'azione in sé, e introduce forme diverse di giustizia riparativa che incrinano, senza ancora sostituirlo, il *modello principale* che rimane quello *codicistico* (13).

Ciò perché quando si è commessa un'azione penalmente rilevante in forma di tentativo, "non si torna indietro" (14), essendo punito il recesso

(12) Come scrisse F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, parte gen, Giusti, Lucca, 1867, § 614: "il *fine* della pena non è che *giustizia sia fatta*; né che l'offeso sia *vendicato*; né che si sia *risarcito* il danno da lui patito, né che si *atterriscano* i cittadini; né che il delinquente *espia* il suo reato; né che si ottenga la sua *emenda*. Tutte queste possono essere *conseguenze accessorie* della pena, ed essere alcune di loro desiderabili; ma la *pena* sarebbe come atto incriticabile quando anche tutti questi risultati mancassero". Infatti, secondo Carrara (*ivi*, § 615) "Il *fine* primario della pena è il *ristabilimento dell'ordine esterno nella società*", in quanto (§ 617) "il delitto ha offeso la società violando le sue leggi: ha offeso tutti i cittadini diminuendo in loro la opinione della *propria sicurezza*, e creando il *pericolo* del malo esempio". Quindi (§ 619) "questo danno tutto *morale* crea la offesa a tutti nella offesa di uno, perché turba la quiete di tutti. La pena deve riparare a questo danno col *ristabilimento dell'ordine*, commesso pel disordine del delitto. Il concetto di *riparazione* col quale esprimiamo il male della pena ha implicite in sé le tre risultanti di *correzione* del colpevole, *incoraggiamento* dei buoni, *ammonizione* dei male inclinati. Ma questo concetto differisce grandemente dal concetto puro della *emenda*, e dal concetto dello *atterrimento*...Il timore e la emenda sono implicite nell'azione morale della pena; ma se di loro vuol farsi un *fine speciale*, essa si denatura, e si conduce ad aberrazioni il magistero punitivo".

(13) Ampia rassegna critica in M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale*, in *Scritti Coppi*, cit. Le linee del programma che andremo prospettando approfondiscono questa tendenza storica.

(14) Essendo i crimini "*wrongs whose sanction is punitive and is in no way remissible by any private person, but it is remissible by the Crown, if remissible at all*". Questa l'ultima e più famosa delle otto definizioni dei *crimes* commentate da C.S. KENNY, *The Nature of a*

attivo (art. 56, u.mo co. c.p.), e perché la riparazione dell'offesa e il risarcimento del danno sono solo attenuanti (art. 62, n. 6 c.p.): c'è dunque ancora un predominio del disvalore di azione su quello di evento, e perdura una logica retributiva della colpevolezza consacrata, nei delitti, dal disvalore di azione (già propria del delitto tentato), che porta a svalutare il peso delle conseguenze (l'impedimento dell'evento da parte di chi abbia comunque già compiuto una condotta illecita di tentativo, ovvero la riparazione dell'offesa e/o il risarcimento del danno).

Ergo: prevale *nella parte generale* una logica non di tipo utilitaristico, ma assiologico-retributivo nel concetto di pena radicato nel diritto vigente (diversa la situazione per gli illeciti contravvenzionali già nel codice: art. 162 e 162-bis c.p.) (15). E anche se si arriverà giustamente a una riforma di alcune di queste norme *generalì*, equiparando desistenza volontaria e recesso attivo nella non punibilità (16), o allargando le forme di riparazione in chiave anche solo attenuante, rimane un dato incontrovertibile della pena, che non può che guardare in primo luogo al singolo e al passato: è il punto di vista garantista e retrospettivo del giudice, come subito si vedrà.

1.3. *Carattere retrospettivo della pena e finalità preventive solo individuali.* — La pena, costruita nel suo *concetto*, nel *momento applicativo* deve guardare in primo luogo *al passato*: lo impongono il principio di legalità e il divieto di retroattività, i quali si sposano con la garanzia del diritto penale del fatto, della responsabilità per il fatto, della proporzione

Crime, che costituiva il primo capitolo della prima edizione dei *Kenny's Outlines of Criminal Law*, (1902), poi successivamente ed. by J.W.Cecil Turner, Cambridge University Press, e collocato in appendice a partire dalla 16ª ed., 1952, 530 ss., 539.

(15) Ciò non esclude che sul piano delle singole sanzioni, come noto, il sistema-codice sia stato smantellato dalle politiche criminali contemporanee allocate altrove (modifiche al sistema penale, ordinamento penitenziario, giudice di pace, processo penale) e le pene edittali minacciate nelle incriminazioni non dicano nulla sul diritto punitivo reale. La soluzione carceraria, nondimeno, resta dominante e tuttora centrale per alcune tipologie d'autore. La selezione dell'autore non avviene mai soltanto mediante la selezione penalistica "eguale" del fatto di reato: ciò che mette in scacco la tradizione liberale del diritto penale del fatto. Si consenta, al riguardo, di rinviare anche qui, per maggiori dettagli, al nostro *La sintassi del rapporto fatto/autore*, cit.

(16) Come prevedono i principali progetti di riforma. V. al riguardo E. LO MONTE, *Il delitto tentato*, in AA.VV., *Quale riforma del codice penale?*, *Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, a cura di C. Fiore, S. Moccia, A. Cavaliere, Esi, Napoli, 2009, spec. 242 ss.; Id., *Riflessioni sul delitto tentato nei lavori della Commissione Pisapia di riforma del codice penale*, *ibidem*, 601 ss., 622-633, e in prospettiva comparata, D. FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa. Desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, Giappichelli, Torino, 2009, 247 ss.; G. FORNASARI, *Per un diverso inquadramento delle ipotesi di desistenza e recesso negli ordinamenti penali tedesco e italiano*, in questa *Rivista*, 1994, 1336 ss.

tra pena e fatto, del divieto di accollare porzioni di pena che dipendano da fatti futuri commessi da terzi.

Una pena giudiziale tutta generalpreventiva, orientata alla lotta al crimine, al contrasto contro il fenomeno criminale nella sua generalità, sarebbe ancor più foriera di applicazioni sostanzialmente retroattive, capaci di disarticolare le garanzie del diritto penale del fatto e della responsabilità per fatto proprio, se la prevenzione generale venisse intesa come “scopo” della pena in senso tecnico. Tale declinazione di scopo, infatti, implica che la pena in sé, o una pena più grave, sia fondata sulla base del fine di evitare che anche altre persone, in futuro, commettano quel reato: persone diverse da chi l’ha commesso nel passato e in occasioni ulteriori. Se la pena concretamente applicata, perciò, condivide quelle preoccupazioni e le applica anzi — come sarebbe doveroso fare se si trattasse di “fini” legittimi e *giuridicamente vincolanti* fin dall’inizio — sarebbe necessario ammettere che una parte, almeno, della pena irrogata, sia il prodotto dell’accollo del fatto futuro di terzi che viene fatto scontare “retroattivamente” al singolo che abbia commesso un fatto punito sulla base di una cornice sanzionatoria così costruita.

La paura del futuro determinerebbe il contenuto di quanto si è “meritato” in relazione a un fatto del passato.

Si può anzi dire, per tali ragioni, che la *prevenzione generale come fine giuridico* della pena applicata, viola la responsabilità per fatto proprio e il divieto di retroattività (17).

Il discorso è diverso se si assume che si tratti, con la prevenzione generale, di una mera *funzione politica o sociologica* (o di uno scopo politico) della pena minacciata, che non vincola *giuridicamente* il giudice quando deve applicare una pena al passato, la quale sia stata (come dovrebbe essere) fin dall’inizio limitata da esigenze di proporzione-garanzia. È ciò di cui ancora dovremo trattare.

Sennonché, anche una pena tutta specialpreventiva, tutta protesa al futuro e a uno scopo di recupero-neutralizzazione individuale, potrebbe annullare quelle garanzie, se declinata nel significato, per es., del positivismo criminologico: perciò esistono quelle garanzie di “irretroattività” di un *quantum* maggiore di pena orientato al futuro, che fanno da sbarramento. Per questo il principio di responsabilità non può annullarsi in un futuro criminologico che ha basi scientifiche normalmente incerte, a fronte di tipi d’autore di regola del tutto “normali”, e preclude che la pena si risolva in una misura, dissolvendo la responsabilità nella prevenzione o nella profilassi biotecnologica (18). La sola prevenzione speciale positiva può orien-

(17) Ne abbiamo già trattato in *Le logiche del pentimento e del perdono*, cit., 907 ss. e in *Europeismo giudiziario*, cit., 141 ss., 200 ss.

(18) Lo scenario contemporaneo della costruzione di una nuova “natura umana”,

tare concretamente il giudice nella scelta della tipologia sanzionatoria, ma rimane un obiettivo dagli *esiti eventuali*.

Nella *pena applicata*, dunque, la costante è che si guardi al passato in chiave di proporzione, mentre le finalità concrete individuali sono a realizzazione eventuale.

Ciò significa che con il diritto penale come garanzia sembra conciliarsi meglio l'idea proporzionalistico-retributiva (19): *rectius*, il profilo garanti-

perduta la fiducia in una natura preesistente, unitaria e provvidenzialmente costruita da una qualche *mens*, orienta verso prospettive di miglioramento e di educazione non più umanistica in senso tradizionale (e-ducere, verità/ἀ-λήθεια come svelamento di qualcosa di originario o *in nuce*, in cui natura e cultura erano rispettose l'una dell'altra), ma biotecnologica (eugenetica?) o tecnologica (dal papiro e dai libri al web) in senso stretto: una "natura" *manipolata dalla tecnica*. È l'immagine dell'antropotecnica prefigurata in modo "scandaloso" dal primo P. SLOTERDIJK, *Regole per il parco umano. Una risposta alla Lettera sull'"umanismo" di Heidegger*, in ID., *Non siamo ancora stati salvati. Saggi dopo Heidegger* (orig. *Nicht gerettet. Versuche nach Heidegger*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 2001), Bompiani, Milano, 2004, 239 ss., spec. 257 ss., 260, poi portata a meno inquietante e più complessa esplicazione verso tecniche, pratiche ed esercizi di tipo diverso, in ID., *Du mußt dein Leben ändern. Über Anthropotechnik*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 2009, tr. it., *Devi cambiare la tua vita. Sull'antropotecnica*, Cortina, Milano, 2010. Per una risposta diremmo tradizionale, particolarmente prudente verso sperimentazioni biotecnologiche, v. J. HABERMAS, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* (Suhrkamp, Frankfurt a.M., 2001), tr. it., *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Einaudi, 2002.

(19) È il cavallo di battaglia dei retribuzionisti, da Kant, che dice che non c'è giustizia, se si dà per un prezzo, e di non trattare l'uomo come mezzo, ma come fine, per perseguirlo poi fino all'ultima isola dell'oceano per ucciderlo, se è un assassino (*Metafisica dei costumi*, 2ª parte, prima sez., annotazione generale sub E), a Hegel, che dice che non si può minacciare la pena come si alza il bastone contro un cane (*Filosofia del diritto*, sub § 99, aggiunta dalle Lezioni agli studenti), e pertanto "limita" la pena di morte a fatti veramente meritevoli di essa, censurando l'uso indiscriminato (solo generalpreventivo) che si praticava prima di Beccaria (*ivi*, sub § 100 aggiunta dalle Lezioni agli studenti). La "delegittimazione" dell'utilitarismo, contro Beccaria e a favore della pena di morte, è cominciata con tali argomenti. Peraltro, al di là di queste assonanze storiche con pene ancora atroci, il collegamento tra il pensiero proporzionalistico-retributivo e lo statuto delle garanzie del diritto penale è frequentemente e opportunamente rimarcato anche in contesti del tutto "umanistici" (retribuzionisti e non) fino ai nostri giorni: per es. G. BETTIOL, *Il problema penale* (Palermo, 1948, poi) in ID., *Scritti giuridici*, vol. II, Cedam, Padova, 1966, 702 ss.; ID., *Diritto penale*, PG¹⁰, Cedam, Padova, 1978, 707 ss., 718-721, 731 s.; J. RAWLS, *Two Concepts of Rules*, in *The Philosophical Review*, 1955, 3 ss.; W. NAUCKE, *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882*, in *ZstW*, 94, 1982, 541 ss.; ID., *Prevenzione generale e diritti fondamentali della persona*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano, F. Stella, cit., 49 ss., 66 s.; M. GALLO, *Relazione*, in AA.Vv., *Orientamenti per una riforma del diritto penale*, Jovene, Napoli, 1976, 27; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Cedam, Padova, 1979, 133; M.A. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1990, 231; S. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG⁸, Ed. Reppertor, Barcelona, 2006, 79; M. RONCO, *Il problema della pena*, Giappichelli, Torino, 1996, 126 ss., 135, 145; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Pg.⁷, Cedam, Padova, 2011, 738; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, PG⁴, cit., 15 s. Al principio del Novecento, anzi, esso costituì uno dei pilastri argomentativi che contrappo-

stico — ben diverso da quello “fondante” la pena — insito nella sua funzione storica, filosofica e giustiziale di sempre.

Anche per questo Giuliano Vassalli, nel suo storico contributo al tema delle “funzioni e insufficienze della pena” del 1960, scriveva che la retribuzione “come mezzo”, conciliabile con le funzioni preventive della pena, nella sua idea polifunzionale allora espressa, riguarda “l'essenza e la natura stessa della pena criminale” (20).

1.4. *L'assenza di base scientifica della pena-proporzione, anche se declinata in senso finalistico.* — Premessa una valenza almeno garantistica dell'idea della pena come proporzione, i problemi cominciano appena a porsi, perché *nel momento della commisurazione i parametri e i valori in gioco si rivelano subito incommensurabili*: onore, patrimonio, libertà e in qualche modo la vita stessa (di fatto pregiudicata da pene detentive di media-lunga durata) dovrebbero essere “misurati” (per proporzionare le pene) con tutti i beni giuridici dell'ordinamento (individuali, collettivi, naturali e artificiali, universali e strumentali etc. di diversissimo rango), e ancor più occorrerebbe misurare addirittura la colpevolezza, che verrebbe a segnare il limite massimo della pena applicabile — e quindi: dovrebbe essere orientata non da preoccupazioni di prevenzione generale, come accade nella prassi legislativa... —, ma soprattutto un indicatore concreto di determinazione della pena giudiziale.

Si provi a bilanciare questi beni, o a confrontarli con la “misura” della colpevolezza — un'operazione davvero poco scientifica — e si vedrà subito che sono *entità prive di base epistemologica di raffronto* (21).

sero Scuola classica e Scuola positiva e, in Germania, lo *Schulenstreit* fra Binding (e la “scuola classica” tedesca) e la “scuola moderna” di v. Liszt.

(20) G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena* (1960), in *Scritti giuridici*, vol. I, tomo II, Milano, 1997, 1372; v. pure, sempre nel segno delle soluzioni polifunzionali ed eclettiche, v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, Bd. I, Berlin, 1925, rist. Scientia Verlag, Aalen, 1971, 457 ss., 490 ss.; G. SPENDEL, *Zur Lehre vom Strafmass*, V. Klostermann, Frankfurt a.M., 1954, 71 ss., e più di recente F. MANTOVANI, *Diritto penale*, parte gen. 7, cit., 737 s. (polifunzionalismo a base retributiva); H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, 75 ss., che seguono il modello della prevenzione generale mediante retribuzione, con la correzione umanistica di una individualizzazione specialpreventiva nel limite del rimprovero di colpevolezza.

(21) Queste obiezioni erano già presenti in Bentham, che intenderà “riempire” di finalismi utilitaristici la “misura” della pena (*infra*, nota 30). L'incommensurabilità dei beni in raffronto fa quindi concludere che “non esistono... criteri naturali, ma solo criteri pragmatici basati su valutazioni etico-politiche o d'opportunità, per stabilire la qualità e la quantità della pena adeguata a ciascun reato. Ne consegue che il problema della giustificazione del tipo e della misura della pena...è un problema morale e politico, ossia *interamente di legittimazione esterna*” (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 396). V. pure le critiche all'idea della misura della colpevolezza come “limite” alla prevenzione generale espressa nelle cornici edituali in B. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, BdeF, Montevideo, Buenos Aires, 2007, 679

Perché una violazione di sigilli (che offende il buon andamento dell'attività di custodia delle cose sottoposte a vincoli cautelari) “meriti” un mese di carcere, oppure una pena pecuniaria, una pena sostitutiva semi-detentiva, o addirittura tre anni di carcere (art. 349 c.p.) non è in grado di giustificarlo nessuno, né in senso relativo, né ovviamente in senso assoluto.

Non c'è bisogno di essere un fisico per capire che non c'è base scientifica, anche un giurista può rendersene conto: la retribuzione penale si fonda sul nulla scientifico (22).

Regna pertanto un *convenzionalismo relativistico* nel raffronto tra i

ss., che pure muove da una concezione di prevenzione generale positiva “funzionale” espressione di una idea retributiva (“la pena è concettualmente sempre un male”: *ivi*, 44; “la pena è retribuzione”: *ivi*, 48).

(22) L'assunto, in questi termini, forse è nuovo, ma non lo è la sostanza critica da cui muove: basti ricordare le obiezioni alla retribuzione di F. v. LISZT, *Kriminalpolitische Aufgaben*, in *ZstW*, 9, 1889, 490 s.; *Id.*, *Der Zweckgedanke*, trad. it. cit., pur fiducioso (come i positivisti italiani) di trovare nuove “dosimetrie scientifiche” in chiave preventiva. Una rassegna copiosa di considerazioni critiche, dal Settecento a oggi, sulla convenzionalità e non scientificità della proporzione tra pena e reato in M. CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in AA.VV., *Persona, pena, processo. Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino*, a cura di M. Amisano, M. Caterini, Esi, Napoli, 2012, 49 ss. Ancora un secolo fa Robert v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, Bd. I, cit., 508, ha cercato di rispondere alle censure di inconsistenza del “metro” praticabile nella retribuzione penale: all'obiezione che non vi sarebbe eguaglianza tra un furto e il carcere, v. Hippel replica che solo chi rimane affezionato al vecchio taglione può pensare così, in quanto anche il diritto civile conosce la compensazione mediante la *pecunia doloris* per danni non patrimoniali, che non è certo un bene corrispondente a quelli lesi. Nella vita, inoltre, nelle associazioni, nelle varie comunità sociali, ci sono mille esempi di “retribuzioni”, “premi” e “sanzioni” che non possono se non eccezionalmente essere davvero corrispondenti al fatto che viene così “retribuito”. Lo stesso vale per lo Stato: meriti, prestazioni scolastiche, non vengono “compensati” con prestazioni corrispondenti, ma con medaglie, voti, agevolazioni etc. Né ci si potrebbe attendere qualcosa di diverso nel caso della pena, salvo ritornare a pratiche biasimevoli come quelle dell’“occhio per occhio”, che fra l'altro non considerano, nella compensazione, la colpevolezza, ma solo il fatto oggettivo. Una risposta davvero intelligente. In modo non dissimile, E. DOLCINI, *La commisurazione*, cit., 132 ss., con altri richiami. In tal modo viene peraltro eluso il *punto centrale* della critica qui svolta: non è che non si può inventare un metro artificiale di valore afflittivo e simbolico il cui impiego trovi accoglimento sociale. È, piuttosto, che non c'è nulla di scientifico in questa scelta; si tratta di soluzioni del tutto empiriche sulle quali è ben difficile costruire una disciplina scientifica. La piena consapevolezza di ciò non è senza conseguenze; essa impone una rifondazione razionale delle cornici edittali e della commisurazione, tanto più se si muove prima dal risultato storico più importante dell'idea delle pene proporzionate: quello di portare alla riduzione della pena di morte a fatti solo corrispondenti al sacrificio della vita (mentre prima il suo abuso rendeva assurdo il quadro punitivo); e poi, dopo la abolizione della stessa pena di morte, al rilievo che la previsione solo di pene come l'ergastolo o anche inferiori per delitti gravissimi come crimini contro l'umanità, impone di riproporzionare tutte le pene “per difetto”, sì che il quadro commisurativo dovrà essere proporzionalmente ridotto, anziché mantenuto su livelli comprensibili solo se rimanesse la pena di morte quale “convitato di pietra”, presenza immanente della penalità (*infra*, § 4.2).

valori in gioco (23). Ci si è messi d'accordo che le cose "si possono aggiustare", nonostante che sia *concettualmente impossibile* un raffronto tra quei beni e quelle entità, per *disomogeneità dei valori*, e che a nessuno verrebbe in mente di consentire, per es. ai fini della proporzione nelle cause di giustificazione, nella legittima difesa o nello stato di necessità, un bilanciamento fra libertà personale e beni artificiali, funzioni etc.: la cui messa in pericolo (astratto-presunto), peraltro, può produrre la perdita della libertà, se attuata mediante una fattispecie di reato (24).

(23) Già V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. III, Utet, Torino, 1950, 4: "Si obietta, che il principio di proporzione, nella comminazione astratta delle pene, non si può applicare secondo criteri rigidamente scientifici. Ma che cosa ha di rigore scientifico in materia di rapporti sociali? Tutto è convenzione, tutto è empirismo; la scienza interviene a sistemare e a rielaborare questo materiale, non a crearlo". Via via sino al riconoscimento da parte di un vero paladino della pena "proporzionata", più che retributiva in senso stretto: A. v. HIRSCH, *Censure and Sanctions*, Clarendon Press, Oxford, (1993), 2003, 19: "The amount of disapproval conveyed by penal sanctions is a convention" (e *amplius ibi*, cap. 5). In realtà, la proposta di v. Hirsch è sempre apparsa profondamente distante dal retribuzionismo tradizionale e contemporaneo sotto un aspetto decisivo, da lui stesso definito "utopico". Dopo avere distinto le pene secondo criteri di proporzione ordinale (orizzontale tra fattispecie e tra casi uguali o simili) e cardinale (o verticale, diremmo, dall'alto verso il basso, dai reati più gravi ai meno gravi), v. Hirsch ha proposto una "strategia del decremento", "*a decremental strategy*", dove il *tetto massimo* di pena per i reati più gravi dal quale partire per individuare le "cornici proporzionate" delle altre fattispecie, sia di *5 anni di pena detentiva* (salvo che per alcuni tipi di omicidi dolosi): *Id.*, *Doing Justice. The Choice of Punishments*, Hill and Wang, New York, 1976, 67 ss. e 132 ss. (cap. 16); *Id.*, *Past or Future Crimes, Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*, Manchester University Press, Manchester, 1985, 31 ss., 38 ss.; *Id.*, *Censure and Sanctions*, cit., 43 ss. Le valutazioni preventive, peraltro, non si esplicherebbero "dentro" a queste griglie, come in un modello "in scala ridotta" della *Spielraumtheorie* di matrice tedesca (v. la critica di v. Hirsch a questa versione ibrida del modello, per come proposta per es. da Norval Morris: *Op. ult. cit.*, 53 s.), perché dovrebbe sempre prevalere un trattamento eguale di casi eguali, senza interferenze occasionali di ragioni preventive contingenti. Solo nel fissare la 'base' dei limiti edittali di vertice, quelli cardinali, cioè le pene massime da cui costruire tutto il sistema delle dosimetrie sanzionatorie "a scendere", quelle valutazioni potrebbero trovare spazio, ma a tale proposito la posizione di v. Hirsch preferisce distaccarsi delle classiche declinazioni della "crime prevention" assestate verso la prevenzione generale intimidatrice, e sposa una mitissima strategia del decremento. Il vero aspetto retribuzionista classico della posizione si riscontra dunque nel rifiuto di considerazioni di scopo (anche di prevenzione speciale positiva) nella commisurazione che possano condurre a trattamenti diversi di casi simili. L'idea della proporzione, in tal modo, da modello "conservativo", quale era negli anni '60 del secolo scorso, ha assunto i tratti di una proposta progressista. Per una critica al proporzionalismo di v. Hirsch (e del *just desert model*) cfr. comunque A.E. BOTTOMS, *Five Puzzles in von Hirsch's Theory of Punishment*, in A. ASHWORTH, M. WASIK (Eds.), *Fundamentals of Sentencing Theory. Essays in Honour of Andrew von Hirsch*, Clarendon Press, Oxford, 1998, 53 ss. Per una compiuta analisi della "Spielraumtheorie" di matrice tedesca, invece, sempre attualissima la trattazione di L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Jovene, Napoli, 1984, 221 ss., 255 ss.; e in sintesi di M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario*, vol. II⁴, Art. 85-149, cit., sub art. 133/30 ss.

(24) Molto istruttivo, sul tema dell'incommensurabilità dei valori, in rapporto a quello

Il raffronto con la sanzione civile, che è praticamente matematica, nella sua obiettiva proporzione fra danno e restituzione/risarcimento calcolabili al centesimo, è travolgente, ed è aggravato dal fatto che, oltre a proporre una sanzione (penale) parametrata su beni incommensurabili a quelli colpiti dal diritto punitivo (in diritto civile, almeno, tutto viene rapportato al patrimonio, che è *misura unica* di raffronto), si pretende di calcolare la colpevolezza per un fatto puntiforme (commesso *illic et tunc*), al quale mai è riducibile la dignità, la libertà e la vita di un autore (beni compromessi dalla pena). “Nessuna persona è commisurabile a un fatto” (25), né perde la sua umanità o dignità per aver commesso un fatto.

Ma se ci si accorda previamente, anche una “libbra di carne” potrà corrispondere a un debito di 3000 ducati, come nel caso di Shylock e Antonio, Mercante di Venezia (26).

della retribuzione penale, W. I. MILLER, *Eye for an Eye* (2006), tr. it. *Occhio per occhio*, Utet, Torino, 2008, 215 ss. Cfr. anche D. PULITANO, *Ragionevolezza e diritto penale*, Esi, Napoli, 2012, 18 ss.; L. EUSEBI, *La pena “in crisi”*, cit., e F. PALAZZO, *Il principio di proporzione come fondamento costituzionale di limiti sostanziali del diritto penale*, relazione al Convegno di Modena su “L’approccio costituzionale al diritto penale del XXI secolo: le esperienze italiana e spagnola a confronto”, 8-9 ottobre 2010 (in corso di pubblicazione), p. 15 del dattiloscritto (§ 5), che a proposito del disvalore dell’offesa e del *quantum* edittale di pena parla di “due entità incommensurabili”.

(25) Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., 275. L’idea che per un atto singolo si possa “perdere l’anima” e dunque la vita (spirituale), è parte del patrimonio teologico della dottrina ufficiale della Chiesa cattolica, e comunque della prassi del sacramento della confessione. Sennonché, a quella stessa dottrina appartiene pure l’idea che basti un atto di contrizione e di pentimento, altrettanto puntiforme, per recuperare (di regola tramite il sacramento della confessione e della penitenza) la vita dell’anima altrimenti perduta. Nel diritto dello Stato, invece, è sempre valso il principio che per un singolo atto illecito si possa “perdere” definitivamente la vita stessa, o la sua libertà e (in parte, di fatto, la) dignità/degnità, nonostante ogni pentimento *ex post*. Forse, in *entrambe* queste posizioni, così mirabilmente opposte, c’è qualcosa di non persuasivo, che attiene al rapporto tra la persona e il singolo fatto.

(26) È singolare come la fede nella misurazione della colpevolezza avvinca le menti più rigorose, insieme all’idea che si possa riempire dei più diversi contenuti di “male” la pena, e quindi commisurando la colpevolezza ai più differenti beni sacrificabili con la sanzione: cfr. E. BELING, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, Leipzig, 1908, Neudruck Scientia Verlag, Aalen, 1978, 72: “Sono una legione i mali idonei alla retribuzione. Qualsiasi male che si possa immaginare di provocare all’uomo si armonizza con l’idea della retribuzione, purché sia rispettata l’identità di proporzione con la colpevolezza”. V. pure il classico sulla pena retributiva J. NAGLER, *Die Strafe*, Leipzig, 1918, Neudruck Scientia Verlag, Aalen, 1970, spec. 540 ss., 561 ss.; e in *common law*, A. VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, cit., 15 ss. Dopo la “nuova retribuzione” (v. L. EUSEBI, *La nuova retribuzione*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, Giuffrè, Milano, 1985, 93 ss., 119 ss.; N. CHRISTIE, *Limits to Pain*, Oxford, 1984, tr. it., *Abolire le pene? Il paradosso del sistema penale*, ed. Gruppo Abele, Torino, 1985), dopo le speranze americane in un *just desert* umanistico e meno afflittivo (cfr. G. MANNOZZI, *Razionalità e “giustizia” nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, Cedam, Padova, 1996, 141 ss.), dopo le delusioni di una nuova stagione di *law and order* priva di

Per questo, anche se la *proporzione tra nudi beni* di grandezza incomparabile (per es. libertà e sicurezza dei mercati finanziari, o libertà e integrità dei prodotti alimentari) non riesce a fondare *scientificamente* una pena *personale* (quale è la pena criminale), non possiamo nondimeno farne a meno per *esigenze* almeno parziali di *determinatezza*, dato che la misurazione degli interessi protetti, in rapporto a quelli sacrificati dalla pena, appare prioritaria e *sempre meno incerta* della misura dell'elemento soggettivo. Di essa è *politicalmente* responsabile il legislatore. Se poi non possiamo fare a meno della colpevolezza quale parametro o limite commisurativo, ciò non dipende, ancora una volta, da ragioni di "accertamento scientifico" della pena per la colpevolezza, ma di *garanzia* della personalità della responsabilità penale, che viene affidata alla gestione del giudice.

Necessità e garanzia ci governano, quindi, non un sapere epistemico-sperimentale o assiologico. Per queste ragioni, *il concetto di pena*, nel suo momento proporzionalistico, quello più obiettivo e apparentemente certo della vecchia retribuzione, *non può restituirci una base scientifica di legittimazione del diritto penale* costruito sulla perdita di quei beni (27). È un fatto convenzionale, empirico (28).

qualsiasi scopo razionale (A. v. HIRSCH, *Law and order: die Politik des Ressentiments*, in AA.VV., *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, cit., Bd. V, 31 ss.), dopo trent'anni di leggi di eccezione, securitarie etc., qualcuno vede ancora nella retribuzione un'ancora di salvezza contro gli abusi della politica criminale espansionista: v. il dibattito in M. TONRY (ed.), *Retributivism has a Past. Has it a Future?*, Oxford University Press, 2011, nonché M. RONCO, *Il problema della pena*, cit. La fiducia nella reale capacità commisurativa della retribuzione della colpevolezza, oltre che dell'illecito, in realtà accomuna quasi tutti i sostenitori delle prevalenti *teorie polifunzionali* che vedono un limite alle finalità preventive nella barriera della colpevolezza, e rappresenta il fondamento ideologico-normativo del § 46 StGB tedesco sulla commisurazione della pena, la cui "divulgazione scientifica" ha spiegato un'influenza culturale enorme negli ultimi quarant'anni. Lo studio italiano che più ha contribuito alla revisione critica del polifunzionalismo di quel modello (espungendo da esso, in particolare, la prevenzione generale commisurativa e la base retributiva, ridotta a proporzione, ma con recezione del momento totalitario della colpevolezza, che esclude quindi spazi di valutazione della capacità a delinquere del vigente art. 133, seconda parte, c.p.), è notoriamente quello di E. DOLCINI, *La commisurazione*, cit., 145 ss. V. pure, con alcune differenze rispetto al ruolo di una colpevolezza 'fondante' e non solo limitatrice, M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. II⁴, Art. 85-149, Giuffrè, Milano, 2012, sub art. 133/30-43.

(27) Cfr. pure L. EUSEBI, *La nuova retribuzione*, cit., 103 s.; ID., *La pena "in crisi"*, Morcelliana, Brescia, 1990, 145 ss., 152 ss., dove la messa in crisi del contenuto dell'idea di proporzione e di pena adeguata (proporzionata) alla colpevolezza viene comunque superata dall'idea che "i fini perseguiti dal legislatore" siano quelli che anche il giudice utilizza e persegue in sede commisurativa. In questo modo, peraltro, anche la prevenzione generale sarebbe un "fine" commisurativo dato che, per l'A., lo è dell'attività legislativa. Sugli esiti di quest'ultima impostazione, che in realtà rispecchia una diffusa opinione, v. qui di seguito nel testo, e *infra*, § 2.2.

(28) Di "accidentalità" della pena, sotto questo profilo, parlava lo stesso HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., § 101, nota. Su come "riempire" le basi della

*La situazione non sembra davvero mutare in meglio nel passaggio a una concezione strumentale, utilitaristica o prevenzionistica, per una ragione elementare: si può finalizzare la pena solo se già ne esiste una consistenza nucleare, un nocciolo proporzionalistico, come un mezzo per un fine. In caso contrario, sarebbe la prevenzione generale (negativa o positiva) a riempire di sé tutto, mezzi e fini, dalla colpevolezza al resto (29). Con distruzione completa del quadro commisurativo che non avesse più un metro obiettivo, ma solo scopi. Per questo le ragioni finalistiche (quelle legittime: v. *infra*, § 2.1-2.2) possono solo integrare quelle assiologiche di valore proporzionale nella determinazione del livello sanzionatorio legislativo. Un limite di gravità di colpevolezza (per es. cornice del dolo, anziché della colpa) è quindi strutturalmente insuperabile. E lo stesso dicasi *in malam partem* rispetto alla prevenzione generale che mai dovrebbe contribuire alla commisurazione, né quindi essere “compensata” dalla prevenzione speciale (30). Neppure se si tratti di prevenzione generale positiva, dove parimenti, anche se solo per “educare” gli altri (“by the purpose of a moral lesson”), si verrebbe puniti di più di quanto si merita (31): ciò che non può ispirare *giuridicamente* il massimo edittale (come vedremo *infra*, § 2.1-2.2) più di quanto non possa ispirare la pena giudiziale.*

valutazione, per verificare una nuova proporzione — non più del raddoppio del male, ma del decremento progressivo — a partire da scale o classi sanzionatorie di partenza, v. *infra*, § 4.2.

(29) G. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, Mohr, Tübingen, 1976.

(30) Viene così rintuzzata l'obiezione e anzi la teorica di Jeremy Bentham sulla proporzione (declinata soltanto, e non certo inventata, in realtà, da posizioni come quella di G. Jakobs citato alla precedente nota): l'idea che non solo considerazioni “retributive”, ma anche “utilitaristiche”, di scopo o consequenzialiste, orientino veramente e anzi riempiano di sé la proporzione (J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789), ed. Burns and Hart, Oxford, 2005, 165 ss., Chapt. XIV, 1 ss., con descrizione analitica di casi di proporzione riempita da ragioni di scopo a livello legislativo; ID., *The Rationale of Punishment*, Robert Heward, London, 1830, 32 ss.). Se la differenza tra dolo e colpa è un dato di struttura e di valore (attenuato utilitaristicamente nelle contravvenzioni, per es.), se una consumazione è più grave di un tentativo (salvo che in un diritto penale soggettivo puro), questi dati di struttura saranno più che un corpo resistente, ma un fondamento, e non un mero limite, nel quadro edittale prima, e commisurativo poi. Il dolo eventuale non sarà riempito di prevenzione generale, e con esso la distinzione dolo/colpa. Queste differenze scientifiche della teoria del reato saranno così modello epistemologico di orientamento per la teoria della pena e della sua commisurazione, una volta chiarito che se non ci fosse il diritto penale regnerebbe un *bellum omnium contra omnes* peggiore, ma che il fondamento della pena non può essere la sola paura, un “limite” alla paura (esattamente E. SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*², Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, 1971, 56-58), o un programma pedagogico, bensì un *quid* che la renda sensata nel suo contenuto intrinseco, che non è riempito di soli scopi, magari in lotta tra di loro.

(31) Sulla possibilità di punire “di più” per il proposito di impartire una lezione morale, v. sempre J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cit., 171 (Chapt. XIV, 23).

Anche a volere “compensare” una deriva generalpreventiva grazie al bilanciamento con finalità contrapposte, come quelle di prevenzione speciale (32), ciò altro non significherebbe — come più volte osservato — che inserire surrettiziamente un limite assiologico (l'uomo come fine) dentro a programmi indeterminati di scopo, limite che non può esser rappresentato o sostituito da altri scopi che di per sé non hanno confini, ma necessitano di barriere garantistiche: *measure for measure*. La colpevolezza, per es., limita la prevenzione generale se ha una sua rigidità di struttura obiettivata in un parametro quantitativo (es. la differenza dolo/colpa, o colpa grave/colpa non grave), in una classe di pena per tipi di colpevolezza (non certo come “rimprovero”! (33)), non se si dissolve a sua volta nella pericolosità personale, o nella capacità a delinquere, e dunque nella prevenzione

(32) È il progetto di Claus ROXIN: *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe* (1966), in ID., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, cit., 1 ss., fino almeno a ID., “Schuld” und “Verantwortlichkeit” als strafrechtliche Systemkategorien, in *Fest. Henkel*, de Gruyter, Berlin, New York, 1974, 171 ss.; ID., *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, in *Fest. Bockelmann*, Beck, München, 1979, 279 ss. Per una successiva, diversa declinazione che recupera la colpevolezza, C. ROXIN, *Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?* in *SchwZstr*, 104, 1988, 356 ss., e quindi il manuale: *Strafrecht*, AT, Bd. I⁴, Beck, München, 2006, § 19/18 ss., 36 ss. V. al riguardo le ricostruzioni di T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in questa *Rivista*, 1987, 798 ss., nonché, più di recente, G. CARUSO, *La discrezionalità penale, tra “tipicità classificatoria” e “tipicità ordinale”*, Cedam, Padova, 2009, 279 ss. e il bilancio critico tracciato in M. DONINI, *Scienza penale integrale*, cit., 161 ss.

(33) La nostra distanza culturale dalle posizioni del *just desert model* americano, pur così interessante per le sperimentazioni sul *sentencing* e le cornici edittali in funzione riduttiva (rispetto alla prassi), ma ancora pieno di “*blame*”, non potrebbe essere maggiore sotto questo profilo. La più odiosa categoria del diritto pubblico, cioè quella del rimprovero, rimane pietra angolare di quelle costruzioni, una mina vagante verso una incontrollata *escalation* sanzionatoria ben nota alla prassi, similmente al nesso *Schuld/Vorwurf* immanente nella vita sociale e nella letteratura giuridica tedesca, pendant della retribuzione classica (da R. FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in *Fest. Jur. Fak. Gießen*, Töpelmann, Gießen, 1907, 529, e B. FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf*, Mohr, Tübingen, 1922, 5-11, in poi. Per una revisione culturale laicizzante, lontana dalla costruzione di altre categorie “alternative alla colpevolezza”, come è avvenuto con la “Verantwortlichkeit” di Roxin, v. G. ELLScheid, W. HASSEMER, *Strafe ohne Vorwurf*, in K. LÜDERSEN, F. SACK (Hrsg.), *Seminar: Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, I, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1975, 266 ss.; K. LÜDERSEN (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, 5 Bände, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1998). Per l'esigenza di ricostruire la colpevolezza senza un richiamo tecnico (semmai, solo socio-antropologico) al rimprovero, senza rinunciare, comunque, a un contenuto di moralità (gerarchia di valori) espresso dal diritto penale, si consenta di rinviare anche al nostro *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 227 s., con essenziali richiami; v. pure M. DONINI, L. RAMPONI, *Il principio di colpevolezza*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I⁴, a cura di G. Insolera, N. Mazzacupa, M. Pavarini, M. Zanotti, Giappichelli, Torino, 2012, 335 s. Per un'accurata analisi critica della cultura contemporanea delle sanzioni della vergogna (“*shame sanctions*”) v. A. VISCONTI, *Teorie della pena e “shame sanctions”*. *Una nuova prospettiva di prevenzione o un caso di atavismo del diritto penale?*, in *Studi Romano*, vol. I, Jovene, Napoli, 2011, 633 ss.

speciale, e neppure se si “bilancia” con la capacità a delinquere, come sembrerebbe imporre la lettura tradizionale della seconda parte dell’art. 133 c.p. del nostro codice penale. Per tracciare dei limiti saranno necessari principi costituzionali e vincoli di struttura, di proporzione sanzionatoria, precedenti e regolanti lo stesso progetto preventivo *fin dall’origine della costruzione delle sanzioni* (34).

Se poi dal *concetto* della pena e dalla *crisi fondazionale* passiamo alla *realtà punitiva*, la situazione diventa drammatica (35).

La *situazione italiana* presenta peculiarità, dovute al fatto che siamo in presenza di un sistema che contiene profondi aspetti di irrazionalità e di ingiustizia. In primo luogo, per *l’irragionevole diversità delle cornici editoriali disseminate nel sistema*, incomprensibili (in senso relativo, di proporzione reciproca) nei loro compassi per come articolate tra codice e leggi speciali in Italia (36).

Sul piano dell’*effettività* (37), in secondo luogo, non è certo dimenti-

(34) Cfr. M. DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., 200 ss.; ID., *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padova, 1996, 391-393; ID., *Illecito e colpevolezza nell’imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991, 98-108. Nella storia della teoria del reato del Novecento, la distinzione fra *illecito* (umanistico) e *colpevolezza* (personale), e tra *colpevolezza* e *prevenzione*, rappresenta il tentativo più generale, comune a generazioni di penalisti, di edificare una barriera contro l’uso strumentale della pena oltre i limiti dell’uomo come fine, il limite invalicabile all’uso generalpreventivo della pena: un impegno che intendiamo rinnovare di fronte al mutare dei governi della politica criminale. Nell’*illecito*, infatti, si esplicano le istanze politiche della prevenzione generale e della tutela dei beni; nella successiva fase di accertamento o verifica della *colpevolezza* si collocano invece le istanze personalistiche che segnano un limite assiologico alle esigenze di prevenzione generale e quindi ai rischi di strumentalizzazione della libertà o di altri diritti fondamentali del singolo per ragioni politiche. Ma non è tanto la colpevolezza come entità “misurabile”, quanto come barriera all’ingresso di finalità negative proiettate sul futuro.

(35) M. PAVARINI, *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2006, 57 ss., 105 ss.; ID., *La criminalità punita. Processi di carcerizzazione nell’Italia del XX secolo*, in *Storia d’Italia*, Annali 12, *La criminalità*, a cura di L. Violante, Einaudi, Torino, 1997, 981 ss. V. pure l’analisi serena del “nothing works” della pena, soprattutto carceraria, di D. GARLAND, *Punishment and Modern Society* (1990), tr. it. *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale*, Il Saggiatore, Milano, 1999, 41 ss., 326 ss., approfondita, sulla realtà americana e inglese, due lustri più tardi: ID., *The Culture of Control* (2001), tr. it. *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Il Saggiatore, Milano, 2004. Per un’analisi del pensiero di Garland e anche qualche raffronto con la realtà italiana, v. AA.VV., *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*, a cura di A. Ceretti, Giuffrè, Milano, 2005 (anche il dibattito con gli interventi di G. Colombo, G. Marinucci, G. Chiodi, *ivi*, 181-207).

(36) T. PADOVANI, *La disintegrazione del sistema sanzionatorio*, in questa *Rivista*, 1992, 419 ss.; L. MONACO, C.E. PALIERO, *Variazioni in tema di “crisi della sanzione”: la diaspora del sistema commisurativo*, in questa *Rivista*, 1994, 430 ss.

(37) Cfr. C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale: profili politico-criminali*, in *Studi Nuvolone*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1991, 395 ss.; F. GIUNTA, *L’effettività della pena nell’epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in F. GIUNTA-R. ORLANDI-P.

cata la sconsolata valutazione sul collasso del sistema sanzionatorio italiano tratteggiata da Giorgio Marinucci e poi a più riprese da Emilio Dolcini (38): il *trend* più significativo, anche se rappresenta una sorta di estremizzazione di questa tendenza, è dato dalla realtà di una *pena carceraria per certi tipi d'autore* soprattutto — ciò che ha fatto parlare di un diritto penale del nemico —, e all'opposto dal *nulla sanzionatorio per gli altri*.

Non discutiamo poi della *certezza della pena* e della sua *personalizzazione*: in Germania un processo penale di primo grado dura meno di otto mesi (otto li dura un processo civile), l'imputato deve essere presente e il livello di personalizzazione della commisurazione è per noi impensabile. È soggettivismo o è principio di colpevolezza? C'è un'attenzione eccessiva per l'autore, la cui colpevolezza viene asseritamente "commisurata" dopo una presenza coattiva per il divieto di processo *in absentia*? Eppure le pene non sono mediamente elevate, anche se, o proprio perché sono assi più effettive.

Indesiderata drammatizzazione personale, forse; finzione di misure soggettive, forse: ma allora, per il timore di una personalizzazione maggiore o fittizia, possiamo tenerci un sistema casuale e oggettivo, un disordine programmato per la delegittimazione del sistema come l'attuale? Chi vuole veramente che la pena sia screditata e, con essa, anche il diritto penale, dovrebbe soltanto insistere perché le cose restino come sono.

Viste le macerie, dobbiamo abbatterle del tutto, per cominciare a ricostruire (39): sarà dunque necessaria una rifondazione del sistema punitivo dalle fondamenta.

PITTARO-A. PRESUTTI, *L'effettività della sanzione penale*, Kluwer Ipsoa, Milano, 1998, 11 ss.; il volume degli Atti del XXII Convegno "E. De Nicola", a cura del CNDPS, Casarano-Gallipoli, 27-29 ottobre 2000: AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Giuffrè, Milano, 2002; quello degli Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti, Genova, 15 novembre 2006: AA.VV., *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, a cura di P. Pisa, Giappichelli, Torino, 2008; F. PALAZZO-D. BARTOLI, *Certezza o flessibilità della pena?*, Giappichelli, Torino, 2007, 26 ss., 135 ss.

(38) G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, cit., 315 ss., 319; E. DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *Studi Marinucci*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, 1073 ss.; Id., *Il castigo sia moderato, ma certo*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, cit., 31 ss.

(39) Un'osservazione del tutto simile anche solo limitatamente (non tanto alla realtà punitiva tedesca, quanto) allo statuto epistemologico delle teorie della pena tradizionali, e prima di un tentativo di ricostruzione nel segno della prevenzione generale positiva, in W. HASSEMER, *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, Ullstein, Berlin, 2009, 92 ("Nur Trümmer sind übriggeblieben"), tr. it. *Perché punire è necessario*, Il Mulino, 2011, 93 ("Sono rimaste solo rovine"). Nondimeno, la proposta di Hassemer, oggi, è di convinta adesione a un modello mite di società punitiva, alla positività complessiva dell'intervento penale espressione di uno Stato non (più?) Leviatano, ma protettore dei diritti.

II PARTE. PREMESSE GARANTISTICHE E TEORICHE DI UNA RICOSTRUZIONE

2.1. *Le contraddizioni tra una fondazione generalpreventiva (apparentemente senza proporzione) e un'applicazione senza prevenzione generale.* — Il diritto penale, oggi, trova una giustificazione generale, politica, di tipo non assiologico — *malum actionis propter malum passionis* — ma utilitaristico: *ne peccetur* (40), e anche i retribuzionisti sono sempre meno “assoluti” e sempre più “relativi” (41).

(40) Per tutti, J. RAWLS, *Two Concepts of Rules*, cit., 3 ss., con chiara distinzione tra il punto di vista del giudice (più “retribuzionista” nelle sue parole) che guarda al passato e alla colpa individuale, e quello del legislatore, più utilitarista e rivolto al futuro e alla generalità; P. NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, Mohr, Tübingen, 1962; C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe* (in JuS, 1966, 377), poi in Id., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, De Gruyter, Berlin-New York, 1973, 1 ss.; H.L. PACKER, *The Limits of the Criminal Sanction* (1968), tr. it. *I limiti della sanzione penale*, Giuffrè, Milano, 1978, 64-71; E. SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*², cit., 75 ss., 87 ss.; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 117-257; F. STELLA, *Il problema della prevenzione della criminalità*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano, F. Stella, Il Mulino, Bologna, 1980, 13 ss., 22 ss.; M. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, cit., spec. 156 ss., 165 s. (anche la prevenzione speciale avrebbe un “fine ultimo” di prevenzione generale, citando Roxin); F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale*, a cura di De Acutis, Palombarini, Cedam, Padova, 1984 43-52; L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello ‘scopo’*, cit., 36 ss., 71 ss.; D. PULITANO, *Politica criminale*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, cit., 11 ss., 19 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 233-340, spec. 325 ss. (prevenzione generale negativa e neutralizzazione della vendetta della vittima come “scopo”); G. FIANDACA, *Nessuna pena senza scopo*, in FIANDACA, DI CHIARA, *Introduzione al sistema penale*, Jovene, Napoli, 2003, 15 ss.; B. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, cit., 20 ss., 515 ss.; W. HASSEMER, *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, cit., 51-114, tr. it. cit., 57-109; L. GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagen Diskussion*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, 396 ss., 418, 419 ss., 453 ss., 458 ss.

(41) Una rappresentazione “idealtipica”, o per modelli, della retribuzione e delle concezioni preventive, può leggersi in M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine entre mythe et mystification*, Facultés universitaires Saint-Luis, Bruxelles, 2009, 159 ss., e ancor più nella manualistica corrente. Ma nei vari autori e sistemi giuridici reali, di regola, esse non si presentano così. V. del resto tutta la seconda parte del libro di VAN DE KERCHOVE, *Op. cit.*, 327 ss., in comparazione tra Belgio, Francia, Stati Uniti e Unione Europea. Il polifunzionalismo che ne emerge *di fatto* (e accolto dallo stesso A., *ivi*, 291-323; v. pure un'utilissima descrizione del diverso “senso” della pena per l'autore punito, il legislatore, la società, gli organi dell'esecuzione, il giudice, in E. SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*², cit., 87 ss.) aveva indotto anche chi scrive (M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., 277) a dubitare della possibilità di individuare una soluzione prescrittiva, deontologica per la pena, escludente le altre possibili funzioni, almeno come soluzione generalizzante, e considerata la differenziazione delle risposte nei vari sottosistemi esistenti. Ciò vale però per le “funzioni” in senso stretto, non per gli “scopi”, come chiarito qui nel testo, giacché almeno un discorso generalizzante comune ai vari sottosistemi, al riguardo, è oggi *imprescindibile per un orientamento garantistico del*

Ma c'è un importante distinguo alla base: la *fondazione politica* della pena nello Stato moderno, postilluminista, risiede nella *prevenzione generale dei reati*, negativa e positiva, non certo in un programma di miglioramento o di neutralizzazione degli autori (42).

Tutto il resto è visto come un correttivo: dalla proporzione alla prevenzione speciale alla risocializzazione.

Nell'ordine assiologico dei valori "dichiarati" *la stessa proporzione corregge e non fonda* la pena criminale, oggi (43).

Con una contraddizione insuperabile (44): *da un lato*, come si è visto, senza un nucleo proporzionalistico, non si può finalizzare la pena a qualche scopo obiettivo e generale in sede applicativa. La proporzione *precede o accompagna* dunque la prevenzione generale e la deve limitare *ab ini-*

sistema complessivo. La distinzione tra le due prospettive (scopi/funzioni) elimina il campo da equivoci esiziali e consente oggi di superare, come si vedrà, l'eclettismo rassegnato che di fatto rende possibile al giudice applicare qualsiasi misura della sanzione, qualsiasi "filosofia" punitiva, a seconda dei casi.

(42) Si è consumato qui il superamento del positivismo criminologico: vera stagione "scientifica" (si potrebbe dire), e come tale falsificabile, della storia della pena. La *Scuola positiva* ha reso più laico il diritto penale. Aveva basi scientifiche erranee in Lombroso e Garofalo, indimostrate nel Ferri determinista (nonostante certe acquisizioni delle neuroscienze oggi): ma guardando alla persona di chi subisce la pena e ai *deficit* della sua situazione sociale, economica, psicologica o personale, ha svuotato le pretese moralizzanti della società punitiva dei benpensanti. Quel moralismo, non di rado staccato da una vera moralità, è rimasto a lungo operante in concreto, ma nella storia del pensiero penalistico le acquisizioni che guardano al destinatario vero della sanzione, e non alla collettività impaurita dalla "trasgressione", non appaiono più cancellabili. La Scuola positiva ci ha liberati dall'idea del castigo e del rimprovero quali basi epistemologiche, *ratio essendi* dell'intervento punitivo dello Stato (in termini F. ANTOLISEI, *Teorie e realtà della pena* (1940), in ID., *Scritti di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1955, 194 s.), ma non poteva essere accreditata nel tentativo di sostituire un sapere causale (un programma solo profilattico-sociale) a quello normativo del giudizio di responsabilità: la vittima vuole castigare, la società vendicativa lo vuole, ma lo Stato si sostituisce ad esse, non per il fine primario di migliorare gli autori, o di "curarli", e alla fine neppure per "rimproverarli", ma per provvedere alla pace sociale, alla difesa e alla prevenzione dei reati, responsabilizzando autori e complici, ma pure le vittime. Questo è il fine politico e laico che risulta fondante. La pena responsabilizza, ma dopo la Scuola positiva è autorizzata a farlo senza la pretesa "scientifica" di muovere costantemente rimproveri etico-giuridici, e con maggiore attenzione individuale alla figura personale dell'autore.

(43) Per tutti, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Giuffrè, 2004, Pre-Art. 1/37-42; S. MIR, *Derecho penal*, PG⁸, cit., 79, 95 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I⁴, cit., § 3/37 ss., 51 ss. (qui è più il principio di colpevolezza a limitare la pena: la "fede" nella colpevolezza assicura formalmente che la pena sia solo preventiva, ma nella colpevolezza c'è il "Tadel", il biasimo — *ivi*, § 3/61 — e dunque un pezzo di retribuzione: la proporzione è più laica della colpevolezza rimproverante).

(44) V. pure, in un diverso contesto argomentativo retribuzionista, M. KÖHLER, *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, erörtert am Problem der Generalprävention*, R. v. Decker's & C.F. Müller, Heidelberg, 1983, 15 ss., 20 ss.; M. RONCO, *Il problema della pena*, cit., 112 ss.

tio (45); dall'altro lato, tale prevenzione, si noti bene, non si basa certo esclusivamente, né in modo primario, sull'applicazione della pena criminale, ma su *meccanismi preventivi dell'intero ordinamento, anche non giuridico* (46). Questo significa che ciò che vorrebbe fondare la pena, da un lato non la fonda per nulla (come abbiamo visto), e dall'altro non è un parametro di efficienza solo penalistica. Il penalista, perciò, non è competente a spiegare ciò che fonda la sua disciplina.

Del resto, solo basandosi su sistemi giuridici *extrapenal*i si può dire che la pena, in questo complesso prevenzionistico, non costituisca la *prima ratio*, ma l'*ultima ratio*. Se la fondasse l'idea della proporzione, essa avrebbe una base assiologica, non consequenzialista, ma *solo penalistica*. Se interviene come *ultima ratio*, evidentemente, non è richiesto che sia già dimostrata necessariamente efficace, ma che gli altri strumenti si siano palesati o dimostrati insufficienti. Essa rappresenta nel singolo caso una sorta di *obbligazione di mezzi, non di risultato*. Tuttavia, sua giustificazione è la *reale possibilità* di un'efficacia, che può essere falsificata, rendendo illegittima la pena stessa mediante *analisi empiriche* (*infra*, § 2.4).

In fase applicativa emerge una sorta di rivincita del momento assiologico (pur nell'incertezza scientifica di gestire la proporzione). La *pena applicata*, infatti, paradossalmente rispetto alla sua fondazione politica, prescinde dalla prevenzione generale e guarda al singolo e al passato *in funzione di garanzia*.

Per questa ragione essa *non può avere scopi di prevenzione generale* (47): perché in caso contrario essa punirebbe un fatto commesso per prevenire altri fatti futuri commessi da terzi, violando insieme il principio

(45) In termini, riferendosi peraltro alla retribuzione, e non all'idea della proporzione, M. RONCO, *Il problema della pena*, cit., 126 ss., 137 ss. (che addebita alla prevenzione generale, e all'utilitarismo che la sostiene, sia l'inflazione penalistica in sede legislativa e sia lo scardinamento del principio di colpevolezza in sede applicativa); ID., *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 137 ss. Per una diversa valutazione, nel quadro di un polifunzionalismo tradizionale, ma sempre nel segno dell'esigenza di limitare "assiologicamente" il momento generalpreventivo, H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*⁴, AT, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, 77 ss.: "prevenzione generale mediante una giusta retribuzione". Sul tema v. sin da ora i rilievi di L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in questa *Rivista*, 2006, 1070 ss., e al riguardo la nota 81 *infra*. La Corte costituzionale italiana, com'è noto, preferisce individuare nel principio personalistico di cui all'art. 2 Cost. il limite invalicabile all'uso generalpreventivo della pena quale strumento deterrente oltre la colpevolezza: per tutte C. cost. n. 322 del 2007. Ma nel suo linguaggio rimane la confusione corrente tra fini e funzioni (v. al riguardo la rassegna di V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale. Profili sostanziali*, in www.cortecostituzionale.it, *Studi e ricerche*, luglio 2012, § 6).

(46) V. già P. ELLERO, *Della prevenzione dei crimini*, Milano, 1861.

(47) Una sintesi ancora efficacissima in G. MARINUCCI, *Problemi della riforma del diritto penale in Italia*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, Giuffrè, Milano, 1985, 359 s.

di responsabilità per fatto proprio e il divieto di retroattività (48). Ma per gli stessi motivi la prevenzione generale *non può costituire un fine giuridicamente vincolante neppure in sede di comminatoria*, di minaccia: perché questo renderebbe inevitabile considerare finì anche generalprevenitivi nella stessa commisurazione giudiziale, con violazione dei principi di responsabilità per fatto proprio e di irretroattività. L'unico modo per evitare una simile conseguenza non è di escludere la prevenzione generale in fase applicativa, quando però la si è ammessa come fine in sede legislativa (una contraddizione irrisolvibile), ma di ammettere che fin dall'inizio la prevenzione generale svolge solo un ruolo di mera *funzione* (politico-criminale, sociologica), ma non di *fine* (tecnico, giuridico, vincolante) della pena: né a livello legislativo, né giudiziale (49).

(48) Maggiore esplicitazione di questi passaggi in M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono*, cit., 907 ss.; ID., *Scienza penale integrale*, cit., 200 ss.; con diversa argomentazione (tutta spostata a favore della prevenzione generale positiva) G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I², Giappichelli, Torino, 2012, 17 ss., 187 ss.; ID., *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in questa *Rivista*, 2002, 439 ss., 451; ID., *Prevenzione generale e "condanna dell'innocente"*, in questa *Rivista*, 2005, 990 ss., 1015 ss. Sennonché, anche la prevenzione generale positiva presenta la medesima problematicità di strumentalizzazione del giudizio sul passato per finalità estranee alla persona del condannato (cfr. M. KÖHLER, *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, cit., 41), salvo che sia attuata "strumentalmente" per l'affermazione dei diritti fondamentali contro le aggressioni più gravi e indiscutibili mediante una tutela che trova già *aliunde* (al di là della mera minaccia di pena) la sua legittimazione (analoghi accenti in W. NAUCKE, *Prevenzione generale e diritti fondamentali*, cit., 66 s.). La prevenzione generale positiva attuata per *mala quia prohibita*, per intenderci, o per violazioni che non rispettino l'*extrema ratio*, presenta le medesime criticità della prevenzione generale negativa, costituendone un *camouflage*.

(49) Quanto detto si applica anche alla prevenzione generale positiva di tipo funzionale (per tutti B. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, cit., 14 ss., 519 ss., con riferimento anche alle teorie di Jakobs, Schünemann, Silva Sánchez etc.), perché la finalità "primordiale della pena" di restaurare la fiducia nella vigenza delle norme penali come norme basilari della convivenza (*ivi*, 527) ha un valore sociologico e politico che non può costituire la direttrice della commisurazione e dell'applicazione della pena al singolo che la subisce: in caso contrario nei reati artificiali sarebbe tanto più opportuno accrescere l'intervento sanzionatorio quanto più la fattispecie è poco avvertita "dalla generalità" (la prospettiva "individualista" del singolo è misconosciuta in una lettura funzionale). Una concezione "funzionale" siffatta converte la "persona" nella "norma", azzerando l'esigenza di distinguere tra finì e funzioni. Poco importa che sia poi una teoria critica e non "legittimista" dell'esistente: il suo normativismo annulla il prenormativo quale limite all'idea dello scopo, salvo recuperarlo nelle reali esigenze della società, che però sono sempre "espresse" dalla maggioranza politica, salvo i limiti di un controllo di costituzionalità poco sviluppato dai funzionalisti.

2.2. *Il fondamento del diritto penale (funzioni della pena) e il rapporto con la pena applicata (fini della pena). La prevenzione generale come mera funzione.* — Se è bruciante la contraddizione segnalata, occorre allora distinguere rigorosamente tra *fini e funzioni della pena*.

Le *‘funzioni’ generalpreventive* del sistema — un problema dell’intero ordinamento, non di quello penale soltanto, anche rispetto alla prevenzione generale positiva (50) — *non sono un concetto tecnico-giuridico*, ma politico e sociologico, utilizzabili a fini ermeneutici, ma non commisurativi, mentre i *‘fini’ della pena applicata* sono un *concetto giuridico*, con contenuto normativo-deontologico *vincolante per il giudice* (51).

Non c’è, all’origine di questa distinzione che viene continuamente dimenticata o elusa nel corrente uso linguistico, una nostalgia per alcuni schemi concettuali del tecnicismo giuridico, ma ci sono *esigenze di garanzia*.

ESEMPIO. Se la prevenzione generale prescinde dalla meritevolezza e aggrava le pene oltre ogni proporzione — v. per es. la pena *minima* del sequestro di persona

(50) Anche se i loro sostenitori sembrano dimenticare continuamente la distinzione tra il piano dei fini (giuridici, vincolanti, applicativi) e quello delle funzioni (politico-criminali, sociologiche, non vincolanti l’applicazione individuale): per es., da ultimo, B. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, cit., *passim*; W. HASSEMER, *Warum Strafe sein muss*, tr. it. cit., 67 ss.; M. CANCIO MELIÀ-B. FEIJÓO SÁNCHEZ (ed.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Thomson, Civitas, 2008; G. JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, Thomson, Civitas, Cizur Menor, 2006, 83 ss., 123 ss.; B. SCHÜNEMANN/A. VON HIRSCH/N. JAREBORG (Hrsg.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog* (Uppsala-Symposium 1996), Müller Verlag, Heidelberg, 1998. V. pure, con una posizione invero critica alla prevenzione generale negativa vicina a quella qui sostenuta, G. DE VERO, *L’incerto percorso e le prospettive di approdo dell’idea di prevenzione generale positiva*, cit., 439 ss., che propone un ancoraggio costituzionale alla prevenzione generale positiva, distinta radicalmente (“diametralmente opposta”), secondo l’A., dalla prevenzione integratrice (mascheramento della retribuzione); Ib., *Prevenzione generale e “condanna dell’innocente”*, cit., 990 ss., 1015 ss. Per una approfondita analisi della prevenzione-integrazione come concezione “psicologica” e ancora individualistica (orientata agli individui, anche se come generalità) della prevenzione, a fronte di concezioni della prevenzione generale positiva di tipo sociologico-empiriche, sistemiche, funzionali e comunque “comunicative” e generalizzanti (orientate a una comunicazione sociale indifferenziata, alla coscienza normativa di una collettività), v. B. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, cit., 261 ss., 311 ss.

(51) A conforto di quanto ora detto riportiamo le parole di G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in Aa.Vv., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Esi, Napoli, 2006, 132: “Anche se nel linguaggio penalistico corrente si tratta di concetti utilizzati con significato equivalente, potrebbe considerarsi preferibile distinguere nel modo seguente: e cioè, impiegare il termine *scopi* o *fini* per alludere al piano deontologico degli obiettivi, normativamente o idealmente rilevanti, presi di mira; e utilizzare il termine *funzioni* per fare riferimento, sul piano sociologico, agli effetti di fatto prodotti dall’applicazione delle sanzioni punitive”. Avevamo adottato questa impostazione già in *Il volto attuale*, cit., 269. Peraltro, il punto di vista seguito in tale studio, con riferimento alla pena, era sicuramente più descrittivo-ricostruttivo rispetto alla prospettiva del presente scritto, che è più orientato al dover essere giuridico.

a scopo di estorsione (art. 630 c.p.), più grave di quella *massima* dell'omicidio doloso (art. 575 c.p.) non aggravato; oppure v. le pene delle condotte di cessione di stupefacenti (reati di pericolo presunto *ex* art. 73 dpr 309/1990 e succ. mod.), che non distinguono neppure tra droghe leggere e pesanti — il giudicante, che guarda all'individuo e al passato, ne rimarrà legalmente condizionato, ma non potrà proseguire o approfondire un programma generalpreventivo nel momento della irrogazione personale della pena: egli dovrà, nei limiti consentiti dall'ermeneutica, *correggerne gli effetti in applicazione del principio di personalità della responsabilità penale* (art. 27, co. 1, Cost.), perché il fine politico, ovvero la funzione politica della cornice edittale sovradeterminata dalla prevenzione generale, non consente una individualizzazione proporzionata e deve essere reinterpretato in modo costituzionalmente conforme (52).

I *fini della pena applicata*, infatti, sono di *realizzare (possibilmente) o comunque di non superare una proporzione col fatto* (esigenza di giustizia o equità) e *con la colpevolezza per il fatto* (esigenza d'individualizzazione), e di *tendere alla risocializzazione/non desocializzazione del condannato* (finalità di prevenzione speciale positiva), correggendo la necessaria strumentalizzazione di beni personali (e dunque della persona) del condannato rispetto ad altri incommensurabili, e l'utilizzo dell'uomo singolo per fini generali (anche se a protezione dei diritti di tutti), che in astratto già si è (o si sia) consumata con la prevenzione generale.

Per questa ragione, fissato l'obiettivo giudiziale di determinare una pena equa e proporzionata rispetto al fatto commesso, *un'ulteriore finalizzazione tecnica* della pena — *rectius*: della sua irrogazione — in sede applicativa *può essere solo individuale, e dunque può essere solo special-preventiva* (53).

Se, viceversa, si ammettesse che la pena minacciata possa legittimamente perseguire un *fine tecnico* di prevenzione generale a livello legislativo, anche il giudice, nell'applicarla, dovrebbe attuare quel programma

(52) Cfr. C. cost. n. 68/2012 sulla parziale illegittimità della pena dell'art. 630 c.p. Naturalmente, ragioni di risocializzazione possono consentire di scendere anche al di sotto di una pena che potrebbe apparire proporzionata alla colpevolezza, ma non in misura fissa: una colpevolezza 'fissa' è ancor più un assurdo epistemologico e giuridico-morale, o è solo una misura oggettivata e impersonale, l'obiettivo taglione dell'occhio per occhio. Per questo non si possono seguire le posizioni "alla von Hirsch" che nella commisurazione sembrano vedere solo l'esigenza di una limitazione della discrezionalità giudiziale in senso oggettivistico-proporzionalistico, tanto da dimenticare le differenze personali.

(53) Rispetto a quanto a suo tempo espresso in E. DOLCINI, *La commisurazione*, cit., la soluzione proposta attua la garanzia dell'assenza di prevenzione generale nella commisurazione, che va assicurata escludendola dai fini giuridici della comminatoria. Restano inoltre spazi e limiti della *neutralizzazione* della capacità a delinquere come (mera) funzione negativa della prevenzione speciale (v. anche *infra*, nota 85), che dovrebbero invece toccare in termini giuridici soprattutto tipologie e modalità esecutive.

generalpreventivo: magari prima estendendo il dolo eventuale o negando spazi di *error iuris* scusabile sempre per ragioni generalpreventive, e poi selezionando comunque la “pena in concreto” per lanciare messaggi alla generalità. Chi nega questo scopo-funzione in sede applicativa non può, pertanto, riconoscerlo in fase di minaccia: perché i due momenti vanno insieme e sarebbe contraddittorio riconoscere al legislatore la legittimità di un fine giuridico che il giudice non dovrebbe poi diligentemente realizzare (54).

Di qui l'imprescindibile *esigenza garantistica* di separazione tra funzioni (descrittive, o con finalità politiche) e fini (prescrittivi, vincolanti giuridicamente l'applicazione), nel significato anzidetto. La prevenzione generale, positiva e negativa, da sola non fonda nulla.

Che la distinzione non sia meramente linguistica, comincia ad apparire chiaro.

2.3. *La moralità della prevenzione come tutela di beni, le sue condizioni giuridiche e il diritto penale moderno.* — C'è una radicalità apparentemente rivoluzionaria in quanto ora evidenziato, da farla sembrare un elemento disgregatore, o destabilizzante, rispetto al diritto penale moderno. Ancor peggio: da farla apparire come un'indicazione regressiva, conservatrice, *démodée*, ingestibile nel tempo presente. Da quando si è abbandonata la “sacra maestà della legge” come dea retributiva che dava a ciascuno il suo senza chiedere o consentire un prezzo per tale compito, abbiamo celebrato la moralità della prevenzione generale (55). Si tratta, a

(54) Già con chiarezza G. DELITALA, *Prevenzione e repressione nella riforma penale* (Riv. it. dir. pen., 1950, poi) in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1976, 600: “Ora, se c'è un'affermazione che ci è sempre parsa sofistica, è proprio quella che si debba distinguere, nell'indagine sullo scopo della pena, fra momento normativo e momento esecutivo, ed assegnare a quest'ultimo uno scopo diverso dal primo”. Nel senso della compresenza della “finalità-funzione” (indistintamente ritenute) della prevenzione generale soprattutto nel momento legislativo, e poi anche in quello applicativo (ma con il ‘limite’ della prevenzione speciale), C. ROXIN, *Sinn und Grenzen*, cit., 1 ss., fino almeno a ID., “Schuld” und “Verantwortlichkeit” als strafrechtliche Systemkategorien, cit., 171 ss.; F. STELLA, *Il problema della prevenzione della criminalità*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano, F. Stella, Il Mulino, Bologna, 1980, 13 ss., 22 ss.; M. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, cit., spec. 156 ss., 165 s.; H.L. PACKER, *The Limits of the Criminal Sanction* (1968), tr. it. *I limiti della sanzione penale*, Giuffrè, Milano, 1978, 64-71; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 325 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, PG⁸, Giuffrè, Milano, 2003, 8 ss., 677 ss.

(55) Sulla moralità della prevenzione generale, v. per tutti le pagine di uno dei suoi più celebri sostenitori: J. ANDENEAS, *Punishment and Deterrence*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1974, 129 ss. A questa idea sono cresciuti i nostri Maestri a partire dagli anni Settanta del secolo scorso. Per tutti v. il volume AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano, F. Stella, cit.

onor del vero, di una moralità molto condizionata, in primo luogo dall'esistenza di beni giuridici da tutelare: è la tutela di beni che consente la prevenzione e la legittima. C'è quindi una premessa dogmatica (il bene giuridico) che legittima una politica criminale (la prevenzione generale, positiva e negativa), e c'è un compito dello Stato che fonda il diritto penale stesso: la tutela dei beni, appunto. La premessa dogmatica (il bene protetto) condiziona poi la moralità della prevenzione mediante *altri requisiti*: la personalità della responsabilità, la colpevolezza e la proporzione tra pena e illecito colpevole.

Gli aspetti strettamente *giuridici* di questo discorso riguardano le *condizioni*: il bene, la responsabilità per fatto proprio, la colpevolezza, la proporzione. La prevenzione, invece, riguarda lo *scopo politico* dell'intero meccanismo punitivo. Se la prevenzione si "dogmatizza", se la si inserisce — insieme a, ma in realtà ben oltre l'idea dello scopo — *dentro* alle categorie tecniche flessibilizzandole, trasformando le categorie e le condizioni giuridiche della prevenzione sino a fare di esse il suo prodotto (56), ne sortiscono i tratti peculiari del *diritto penale moderno* (57), oggi dispiegato in un *diritto penale della sicurezza* (58). Il fine ha divorato i suoi mezzi, come Saturno i suoi figli, ne ha prodotto dei nuovi e non conosce limiti che non siano costituiti da altri fini. Abbiamo costretto alla convivenza il razionalismo e l'idealismo di Kant e di Hegel con l'utilitarismo di Bentham, e il risultato è concettualmente contraddittorio, e se anche il diritto penale non è filosofia, ma esercizio della forza da parte del ramo più intollerante e autoritario dell'ordinamento, una *ratio* di sistema va almeno ipotizzata. Si è cercato di uscire dalla vertigine del vuoto concettuale (sono, i nostri, solo *slogans* che perpetuano l'immoralità necessaria del punire (59)?) separando ordinatamente le diverse finalità: la prevenzione generale riguarderebbe la minaccia e la pena edittale legislativa, la proporzione (già retribuzione) riguarderebbe la pena giudiziale, e la prevenzione speciale atterrebbe soprattutto al momento dell'esecuzione della pena (60). Però, abbiamo visto (§ prec.) che non è possibile espungere finalità

(56) Sulla colpevolezza come mero "derivato" della prevenzione generale v. ancora G. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, cit.

(57) Per tutti W. HASSEMER, *Prävention im Strafrecht*, in *Jur. Schulung*, 1987, 257 ss.; ID., *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, in *ZRP*, 1992, 378 ss.; cfr. pure, volendo, anche per una revisione critica di queste categorie, M. DONINI, *Diritto penale « classico » e diritto penale « moderno »*, cap. 5 de *Il volto attuale*, cit., 97 ss.

(58) Cfr. soltanto gli Atti del Convegno di Modena e dell'Associazione Franco Bricola del 2009: AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, cit.

(59) Cfr. M. NOBILI, *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2009.

(60) È la soluzione (tendenziale) di C. ROXIN, *Sinn und Grenzen*, cit. Per un commento a questa impostazione associativa "dialettica" della polifunzionalità, in rapporto agli orientamenti della Corte cost. italiana sino agli anni Ottanta del secolo scorso, G. FIANDACA, *Il 3° e il*

generalpreventive se queste vengono riconosciute come giuridicamente vincolanti già la cornice edittale, la fase della minaccia, e che non è possibile eliminare il limite della proporzione già nella costruzione della cornice edittale.

Il diritto penale moderno conosce persino *illeciti di prevenzione*, dove il bene protetto è quello della sicurezza, ma è un bene in parte pre-esistente, e in parte prodotto dalla stessa legislazione (61). Le contravvenzioni e i *mala quia prohibita* sono lì a testimoniare, dall'Ottocento almeno, ma assistiamo a sviluppi contemporanei sempre più marcati di questo fenomeno nell'area dei delitti, dei reati più gravemente puniti per finalità di prevenzione generale, appunto.

Domanda: come si possono riconoscere tutte queste finalità politico-criminali del diritto penale senza ammettere che la pena stessa, in questi casi, abbia una finalità *giuridica* di prevenzione generale? La risposta è che dobbiamo cominciare a risolvere le contraddizioni. O si riduce tutto a un eterno bilanciamento (il legislatore bilancia ogni diritto e ogni bene, lo stesso fa l'interprete che costruisce continuamente analogie da bilanciamento ermeneutico, e così quindi il giudice che perpetua la politica con argomenti diversi, ma parimenti aperti a tutti gli scopi in conflitto), oppure va riconosciuto che le finalità politico-criminali di tipo sanzionatorio non rappresentano un momento giuridico vincolante la costruzione della pena giudiziale e dunque neppure una premessa legittima per costruire una pena edittale di mero scopo. Dismettendo così i panni del copista della realtà esistente, il penalista sa che deve occuparsi delle condizioni giuridiche (deontologiche, normative, prescrittive) della *pena applicata*, che è l'unica veramente esistente come realtà giuridico-penale. La *pena minacciata* ha un'importante funzione sociologica e politica, e insieme a essa, lo ha la percezione sociale del meccanismo punitivo nella sua componente di contributo alla costruzione dei valori dell'ordinamento e degli stessi diritti fondamentali; ma nelle aule di giustizia, dove si risponde di fatti già commessi, si parla un linguaggio diverso e non è ammesso che le paure e le insicurezze sociali trasformino le condizioni del giudizio di responsabilità (offesa, bene giuridico, causalità, dolo, colpa, proporzione etc.) in un prodotto della prevenzione generale. Affinché questa *garanzia* sia assicurata, è necessario che quelle medesime condizioni — che altro non sono che il prodotto della costruzione della teoria del reato la cui "scientificità" dovrebbe illuminare la stessa teoria della pena e la sua commisurazione — siano presenti nel momento legislativo *per impedire che la finalità preven-*

4° comma dell'art. 27, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, A. Pizzorusso, Zanichelli, Bologna-Roma 1991, 333 ss. (e gli studi di G. Casaroli e R. Pasella *ivi cit.*).

(61) Cfr. M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, cit., 258 ss.; *Id.*, *Reati di pericolo e salute pubblica*, in corso di pubblicazione.

tiva della politica criminale, la sua dimensione di “lotta” contro un fenomeno antisociale o criminale, *si trasformi in uno scopo giuridico capace di annullare le condizioni della sua stessa legittimità* (62).

2.4. *Natura politica, non scientifica, della pena.* — *La contraddizione epistemologica* (e politica) di fondo individuata, che segna la situazione spirituale del tempo presente, si aggrava se la esplicitiamo: il diritto penale può avere *anche una spiegazione scientifica*, ma la pena ha ancora *solo o soprattutto una spiegazione politica*. Oltre all’indicata incommensurabilità dei valori di raffronto, è il principio di *extrema ratio* o di sussidiarietà penale che si pone *all’origine di questo dato*.

Infatti, è un dato di sistema — a livello internazionale — quello per cui la scelta del diritto penale, *rectius*: della *sanzione* penale, non è sindacabile da parte dei Tribunali supremi rispetto all’opzione amministrativa o extra-penale, in quanto si tratta di questione politica. Come tale, è una materia sottratta *per definitionem* a una soluzione tecnico-scientifica.

Orbene, mentre la scelta punitiva penale appartiene di diritto a questo ambito di non giustiziabilità, anche il *quantum*, come noto, *non è sindacabile*, salvo che rispetto alle estreme violazioni della ragionevolezza o dell’eguaglianza (63).

Conclusivamente: *tutto il penale sanzionatorio*, nell’*an* e nel *quantum*, è all’origine (quasi) insindacabile giuridicamente (salvo violazioni di prin-

(62) Per una rappresentazione travolgente dei disastri del diritto penale della sicurezza, W. NAUCKE, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, in AA.Vv., *Sicurezza e diritto penale*, cit., cit., 79 ss. Più della garanzia indicata nel testo non è possibile postulare. I percorsi di questa delimitazione saranno meglio accennati nel § 4.2. Se la prevenzione generale non servisse a nulla (è quanto ritiene M. PAVARINI, *Dell’insostenibile prevenzione. Alcuni spunti di Alessandro Baratta su scienza penale e teoria della pena*, in AA.Vv., *Filosofia e sociologia del diritto penale*, a cura di R. Marra, Giappichelli, Torino, 2006, 45 ss., 53-57) perché il diritto penale non è stato già abolito in tutto il mondo? “Über Generalprävention braucht man sich nicht zu sorgen” ha scritto Eduard Kohlrausch, e i penalisti — che volevano scrollarsi di dosso il vecchio retribuzionismo — se ne sono occupati sin troppo per legittimare sempre più penale. Ma se la fondazione del tutto è politica, come si è detto, perché si dovrebbe pretendere *dal penalista* una capacità e un onere di legittimazione empirica, in forza di una scienza controfattuale (solo abolendo il diritto penale si saprebbe definitivamente che cosa accadrebbe senza di esso), che è il legislatore, semmai, a dover impiegare, almeno per settori circoscritti? La scienza penale si esprime soprattutto nella teoria del reato e mediante le premesse epistemologiche per il controllo critico della legislazione, nonché attraverso l’elaborazione delle garanzie (una scienza di garanzie, dunque) da osservare in materia punitiva (e sanzionatoria). Persino l’elaborazione di una scienza della sussidiarietà è un obiettivo critico di scienza della legislazione, ma non impegna lo studioso a legittimare la pena, né per questo a delegittimare il diritto penale, che non s’identifica con l’opzione legislativa storica per una determinata scala o tipologia sanzionatoria.

(63) Ciò non significa che non esistano parametri di scienza politica o di scienza della legislazione che supportino queste opzioni (v. *infra*).

cipi in tema di fonti, riserva di legge *et similia*). Resta invece un sindacato di *struttura contenutistica* sul precetto penale (fonti, determinatezza, ma anche offensività, colpevolezza, riserva di legge, rispetto di obblighi sovranazionali etc.), fin dall'origine.

Questo è il contenuto definitorio più esatto dello statuto epistemologico "ufficiale" del rapporto fra illecito e sanzione penale nel loro momento fondativo.

2.5. *Dalla non giustiziabilità dell'ultima ratio (politicalità "esterna") alla verifica di legittimità delle scelte interne al sistema sanzionatorio (scientificità "interna"), alla scienza della legislazione.* — Quanto detto riguarda il 'se' del punire, o la pena in astratto e isolatamente considerata. Le norme di diritto sanzionatorio, peraltro, una volta entrate nel circuito della penalità, sottostanno di nuovo, in quanto *norme giuridiche*, a *vincoli relativi* che attengono al sistema normativo di riferimento, e sono perciò *pienamente giustiziabili* in termini di legalità, tassatività, proporzione e ragionevolezza, finalità rieducativa, tutela adeguata delle vittime etc.

ESEMPIO. In un sistema con la pena di morte per il furto, l'omicidio, la corruzione e il contrabbando di autoveicoli (64), i raffronti di "eguaglianza" e "ragionevolezza" saranno/sarebbero molto diversi, così fondando (la pretesa di) una valutazione di "razionalità" punitiva interna al sistema differente da quella propria di ordinamenti dove non ci sono quelle scelte punitive.

Questa differenza è scolpita puntualmente nella *giurisprudenza costituzionale* che consente un sindacato sulle pene là dove sussista un *tertium comparationis*: la presenza del *tertium comparationis* è esattamente il requisito *tecnico* che consente la giustiziabilità (65).

(64) Ciò era diritto vigente, in Iraq, ai tempi di Saddam Hussein.

(65) V. ora sul tema G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2012, 139 ss. (cap. VI). Tra le pronunce della Corte cost. che hanno dichiarato l'illegittimità delle sanzioni denunciate per la sproporzione delle reazioni sanzionatorie in rapporto a un *tertium comparationis*: Corte cost., 18 luglio 1989, n. 409; Id., 28 luglio 1993, n. 343; Id., 14 novembre 1997, n. 329, in *Foro it.*, 1998, I, 26, con nota di G. FIANDACA, *Altro passo avanti della Consulta nella rabberciatura dei reati contro la religione*, 26 ss.; Id., 25 luglio 2001, n. 287; Id., 9 luglio 2002, n. 327; Id., 29 aprile 2005, n. 168; Id., 23 novembre 2006, n. 394, in *Giur. cost.*, 2006, 6, 4127 (s.m.); da ultimo C. cost., 23 marzo 2012, n. 68, sull'art. 630 c.p. Tra le decisioni che, viceversa, non hanno ritenuto un valido *tertium comparationis*, con conseguente rigetto delle eccezioni di incostituzionalità, Corte cost., 30 luglio 1981, n. 162; più recentemente Id., 26 novembre 2004, n. 364; Id., ord. 21 aprile 2006, n. 17; Id., ord. 13 giugno 2006, n. 229; Id., 2 febbraio 2007, n. 22, in *Giur. cost.*, 2007, 1, p. 151, con nota di D. BRUNELLI, *La Corte costituzionale "vorrebbe ma non può" sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, 181 ss. In senso relativo, una volta fissato un

C'è quindi un livello di "scientificità relativa", interna al sistema vigente, di tipo "ordinale" od orizzontale, e un livello di *politicità piena*, che riguarda il *punto di vista ancora esterno*, cioè l'opzione penale in sé e anche il suo livello verticale, cardinale, di grandezza, del massimo sanzionatorio.

Sulle *premesse conoscitive dell'opzione penale*, che rimane in sé attratta in una valutazione politica quanto al momento decisorio, *non vi è*, nondimeno, *un vuoto scientifico o di conoscenze obiettive*: infatti, a più riprese si sono sviluppate le linee di una *scienza della legislazione* (66), che

parametro-base di raffronto, è possibile costruire un qualche "sistema" proporzionato, un ordine gerarchico. Vale a dire: se per es. si stabilisce che le entità sanzionatorie sono la (durata della) vita e la perdita della libertà (per es. vent'anni o ergastolo non ostativo: l'ergastolo non ostativo significa in Italia di fatto poco più di vent'anni effettivi di detenzione) parametrare con le violazioni più gravi (es. reati contro il genere umano, etc.), da quei beni e da quelle sanzioni si potrà pensare di costruire la sanzione per le violazioni meno gravi. Però, decidere se un bene strumentale o intermedio (per es. trasparenza, fiducia dei mercati, fede pubblica, integrità familiari etc.) sia da tutelare in via penale o amministrativa, è questione sottratta a un giudizio scientifico, rimanendo di tipo politico l'opzione penale. Una volta effettuata tale opzione, diventa possibile e praticabile un discorso interno e relativo di coerenza, razionalità etc.

(66) Si tratta di un indirizzo (non dogmatico, propriamente, né di prospettiva di riforma in senso stretto, ma di scienza della legislazione, appunto) ben rappresentato anche nella letteratura italiana del secondo Novecento. Con specifico richiamo anche al sistema sanzionatorio, cfr. esemplarmente C. PEDRAZZI, *L'apporto della comparazione alle discipline penalistiche*, in AA.VV., *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, a cura di R. Sacco, Giuffrè, Milano, 1980, 609 ss.; ID., *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, in AA.VV., *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, a cura di Gauthier, Éditions universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1985, 15 ss.; AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano, F. Stella, cit.; F. BRICOLA, *Il costo del principio « societas delinquere non potest » nell'attuale dimensione del fenomeno societario* (1970), in *Scritti di diritto penale*, vol. II, tomo 2, Giuffrè, Milano, 1997, 2975 ss.; ID., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, cit., 3 ss.; S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale. L'Alternativ-Entwurf e l'esempio della Repubblica Federale tedesca*, Jovene, Napoli, 1984; L. MONACO, *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia*, in *Studi Urbinati*, 1980-81/1981-82, 399 ss.; ID., *Prospettive dell'idea dello 'scopo'*, cit.; *Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri 5 febbraio 1986, Criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione delle fattispecie penali*, in *Cass. Pen.* 1986, 624 ss.; *Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri, 19 dicembre 1983, Criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, ibidem, 640 ss.; T. PADOVANI, *Il binomio irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni, fra storia e politica criminale*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci, Dolcini, cit., 421 ss., 429 ss.; ID., *La disintegrazione del sistema sanzionatorio*, cit.; E. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Diritto penale in trasformazione*, cit., 371 ss., 386 ss.; F. PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. pen.*, 1987, 231 ss.; C.E. PALIERO, *Il principio di « effettività » del diritto penale*, cit., 395 ss.; ID., *La riforma del sistema sanzionatorio: percorsi di metodologia comparata*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1996, 205 ss.; ID., *L'eco-*

non è scienza normativa, ma scienza della posizione delle norme, costruita dunque, su basi comparatistiche, anche con saperi empirici e conoscenze eziologiche, quali premesse critiche delle scelte di valore a livello legislativo (67). Quel sapere *de lege ferenda*, inoltre, è destinato a confluire in, e a essere declinato come, una *scienza della sussidiarietà penale*, e oggi, anche della *sussidiarietà comunitaria* (68), e in questa ottica privilegiata si muovono le proposte che si cercherà di formulare, le quali suppongono l'impiego di conoscenze empiriche e di ordini assiologici per la legittimità costituzionale del momento della costruzione della sanzione penale. Gli aspetti assiologici, peraltro, sono quelli che verranno più esplorati negli spazi del presente studio.

nomia della pena (un work in progress), in *Studi Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, 539 ss.; L. MONACO, C.E. PALIERO, *Variazioni in tema di "crisi della sanzione"*, cit., 430 ss.; AL. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, Cedam, Padova, 2000; S. PREZIOSI, *La fattispecie qualificata*, Cedam, Padova, 2000; AA.VV., *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, a cura di M. Donini, Cedam, Padova, 2000. M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, cit.; Id., *Modelli di illecito penale minore*, cit., spec. 243 ss., 253 ss., 258 ss.; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, Milano, 2004; C. PONGILUPPI, *Le cornici edititali al banco di prova di un sistema sanzionatorio differenziato*, in questa *Rivista*, 2007, 947 ss.; AA.VV., *Il prezzo del reato. La pena in una prospettiva interdisciplinare*, a cura di A. Bondi, G. Marra, P. Polidori, Giappichelli, Torino, 2010. La maggior parte degli studi sul sistema sanzionatorio, peraltro, sono ermeneutico-applicativi, o *de lege ferenda*, non di scienza della legislazione. Un settore che, anche in campo sanzionatorio, costituisce un terreno di coltura naturale della scienza della legislazione è ormai — e le citazioni sarebbero troppo numerose — quello che prepara o riordina la legislazione del diritto penale europeo, nella misura in cui nasce da premesse di studi comparati e strutturali, più che da esigenze di lotta espressione di politiche contingenti. V. soltanto, *ex pluribus*, A. BERNARDI, *L'armonizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino, 2004, sez. I; Id., *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa*, in questa *Rivista*, 2008, 76 ss.; A.M. MAUGERI, *La natura giuridica delle moderne sanzioni patrimoniali*, Giuffrè, Milano, 2001, 491 ss., 625 ss., 695 ss.; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2005, 469 ss.; AA.VV., *Per un rilancio del progetto europeo*, a cura di G. Grasso e R. Sicurella, Giuffrè, Milano, 2008 (spec. i contributi di Kuhl, Maugeri, Vogel, Paliero, Bernardi); L. FOFFANI, *Prospettive di armonizzazione europea del diritto penale dell'economia: le proposte del progetto "Eurodelitti" per la disciplina delle società commerciali, del fallimento, delle banche e dei mercati finanziari*, in *Studi Marinucci*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2006, 2321 ss.; Id., *Verso un'armonizzazione europea del diritto penale dell'economia: la genesi di nuovi beni giuridici economici di rango comunitario, il ravvicinamento dei precetti e delle sanzioni*, in *Studi Coppi*, vol. II, Giappichelli, 2011, 989 ss.

(67) Cfr., sul nesso tra momento empirico-descrittivo della scienza e opzione politica, M. DONINI, *Scienza penale integrale*, in Id., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., 121 ss., 132 ss.

(68) Cfr. M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, cit.; Id., *Diritto penale europeo e principio di sussidiarietà*, cit.; A. BERNARDI, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in S. MIR PUIG, M. CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, 39 ss. (anche in RTDPE, 2012, 15 ss.).

Se è vero il principio di *ultima ratio* come fondante (accanto alla proporzione quale limite intrinseco o originario, non suo doppio o replicante), esso richiede una motivazione di sussidiarietà. L'assenza di conoscenze nel momento genetico dell'incriminazione e pure della sua opzione sanzionatoria, dovrebbe in futuro renderla costituzionalmente sindacabile quanto meno per la *mancaanza di motivazione e di razionalità* dell'opzione penale. Salvo che l'opzione non appaia evidente anche in assenza di motivazione (per es. la punibilità dei crimini più gravi). Deve quindi valere *una regola contraria a quella oggi praticata*, cioè che tutto è consentito e razionale, a meno che non appaia assurdo. *Non* si dovrebbe, invece, presumere la razionalità che non sia evidente, e viceversa si dovrebbe presumere la violazione della sussidiarietà, in assenza di motivazione, salvo che sia evidente il contrario. *Onus probandi incumbit ei qui dicit* (69).

III PARTE. LE RIFORME URGENTI DEL SISTEMA SANZIONATORIO IN ATTUAZIONE DELLA SUSSIDIARIETÀ PENALE

3.1. *Le specificità negative del sistema punitivo italiano tra commisurazione e colpevolezza.* — Il passaggio dalla “crisi generale dei fondamenti” a quella specificamente italiana ci aiuterà a trovare una direzione di ricerca, ma anche di politica criminale, che potrebbe costituire (coltiviamo la modestia) la premessa per elaborare un percorso penologico di maggiore collaudo critico.

Nel sistema penale italiano ci sono *alcuni istituti che, per come disciplinati, condizionano integralmente la commisurazione e la costruzione della pena*. Essi sono: il sistema delle circostanze e il connesso problema delle cornici edittali; il concorso di persone; la distinzione delitti/contravvenzioni; la rilevanza della capacità a delinquere e della tematica del “reo”, cioè dell'autore, accanto a quella del “fatto” (e della colpevolezza per il fatto).

Sono condizioni epistemologiche nascoste del sistema che ne contrassegnano geneticamente l'identità. È un discorso sul “codice Rocco” e su quello che ne è rimasto. Per intenderci: un discorso su di noi (70).

(69) C.E. PALIERO, *Il principio di effettività*, cit., 434, con riferimento all'effettività, che è componente della sussidiarietà.

(70) Il penalista straniero dei Paesi Ocse chiamato a comporre le commissioni dei nostri concorsi universitari dopo la l. Gelmini n. 240 del 2010, dovrebbe conoscere questi dati — come altri “formanti” —, giacché non sono per nulla evidenti dall'esterno, né dalla lettura di molti studi scientifici in campo umanistico. Ciò che è importante soprattutto per apprezzare l'originalità di un contributo scientifico. “La « dottrina » di un pensatore è ciò che, nel suo dire, è rimasto non detto” (M. HEIDEGGER, *Platons Lehre von der Wahrheit*, 1954, tr. it. *La dottrina di Platone sulla verità*, a cura di A. Bixio, G. Vattimo, Sei, Torino, 1978, 37). Nasce

Tutto ciò è tenuto insieme, nel codice penale vigente, dalla logica della responsabilità oggettiva, che “circola nelle vene del codice” assai più di quanto fosse vero per la causalità adeguata (alla quale si riferiva Giuseppe Bettiol con quell’espressione circolatoria), capace di produrre una pena per *l’illiceità pregressa della condotta*, e una pena per *tipi d’autore, che riguarda l’illiceità pregressa del soggetto* (recidiva, capacità a delinquere, vecchie presunzioni di pericolosità etc.).

Dopo il 1974, com’è noto, a ciò si è aggiunta una grande *discrezionalità giudiziale* (71), che solo di recente ha cominciato a essere in parte delimitata in certi settori, ma che rimane fortissima e tale da rappresentare *la conseguenza e la causa*, ad un tempo, di forti distorsioni nella costruzione delle pene da parte del legislatore.

L’applicazione *automatica* della sospensione della pena *dopo* il processo (meglio allora *se prima*, in forma di *archiviazione condizionata*, o di *messa alla prova* (72)), unita alla disciplina della *prescrizione del reato* dopo l’esercizio dell’azione penale, all’eccessiva durata del processo penale, e ad altre cause estintive generali periodiche (le vecchie amnistie e i vecchi e nuovi condoni) o speciali per gruppi di reati e tipi d’autore, hanno poi prodotto, ancor più dopo l’affermarsi dei *riti alternativi*, una sensazione complessiva ora di impunità, ora di grande diversità e arbitrarietà nell’ap-

qui, probabilmente, il problema dell’ermeneutica, là dove una *mens* esiste, mentre un diverso tipo di ermeneutica è invece richiesto là dove quella *mens* proprio è manchevole, come nel caso di molte leggi. Quanto al codice Rocco, peraltro, è diffusa l’opinione — che chi scrive condivide pienamente — che una *mens legis* esistesse davvero, anche se oggi si è dissolta nella decodificazione e le discipline che qui discutiamo sono un residuo storico, benché importante, rispetto al disegno originario. V. soltanto da ultimo *Gli ottant’anni del codice Rocco*, a cura di L. Stortoni e G. Insolera, Bup, Bologna, 2012, i cui lavori riflettono la rassegnazione prudentiale (il nuovo sarebbe peggio) al permanere dello “scheletro” del codice Rocco ormai rinnovato decine di volte, per un altro ventennio, mentre la dottrina dialoga tra se stessa o un po’ con la magistratura, e la legislazione, incapace di discorsi “generali” di tipo nazionale, smarrita nella gerarchia dei valori, è differenziata tra europeismo e sottosistemi (cfr. anche il *Documento introduttivo*, 1 ss.).

(71) Critiche notissime e ormai classiche: A.M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi Urbinati*, 1976-77, 275 ss., 284 ss., 300; A.R. LATAGLIATA, *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Il Tommaso Natale*, 1975, 337 ss., 339; G. CONTENTO, *Note sulla discrezionalità del giudice penale, con particolare riguardo al giudizio di comparazione fra le circostanze*, *ibidem*, 1978, 655 ss.; M. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, cit., 176 ss.; F. BRICOLA, *Commento all’art. 27, 2° e 3° comma, Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, *Rapporti civili*, Art. 24-26, Zanichelli, Bologna, 1981, 270 s.; E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, 767 s.

(72) V. anche C.E. PALIERO, *La riforma del sistema sanzionatorio tra utopia e realtà*, in *AA.VV.*, *Verso una riforma*, cit., 278.

plicazione della pena, salvo che per determinati tipi d'autore che conoscono regolarmente il carcere (73).

Accanto alle politiche punitive per certi tipi di fatti e di autori, e al disordine complessivo per gli altri, si accompagnano poi anche le politiche intenzionali e costituzionalmente conformi, mirate alla degradazione del reato e alla *depenalizzazione in concreto*, alla *non punibilità* nel segno dell'*ultima ratio* (74).

L'insieme di questi disordinati elementi, reso definitivamente ingestibile per effetto di un'impossibile obbligatorietà dell'azione penale, spesso trasformata in un'incontrollata e non regolata *discrezionalità di fatto* dell'azione penale, è all'origine del fenomeno dell'incertezza e arbitrarietà della pena: sia rispetto al se della sua applicazione, e sia rispetto al quanto della sua irrogazione. *Incerta per tutti, ma per alcuni assai meno*.

Di fronte alla situazione descritta che rappresenta *un non-sistema*, mi limito qui a indicare poche soluzioni di diritto penale sostanziale, capaci a mio avviso di ridare una base di dignità all'ordinamento — che sarebbe l'inizio della ricostruzione —, altrimenti destinato al fallimento politico e scientifico dell'intera materia penalistica come disciplina giuridica, come strumento di credibile controllo sociale e come amministrazione della giustizia.

(73) Che lo stesso discorso “generale” sulla pena possa opportunamente essere ormai declinato in modo differenziato dentro a vari sottosistemi (in particolare: giudice di pace, giustizia minorile, criminalità organizzata, criminalità economica e degli enti) è realisticamente teorizzato da F. PALAZZO, *Le condizioni generali per la riforma del sistema sanzionatorio*, in AA.Vv., *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, cit., 321. Rimane però il resto, la criminalità “comune”, effettivamente “la più ampia” (*ibidem*). A questa è soprattutto dedicato il discorso “generale” qui sviluppato, piuttosto che a logiche di sottosistemi differenziati e integrati, che da tempo esistono e necessitano analisi e politiche “di scopo”, pur in un quadro generalizzante che dovrà, prima o poi, essere riconquistato. Il problema è, a mio avviso, il seguente: se la politica criminale contemporanea, tutta di scopo e orientata alle conseguenze, si attua soprattutto o fuori dal codice (leggi complementari), oppure in interventi “integrati”, “organici”, dove a poche norme penali (anche codicistiche) si affiancano discipline di ordinamento extrapenali che gettano le fondamenta della prevenzione — ciò restando dentro al diritto statale, ma adattamenti specifici esige per es. l'ordinamento internazionale: v. per tutti il ricchissimo quadro offerto da L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello Statuto della Corte penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2009, 4 ss., 72 ss. —, nondimeno occorre una “cabina di regia”, un discorso “comune” (diverso da quello del *ius commune europaeum*) di parte generale. Oggi, al riguardo, lo *ius commune* interno al diritto nazionale italiano è un caotico non-sistema. La rifondazione del sistema sanzionatorio comune, di cui qui indichiamo alcune basi che partono proprio dai deficit strutturali del non-sistema attuale, è dunque pregiudiziale anche alla pur prevedibile permanenza di sottosistemi integrati.

(74) A queste ci siamo riferiti nella costruzione politico-criminale e anche dogmatica della categoria della “non punibilità” quale espressione dell'*ultima ratio* (cfr. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit.; ID., *Le tecniche di degradazione*, cit.).

3.2. *I rimedi.* A) *Restaurazione dei principi di legalità (primato del titolo legale della responsabilità sulla pena giudiziale), e di colpevolezza (primato della colpevolezza sulla prevenzione generale e sulla capacità criminale) nella commisurazione in senso lato.* — Occorre abbandonare veramente la logica della responsabilità oggettiva che è condizionata dalle discipline vigenti delle circostanze, del concorso di persone, dell'illecito contravvenzionale, e della pari dignità della capacità a delinquere rispetto alla colpevolezza per il fatto, le quali inquinano *insieme* l'idea e la pratica di una commisurazione della pena.

Quanto a *concorso di persone e contravvenzioni* non è possibile trattare qui della loro riforma (75), ma essi devono rimanere *sorvegliati speciali* per l'inquinamento del principio di responsabilità per fatto proprio (indifferenza strutturale alle distinzioni autore/complice e dolo/colpa, "gettate in pasto" alla discrezionalità commisurativa) che la loro attuale disciplina comporta: *dissolvere la teoria del reato nella commisurazione significa avere una commisurazione senza teoria, e cioè senza controllo critico.* Ciò è quanto accade, in effetti, rispetto ai reati più gravi (in concorso) e a quelli più lievi (contravvenzioni): gli estremi, i limiti, i paletti, le coordinate. Cosa rimane allora nell'ordinario? Se nei casi più gravi e più lievi c'è una commisurazione senza teoria, perché le cose dovrebbero andare meglio nei casi normali? Provvede, in queste situazioni, la tirannia generalpreventiva dei minimi edittali alti, che impedisce definitivamente l'impiego motivato dell'art. 133 c.p., anche per la giusta "resistenza" giudiziale che — applicando di fatto una critica personalistica alla prevenzione generale — parte dai minimi utilizzando così formulette pigre.

La *prima riforma* qui prospettata mira ad affermare dunque il *primato del titolo legale della responsabilità (titolo del reato) sulla pena giudiziale.* Tale principio è così formulabile: "la definizione del titolo legale della responsabilità governa la commisurazione della pena", *e non viceversa, come accade oggi.*

Oggi, infatti, *il giudice* è imbrigliato da vincoli di calcoli aritmetici a posteriori effettuati al fine di correggere le distorsioni delle cornici edittali e del sistema delle circostanze (76): per es. applicando o disapplicando circostanze prevalenti/equivalenti solo per raggiungere un risultato finale altrimenti impossibile, attestandosi sui minimi edittali perché già troppo

(75) Sia consentito rinviare, rispettivamente, ai nostri *Il concorso di persone nel Progetto Grosso*, in *La riforma del codice penale. La parte generale*, a cura di C. De Maglie, S. Seminara, Giuffrè, Milano, 2002, 139 ss., e Id., *Modelli di illecito penale minore*, cit., 243 ss.

(76) Al. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, Cedam, Padova, 2000, 606 ss., e qui la critica all'idea di una vera funzione individualizzante delle circostanze nel sistema penale vigente.

elevati, privilegiando una qualificazione (delle circostanze o dei titoli di reato) perché idonea a evitare la prescrizione nei gradi successivi etc.

Lo stesso legislatore ne resta condizionato, tanto da costruire regole sapendo che saranno applicate in quel modo, secondo una logica e una cultura che lo inducono ad applicare certi livelli di pena ad alcuni fatti di reato *solo in ragione di alcuni istituti processuali* (intercettazioni, misure cautelari etc.).

Si dovrebbe attuare, invece, *una rivoluzione culturale*, in modo che *il legislatore* scelga le pene sulla base di autonome valutazioni di proporzione e gravità, e individuando *separatamente* le regole processuali applicabili; e in modo che *il giudice* non sia governato dall'esigenza di ricostruire la pena legalmente inflitta partendo da quella finale intuita come giusta (ad es. il fatto e l'autore meritano 3 anni: vediamo come arrivarci), anziché da una precisa ricostruzione della differenza dolo/colpa e delle relative motivazioni del soggetto, per collegarle al tipo di evento-offesa, pur considerando, alla fine, anche il contesto lecito o criminale della sua vita: questo non per impedire le "folgorazioni intuitive" là dove hanno diritto di esistere, ma per consentire il loro collaudo critico allo stesso giudicante, secondo parametri veri, seri, ben diversi dall'esigenza di "correggere le cornici edittali *ex post*" (77).

Solo così, si noti bene, cominciamo a restaurare il principio di colpevolezza: non certo predicando la scusabilità dell'ignoranza della legge penale inevitabile, che è una scusante di ridicola applicazione pratica, la quale dopo un quarto di secolo può ben dirsi che si sia rivelata utile soprattutto a perpetuare il principio *error iuris nocet*, legittimando l'espansione di reati artificiali, come oggi si riconosce sia in Germania e, a mio avviso e da tempo, anche in Italia (78).

Sennonché, come ogni penalista sa, *il principio di colpevolezza si pone in conflitto con la prevenzione generale* (79). Se la prevenzione generale

(77) V. pure, sul vigente sistema delle circostanze, la sintesi critica efficace di D. PULITANO, *Circostanze del reato. Problemi e prospettive*, in *Scritti in memoria di G. Marini*, Esi, Napoli, 2010, 701 ss., 704.

(78) Cfr. da ultimo C. SAFFERLING, *Vorsatz und Schuld. Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*, Mohr, Tübingen, 2008, 235; nonché, H. KORIATH, *Überlegungen zu einigen Grundsätzen der strafrechtlichen Irrtumslehre*, in *Jura*, 1996, 113 ss., 124, ivi pure ricordato; M. DONINI, *Serendipità e disillusioni della giurisprudenza. Che cosa è rimasto della sentenza C. cost. n. 364/1988 sull'ignorantia legis*, in *Ius17@unibo.it*, 2011, 243 ss., con altri richiami. Per un quadro recente di *common law*, A. ASHWORTH, *Ignorance of the Criminal Law and Duties to Avoid it*, in *Modern Law Rev.*, 2011, 1 ss.

(79) Su questo tema si è svolto un dibattito pluridecennale in Germania, dopo le posizioni iniziali di Peter Noll, Claus Roxin e poi di Günther Jakobs, rispetto alla dottrina tradizionale. Alle "dottrine non scritte" appartiene il dato per cui quando la letteratura tedesca, nel dibattito citato, ha discusso senza fine dei rapporti tra prevenzione e colpevolezza, si riferiva più spesso non a dolo e colpa (che sono per molti fuori dalla colpevolezza, oppure

fonda la pena politicamente, la colpevolezza (dolo/colpa e colpa grave) ne limita *fin dall'origine* la quantificazione: la comminatoria edittale, perciò, dovrà considerare dall'origine le ragioni della colpevolezza, ma anche della proporzione (80).

sono solo una sua base nell'illecito), ma alla valutazione della rimproverabilità dell'autore attraverso le scusanti, a ciò che rimane superato l'illecito (*amplius* il nostro *Illecito e colpevolezza*, cit., 552-574). Quando, invece, si ritornava a parlare di colpevolezza nella commisurazione della pena, allora quella stessa dottrina si riferiva a tutto l'universo soggettivo, non solo ai profili motivazionali della colpevolezza trattati in sede di teoria del reato. Alle origini del dibattito v. soltanto ART. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*² (1ª ed., 1961), Carl Winter, Heidelberg, 1976, 263 ss.; ID., *Schuld und Prävention*, Fest. Wassermann, Luchterland, Darmstadt, 1985, 889 ss.; H. MÜLLER-DIETZ, *Schuld und Strafe*, in ID., *Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems*, Decker's Verlag, Heidelberg-Hamburg, 1979, 1 ss., 16 ss.; B. BURKHARDT, *Das Zweckmoment im Schuldbegriff*, Goldtdammer's Archiv, 1976, 321 ss., H.M. BAUMGARTNER, A. ESER (Hrsg.), *Schuld und Verantwortung*, Mohr, Tübingen, 1983. Nella letteratura italiana istruttivo sempre L. MONACO, *Prospettive*, cit., cap. II. Sia pure consentito, per lo specifico rapporto tra *prevenzione e dolo* (vale a dire sui "disastri" della prevenzione generale dentro all'ermeneutica dell'elemento soggettivo), il rinvio al nostro *Dolo e prevenzione generale nei reati economici. Un contributo all'analisi dei rapporti fra errore di diritto e analogia nei reati in contesto lecito di base*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 1-62. Sui rapporti tra *prevenzione generale e colpa*, invece, la forte apertura a dimensioni di prevenzione generale dentro alla (e "al posto della") colpevolezza colposa si ravvisa nella tendenziale e frequente riduzione della colpa a inosservanza di parametri di un agente-modello, che è figura pura della prevenzione generale. Si consenta anche qui di rinviare, per approfondimenti, a M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in questa *Rivista*, 2013, 124 ss.

(80) Certo, questa idea è da sempre contenuta nel concetto di prevenzione mediante retribuzione, che almeno dai primi del Novecento è divenuta la concezione praticamente dominante. Sennonché, nelle sue migliori letture, già da allora non era più in gioco una concezione davvero "assoluta" della retribuzione (il rilievo è di E. BELING, *Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung. Zugleich ein Beitrag zur Würdigung des Strafgesetzbuchentwurfs von 1919*, Walther Rotschild, Berlin-Grunewald, 1922, 51, ma v. pure lo stesso J. NAGLER, *Die Strafe*, cit., 586 — premesse 585 pp. sulla pena retributiva, si afferma che il tema della concreta punibilità, da parte della legge, di illeciti colpevoli che "meritano" una pena è una "mera questione di utilità": "eine reine Frage der Zweckmäßigkeit" — e R. v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, Bd. I, cit., 511 ss.). Anche se l'idea di una retribuzione come teoria *assoluta* della pena riemergerà talvolta (Bettiol, Maurach, Fletcher), sarà soprattutto nelle polemiche dei non retribuzionisti che essa verrà riesumata, in quanto la permanenza delle concezioni retributive dell'ultimo secolo è di regola connessa a momenti preventivi che riguardano il fondamento politico o il funzionamento concreto della legislazione penale interessata alle conseguenze, e non già al progetto definalizzato di un male aggiunto (v. H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, Oxford University Press, 1968, tr. it. *Responsabilità e pena*, Ed. di Comunità, Milano, 1981, 264 s.; P. NUVOLONE, voce *Pena (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXXII, 1982, 789; A. v. HIRSCH, *Tadel und Prävention: die Übelszufügung als Element der Strafe*, in B. SCHÜNEMANN/A. VON HIRSCH/N. JAREBORG (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, cit., 107). Altra cosa è se della retribuzione disturba anche il momento proporzionalistico (per es. L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma*, cit., 1163, 1167, 1178, all'esito di un'inesausta "lotta" contro la pena retributiva), inteso come suo sinonimo e potenziale elemento aggravatore della sanzione. Ma anche questo, come cerchiamo di prospettare, si presenta ormai, almeno in letteratura, sotto le forme di una *mera* proporzione, adeguatezza,

Come iniziare a sciogliere questo nodo?

A mio avviso occorre:

a) che i *minimi edittali* non siano determinati da esigenze di *prevenzione generale* e venga restaurato il *principio di proporzione*, con conseguente introduzione generale — salve eccezioni — della *riduzione drastica dei minimi o loro eliminazione nell'80% dei reati*, perché la più consona alla possibilità di adeguare la pena a fatti concretamente minori (81). Ciò che esige, inutile dirlo, una diversa cultura della (insopprimibile) discrezionalità.

b) che le attuali *ipotesi aggravate superiori a un terzo* della pena edittale siano ritenute *fattispecie autonome e non circostanze aggravanti ad effetto speciale bilanciabili*; in particolare, rimanendo alle consuete dosimetrie sanzionatorie del sistema vigente, e salvo riforme più radicali prospettabili di abolizione delle circostanze quali modificatori ultraedittali (per riportarle a titoli autonomi in quel caso, qualunque sia l'aumento fisso), la previsione generale di una regola che stabilisca che tutti gli *aggravamenti* e tutte le *attenuazioni di pena* contemplati nell'ordinamento vigente, che siano *superiori a un terzo* della pena edittale prevista per il reato di base al quale si riferiscono, o *determinati in modo autonomo*, sono *sottratti al bilanciamento ex art. 69 c.p.*, e dunque *alla discrezionalità giudiziale* (che già ritroveremo inevitabilmente nella gestione del minimo basso) (82).

congruenza etc., da intendersi non più quale contrappasso dantesco di male con male, e anzi è declinabile come sproporzione verso il basso (*infra*, § 4.2), secondo una lettura che dalla proporzione “finalistica” del mite e utilitarista Beccaria conduce singolarmente a quella mite sproporzione apparentemente definalizzata di v. Hirsch (v. *retro*). Si può dire, pertanto, che da almeno un secolo la retribuzione è anch'essa una *teoria relativa*, e che la stessa proporzione conosce prospettive di declinazione del tutto umanistiche. Cfr. W. HASSEMER, *Vor § 1/414*, in *Nomos Kommentar zum StGB*, Nomos, Baden-Baden, 2003. La declinazione della retribuzione attraverso la prevenzione generale positiva è quindi divenuta un *topos*. V. soltanto B. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, cit.; B. SCHÜNEMANN/A. VON HIRSCH/N. JAREBORG (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, cit.; A. KALOUS, *Positive Generalprävention durch Vergeltung*, Diss. Mannheim 1999, Roderer, Regensburg, 2000.

(81) Cfr. C. PONGILUPPI, *Le cornici edittali al banco di prova di un sistema sanzionatorio differenziato*, cit., 947 ss. Che anche i *massimi edittali* debbano conoscere una *drastica riduzione* è quanto si indicherà in conclusione (*infra*, § 4.2), né ci distoglie dal dirlo il timore che occorrerà molto tempo perché il legislatore, l'opinione pubblica, la stampa e la società punitiva se ne rendano conto. Non siamo qui a cercare il consenso di oggi, ma a costruire qualcosa per il futuro. Sulla coerenza di questa riaffermazione del principio di proporzione con la critica, già svolta (*retro*, § 1.4), alla pretesa di utilizzare la proporzione quale fondamento di una pena “scientifica”, v. § 4.2 e nota 107 *infra*.

(82) Ovviamente, il tema del concorso di circostanze “ad effetto speciale” dovrebbe conoscere una modifica di disciplina rispetto all'attuale, in una dimensione di concorso di reati. L'abbandono del modello vigente post-1974 del bilanciamento delle circostanze “ad effetto speciale” è notoriamente recepito nei principali *Progetti di riforma* (con eccezione del

Con *esclusione delle circostanze inerenti alla persona del colpevole*, quali età e recidiva (se mantenuta), che devono potere essere applicate e personalizzate, proprio in quanto inerenti alla persona del colpevole, e non “fatti di reato”. Recidiva e semi imputabilità, quindi, potranno entrare in un bilanciamento *ex art.* 69 c.p. rispetto alle circostanze ad efficacia comune. La *recidiva*, in realtà, dovrebbe essere una circostanza impropria, infraedittale, o una mera ipotesi di cumulo materiale di pene, ma questo discorso impopolare non può ora essere affrontato (83). Con essa, anche la *capacità a delinquere* — che è un dato di realtà prenormativa — dovrebbe trovare riconoscimento commisurativo soprattutto in chiave di scelta della tipologia sanzionatoria, nella strategia di un complesso di strumenti diversi disponibili (84).

Il problema generale delle ipotesi aggravate per legge (tutte quelle

Progetto Grosso). V. la sintesi di D. PULITANÒ, *Circostanze del reato. Problemi e prospettive*, cit., 707 ss. e *amplius* G. AMARELLI, *Caratteri e limiti della disciplina delle circostanze del reato*, in AA.Vv., *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, cit., 183 ss., spec. 186 ss. Meno percorsa è la strada dell'integrale abbandono del modello delle circostanze come modificatori ultraedittali, per riportarle, se infraedittali, a criteri commisurativi in senso stretto o altrimenti a titoli autonomi di reato (S. Moccia, A. Manna, A. Vallini). V. sul punto D. PULITANÒ, *Op. ult. cit.*, 714 ss.; G. AMARELLI, *Op. ult. cit.*, 187 ss. La soluzione qui proposta è in effetti ancora di mediazione, ma dirimente deve essere l'abbandono della logica inversa della scelta commisurativa *ex post*, per correggere le cornici o altri effetti processuali, che crea un non-sistema, un meccanismo ingovernabile teoricamente.

(83) V. già M. DONINI, *La sintassi del rapporto fatto/autore nel Progetto Grosso*, cit., 307 ss. Non è che le *attenuanti* autonome e ad efficacia speciale siano di per sé titoli di reato autonomo. Possono continuare a rilevare oggettivamente come circostanze in senso tecnico. È più pratico. Il discorso è peraltro diverso per le *aggravanti* (non ordinarie), che devono essere lessicalmente convertite in “ipotesi aggravate”, o “forme aggravate” (es. art. 583, 609ter, 625 c.p., art. 4 l. n. 75/1958, art. 295 dpr n. 43/1973, 219 l. fall., etc.). In termini puramente pragmatici, si potrebbe ritenerle tutte circostanze, con imputazione soggettiva *ex art.* 59 co. 2, c.p., ma sottratte per l'appunto al bilanciamento. Ciò, tuttavia, implicherebbe solo un maggior carico sanzionatorio a causa dell'imputazione (spesso) anche colposa. L'alternativa secca è che siano ritenute titoli autonomi di reato: escluse sempre da ogni bilanciamento *ex art.* 69 c.p., sarebbero titoli autonomi di reato perché già dal 1990 (art. 59 cpv. c.p.), vengono sottoposte in automatico a criteri di imputazione soggettiva. Ora, però, compensando l'aggravamento degli effetti del mancato bilanciamento, sarebbero sottoposte alle regole “comuni” dell'art. 43 c.p. (diverse da quel “miscelatore soggettivo” che è il 59 cpv. c.p.), e alle regole sul concorso di reati (ma anche sui criteri di specialità, assorbimento, consunzione). Imputazione dolosa, dunque, salvo previsione espressa di colpa. Con qualche correzione *ad hoc* per il moltiplicarsi di ipotesi di concorso di reati (v. al riguardo, a commento del Progetto Grosso, AL. MELCHIONDA, *La nuova disciplina delle circostanze del reato nel “Progetto preliminare Grosso”: pregi e difetti di una riforma che non “rifonda”*, in *Indice pen.*, 2002, spec. 429 ss.).

(84) Sulla funzione di neutralizzazione e sulla rilevanza della capacità a delinquere in sede di commisurazione *in senso stretto*, cfr. quanto osservato in *Il volto attuale*, cit., 268 s., nota 69.

successive alla riforma del 1974) è che sono state “pensate” in origine come bilanciabili: esse pongono esigenze di revisione di tutte le cornici, che sono questioni di parte speciale disseminate per l'intero ordinamento (codice e leggi speciali) (85).

Si aggiunge a ciò un altro rilievo che riguarda le *condizioni epistemo-logiche nascoste di un sistema*: ci sono tra le aggravanti alcuni delitti aggravati in senso stretto, che spesso sono reati contro (o che offendono anche) l'incolumità e la vita.

Il vero è che chi non sa riformare questi delitti non ha *l'unità di misura di un codice*, il bene-vita, appunto, *che insieme alla libertà e all'onore fa da metro per ogni gerarchia di valori*, senza il quale un codice è smarrito (86).

Ci sono molte questioni “di parte speciale”. In qualche caso di aggravanti autonome o non ordinarie si potrà discutere perché debba applicarsi solo l'imputazione dolosa (che è necessaria, senza la previsione di colpa espressa); in altri casi è evidente che l'evento non deve essere voluto e la previsione della colpa dovrebbe essere espressa *e circoscritta alla colpa grave*, applicandosi il concorso di reato doloso e colposo comune (e non il delitto “aggravato”) in caso di *colpa non grave*.

Non mi dilungherei sulla possibilità, per queste forme aggravate autonome, di ritenere implicitamente la preterintenzione, intesa ora come dolo più colpa. Molto più importante dell'accordo degli studiosi su questo

(85) Come detto in altra occasione, una riforma pensata scientificamente dovrebbe suggerire tutta la revisione di ogni singola fattispecie di delitto aggravato, o ipotesi aggravata, secondo uno studio analitico, “reato per reato”. Ma, in effetti, *ciò deve essere fatto e può essere realizzato in poco tempo* anche senza riformare tutto il codice penale, sia perché è un intervento che tocca anche le leggi speciali, sia perché lascia formalmente intatto il 90% delle norme (e dei reati principali, di base) del codice penale.

(86) Vita, libertà e onore, oltre al patrimonio, sono gli archetipi dell'ordine gerarchico dei beni penalistici. Ricordo soltanto, a dimostrazione dei disorientamenti assiologici dell'odierna gerarchia dei valori, le vicende della bioetica in Italia e l'incapacità di legiferare attorno a questi temi, e dunque di affrontare la riforma dei reati contro la vita in una prospettiva di diritto contemporaneo; ricordo ancora le cornici edittali dell'art. 630 c.p., dove il sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione è punito più gravemente nel minimo della pena massima dell'omicidio doloso non aggravato, e infine, in tema di onore, il caso Sallusti (il giornalista condannato a pena detentiva eseguibile per diffamazione a mezzo stampa), dove la riforma della diffamazione a mezzo stampa si è tutta incentrata su un caso personale per (tentare di) costruire un privilegio a favore della libertà dal penale nella diffamazione a mezzo stampa, senza nessuna riflessione “generale” su un bene giuridico che è al fondamento delle gerarchie penalistiche e sul fatto che il carcere, se escluso, andrebbe escluso in modo proporzionato da *tutta un'altra serie* di incriminazioni. Altrimenti l'ordine assiologico del penale ne uscirebbe perduto e con esso ogni prospettiva di giustizia sostanziale. Non pare che la *politica criminale europea reale* abbia sviluppato una sensibilità particolare al riguardo, muovendo da posizioni tutte orientate all'uso strumentale e “di lotta” della pena. V. al riguardo S. Moccia, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 921 ss.

punto (dolo + colpa grave, o preterintenzione intesa come dolo + colpa grave) è che:

c) venga espressamente *abolito l'istituto della responsabilità oggettiva previsto dall'art. 42, co. 3, c.p.*, del resto incostituzionale, e che

d) *le aggravanti ad effetto speciale o autonome per conseguenze non volute siano ritenute in automatico ipotesi di dolo più colpa aggravata (grave)*, almeno fino a quando non si possa rivedere il tutto attraverso una più generale riscrittura del codice. Andranno previste poche regole per l'assorbimento delle ipotesi-base in caso di plurimi concorsi di figure aggravate o a specialità reciproca. *La colpa grave è la porta per introdurre il principio di colpevolezza nella teoria (e soprattutto: nella prassi) della colpa in generale*, altrimenti attestata sul modello contravvenzionale (basta la colpa minima) di un'antigiuridicità oggettiva (l'agente modello). In caso contrario — come è accaduto per l'art. 5 c.p. (dove vige sempre il principio sostanziale *error iuris nocet*) —, il *nullum crimen sine culpa* si risolve in un mero *maquillage* formale.

La riforma dell'art. 69 c.p. e dell'art. 42, co. 3, c.p. restituisce dignità commisurativa al sistema. Essendo incostituzionale l'art. 42, co. 3 (come il vecchio art. 5 c.p.), s'impone da troppo tempo una riscrittura di "tutto il sistema di imputazione soggettiva" del reato (C. cost. n. 364/1988): non avere adempiuto a questo obbligo è stato (fra le altre concause) all'origine della mancata riforma del codice penale, ma anche della sua permanente crisi sistemica.

Questa riforma segnerebbe infine (lavoro progressivo e indefinito nel tempo)

e) *l'avvio di una revisione delle cornici edittali*, che rappresentano oggi uno scandalo nazionale — una trappola alla giustizia — di sproporzione retributiva.

3.3. B) *Il principio che "il delitto non paga" e il rapporto tra confisca per equivalente e tutela della vittima.* — La *seconda normativa* introduce una sorta di previsione "costituzionale", per il sistema penale, del principio che *"il delitto non paga"*, ma non in senso giustizialista-retributivo, bensì a favore della vittima-danneggiato, imponendo la confisca e la restituzione all'avente diritto del profitto-provento del reato. Non si tratta dunque di una partita a due, tra lo Stato e l'autore del reato, essendo invece *una partita a tre*, che vede un'attenzione geneticamente originaria dello Stato verso la vittima e il reo insieme.

La vittima non diventa però protagonista, rimanendo in parte neutralizzata dal monopolio statale della forza e della pena (87), ma lo Stato si fa

(87) Per la forza evocante del senso punitivo di oltre due millenni di storia, tra vittime

carico del suo destino di vittima, del recupero del danno-offesa *nel segno del principio di sussidiarietà*.

Ciò che prospettiamo riguarda l'introduzione obbligatoria, in generale, della *confisca per equivalente* del profitto-provento del reato quale regola da introdurre come sanzione autonoma (non misura di "sicurezza"), distinta dal vecchio art. 240 c.p., con destinazione primaria di quanto confiscato *alla vittima* (persona offesa/danneggiato). Tale regola, peraltro, imposta dalla decisione-quadro 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005 mai attuata, e conforme agli art. 14-15 della proposta di direttiva COM(2011) 275 del 18 maggio 2011, andrebbe limitata ai delitti dolosi e *non dovrebbe comportare duplicazioni di sanzioni*: se alla vittima va consegnato il confiscato, non si può raddoppiare con *bis in idem* un obbligo di risarcimento, se non per voci di danno distinte e ulteriori (danni morali, altre tipologie di danno).

Se non c'è vittima, ma c'è profitto, il confiscato andrà ovviamente *allo Stato*, conservando in tal caso una distinta funzione, anche di prevenzione speciale o di sicurezza preventiva.

Si tratta dunque di *una confisca riparatoria con funzioni anche di confisca specialpreventiva*.

È così disciplinato anche il *rapporto fra reato e illecito civile, tra autore e vittima/danneggiato*, perché lo Stato non "incassa" ai danni della vittima, abbandonandola all'azione civile individuale. La protezione della vittima-danneggiato è compito dello Stato, quando accerta un reato, almeno per gli aspetti civilistici connessi a una confisca del profitto, che sono gli unici sicuramente e sempre riparabili.

Nello stesso tempo, lo Stato non impone due volte la stessa sanzione (come "confisca" e come "restituzione-risarcimento") quando essa trae origine dal calcolo del medesimo atto illecito (il profitto del reato, per es., corrispondente al depauperamento corrispettivo della persona offesa-danneggiata).

Ciò del resto già accade, oggi, nei *reati tributari*, dove il debito fiscale verso l'amministrazione è decurtato del valore che corrisponde alla confisca per equivalente.

3.4. C) *Il rapporto tra sospensione della pena, risarcimento del danno e riparazione dell'offesa*. — La terza riforma mira ad attuare il principio: "*la pena (una qualche pena) trova sempre applicazione in assenza di risarcimento del danno o di riparazione dell'offesa*". Non mi riferisco alla *pena carceraria*, ma alla pena come sanzione afflittiva ag-

e giudizi, cfr. la silloge di M. NOBILI, *L'immoralità necessaria*, cit., 18-29, e 337-354, dove affiora pure l'immagine del processo come "male in sé", accanto al male del delitto e a quello della pena.

giunta all'assenza di risarcimento/riparazione, e fatte *salve le ipotesi di esiguità/irrelevanza del fatto* che dovrebbero essere introdotte come *regola generale*, accanto a forme di *messa in prova*, *archiviazione condizionata* e *criteri di priorità* nella gestione (flessibile) dell'esercizio dell'azione penale.

Il vero concetto della pena criminale comincia qui: di fronte a un danno irreparabile o non riparato, non risarcibile o non risarcito.

Comincia qui la possibilità e la sfida di una fondazione scientifica e politica della pena quale categoria del diritto criminale in un sistema orientato davvero al principio di *ultima ratio* (per questo restano escluse anche le situazioni esigue).

Noi, infatti, *non siamo più capaci di comprendere il "senso" della pena intesa come un raddoppio del male*, come l'aggiunta del male a un male commesso.

Questo è per noi un punto di non ritorno rispetto al passato. Si sta consumando una rivoluzione copernicana che tocca, ormai, l'essenza del diritto penale, la sfida di un suo possibile umanesimo.

Se ci troviamo a vivere una crisi dei fondamenti, una sorta di nichilismo giuridico in questo caso davvero positivo —, ciò è dato dall'impossibilità di vedere nel diritto penale classico un modello: dobbiamo *interrompere la spirale maligna* che esso propone e rinnova con *l'ideologia del raddoppio del male*.

Di fronte a un danno-offesa riparato e risarcito il "disvalore aggiunto" è sempre meno necessario e va dunque aperta la strada alla categoria (e agli istituti) della *non punibilità* quale contrassegno tecnico dell'*extrema ratio* come principio (88).

Se la pena, prima ancora del carcere, è *l'ultima ratio* del sistema sanzionatorio — e certamente ciò vale comunque per la pena limitativa o privativa della libertà — *essa non nega, ma presuppone la sanzione più positiva, che è quella riparatoria-risarcitoria*: e dunque la implementa, la promuove (89), e con la *restorative justice* si innesta « dentro » all'universo

(88) M. DONINI, *Non punibilità*, cit.; Id., *Tecniche di degradazione*, cit. In questi scritti la non punibilità non era ancora collegata al *presupposto* dell'avvenuto risarcimento o della riparazione. Ma del resto la categoria della non punibilità è oggi di fatto (e legalmente) più ampia dell'ideale rispetto della sussidiarietà da noi ora più conseguentemente prospettata, risultando conformata a molteplici politiche criminali e politiche *tout court*.

(89) Ampia sintonia, al riguardo, con la prospettiva di K. LÜDERSSEN, *Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs*, in Id., *Abschaffen des Strafsens?*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1995, 22 ss., 30 ss., 51-62, dove si evidenzia che l'ingresso e la presenza sempre maggiori della vittima nel processo penale rivoluzionano i postulati del diritto penale moderno, che l'ha invece estromessa dal processo e neutralizzata; a seguito di tale inversione di tendenza, secondo Lüderssen, si può restaurare davvero il principio di sussidiarietà penale esigendo che la riparazione e la ricostituzione del rapporto con la vittima costituiscano in futuro la base per la pretesa punitiva penale, destinata a recedere a fronte del riordino della situazione antigiuridica extrapenale che è al fondamento di quella penalistica. V. anche la trad. parziale del

millenario della pena “subita”, alla triste sofferenza passiva di un *pati*, quello di una sanzione “agita” dal suo destinatario.

La *riparazione*, nella prospettiva qui tracciata, *non è un terzo binario* del sistema sanzionatorio (90), ma si inserisce a pieno titolo *alla base della risposta penale*. Un secondo binario, semmai (ridotta al minimo e per gli incapaci la misura di sicurezza), sarà la mediazione penale, che non attiene al sistema delle sanzioni, ma al recupero parallelo di un rapporto tra autore e vittima che il diritto penale, nella sua logica giuridico-coercitiva, ha sempre dimenticato di ricostruire.

Se uno rilegge le *politiche sanzionatorie moderne*, quelle che si sono sviluppate *fuori dal codice*, vedrà che esse non ripropongono la logica dell’art. 56 u.mo comma, c.p., in particolare quella del recesso attivo oggi vigente, ma introducono numerosissime politiche criminali e sanzionatorie

saggio in K. LÜDERSSEN, *Il declino del diritto penale*, a cura di L. Eusebi, Giuffrè, Milano, 2005, 131 ss.

(90) Non pensiamo quindi che sia opportuno “dogmatizzare” l’esistenza di un “terzo binario”, come quello che, viceversa, si è promosso nel dibattito sulla *Wiedergutmachung* che ha occupato la fine degli anni Novanta del secolo scorso, in Germania (v. soltanto C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in questa *Rivista*, 1987, 3 ss.; A. ESER/G. KAISER/K. MADLENER (Hrsg.), *Neue Wege der Wiedergutmachung*, Iuscrim, Freiburg i.Br., 1991, *passim*; A. ESER/S. WALTHER, *Wiedergutmachung im Kriminalrecht. Internationale Perspektiven*, Bd. II, Iuscrim, Freiburg i.Br., 1997, *passim*; e l’ampio resoconto dato da D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Giuffrè, Milano, 1999, *passim*). Ciò comportava il mantenimento alla pena delle sue tradizionali funzioni solo negativo-afflittive rispetto al singolo che la “subisce” come un *pati*, salvo il momento eventuale della risocializzazione. Anche il grandioso movimento della *restorative justice* (v. solo, di recente, nella letteratura italiana, G. MANNOZZI, *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in *Studi Marinucci*, vol. II, cit., 1129 ss.; L. EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, in *Studi Marinucci*, vol. II, cit., 1109 ss.; C. MAZZUCATO, *Consenso alle norme e prevenzione dei reati*, cit.; EAD., *Il contributo della giustizia riparativa alla comprensione del reato e alla riforma del sistema sanzionatorio*, cit.; AA.VV., *Punire, mediare, riconciliare*, a cura di G. Fiandaca, C. Visconti, cit.; M. BOUCHARD, G. MIEROLO, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, B. Mondadori, Milano, 2005; L. CORNACCHIA, *Funzione della pena*, cit., 191 ss. (cap. III); F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione*, cit., 343 ss.; A. CIAVOLA, *Efficienza e restorative justice nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2007; F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, Franco Angeli, Milano, 2010, F. ZANUSO, *Les avantages de la justice réparatrice et la sagesse du Tribunal de l’Héliée*, in AA.VV., *Déviance et délinquances. Approches psychosociales et pénales*, a cura di S. Tzitzis, Dalloz, Paris, 2009, 331 ss.; AA.VV., *Pena e riparazione*, a cura di F. Cavalla, F. Todescan, Cedam, Padova, 2000), ha spesso concepito la sua proposta come *alternativa* a quella della pena tradizionale, senza preoccuparsi di realizzare un innesto all’interno del ‘nocciolo duro’ del sistema punitivo, che ha potuto così proseguire “indisturbato” sui suoi binari principali. La nostra prospettiva, invece, vorrebbe recuperare fin dall’inizio la giustizia riparativa non semplicemente dentro al diritto penale, ma già *al primo livello* della risposta, quello della sua costruzione legislativa, anziché abbandonarla a opzioni individuali di cui lo Stato non si fa carico se non “concedendo” attenuanti o “benefici” *in extremis*. Una prospettiva rovesciata, dunque, che vede il momento riparatorio in primo piano, nel rispetto del principio di *ultima ratio*.

della riparazione nel segno anche della non punibilità o dell'estinzione del reato.

La pena criminale, anzi, proprio per questa finalità positiva e umanistica che deve essere assicurata e postulata, quale premessa epistemologica (politico-garantista) del suo essere *ultima ratio*, richiede, per l'applicazione afflittiva — non “castigo”, ma garanzia della funzione generalpreventiva —, *che il risarcimento e la riparazione siano stati interamente vagliati, nella loro sussistenza o insussistenza, ma anche suggeriti, favoriti, richiesti*. Non è possibile punire in chiave di risocializzazione-rieducazione, ma neppure, a ben pensarci, di mera proporzione retributiva, se non di fronte a un'analisi integrale del tema della riparazione dell'offesa e del risarcimento del danno da reato. La soluzione del carcere, infatti, suppone di regola offese irreparabili o non riparate, oppure soggetti impossibilitati a risarcire il danno, per la sua incommensurabilità o ancor peggio per le condizioni economiche (91).

Il volto positivo e umanistico della pena criminale, dunque, risiede nel suo guardare in primo luogo al conflitto tra autore e vittima, prima di chiedere al solo autore un male aggiunto, e per individuare e commisurare quel male.

Una realistica applicazione di questo principio esige che il tema della pena sospesa o trasformata sia vagliato dopo il giudizio sul fatto (ampliamento di momenti di paradigma commisurativo bifasico), anche se non necessariamente in un più costoso processo bifasico (92).

Solo così sarà possibile inserire davvero *regole di sapere empirico* nell'analisi dei profili specialpreventivi, tali da non compromettere le strategie della difesa processuale nella prima fase del processo di cognizione, dove c'è l'ovvio interesse a sostenere anche l'insussistenza del fatto o la non responsabilità dell'imputato (93). Sono quelle stesse regole che rendono possibile la prosecuzione della cultura empirico-prasseologica orientata alle conseguenze del principio di *sussidiarietà* penale, distinto da quello più assiologico e orientato ai fini e ai valori della *proporzione*.

3.5. *Il rapporto tra patteggiamento e sospensione della pena, e il nesso fatto/autore.* — Sono così ridisegnati anche i rapporti tra patteggia-

(91) Indubbio è il lato classista della situazione, in quest'ultimo caso, che non sarà il diritto penale a risolvere, non certo imponendo il carcere a tutti per ragioni di equilibrio sociale. L'impossibilità del risarcimento non è però impossibilità della riparazione, che è condizione alternativa alla prima, e il giudizio di colpevolezza deve vagliare la vulnerabilità sociale del soggetto al riguardo (*infra*, nota 99).

(92) Per una discussione sui modelli statunitensi orientati secondo un paradigma commisurativo bifasico v. già C.E. PALIERO, *La riforma del sistema sanzionatorio: percorsi di metodologia comparata*, cit., 214 s.

(93) L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo'*, cit., 183 ss.

mento e sospensione della pena: l'applicazione della pena su richiesta *non deve essere condizionata* al risarcimento e alla riparazione, dato che *questi già condizionano la sospensione della pena*.

Anziché condizionare l'an dell'applicazione dell'art. 444 c.p.p., che ha *finalità processuali*, il mancato risarcimento condiziona in linea di principio solo l'entità della pena concordabile, cioè il *quantum*.

Quanto alla *selezione classista o categoriale dei tipi d'autore a rischio carcerario* (94), essa non dipende dal diritto penale, ma dalla società: se la società è diseguale, il diritto penale non può che riflettere quella situazione, come da più di due secoli ci insegna il materialismo storico. Né si può imporre il carcere a tutti, per essere più "eguali" (95). Questo non è dunque un argomento contro il diritto penale, ma contro la disuguaglianza e semmai a favore di *un giudizio di colpevolezza che tenga conto dell'art. 3, co. 2, Cost.*

IV PARTE. OLTRE IL POLIFINALISMO, NEL SEGNO DI UNA PROPORZIONE POST-RIPARATORIA

4.1. *Il superamento del polifinalismo verso una sussidiarietà penale integrata.* — Queste premesse trasformano il rapporto tra le vecchie concezioni retributivo-preventive della pena, tra il vecchio "polifunzionalismo" e l'idea della sussidiarietà penale (96). Più che il polifunzionalismo,

(94) M. PAVARINI, *Il « grottesco » della penologia contemporanea*, in AA.VV., *Il diritto penale minimo*, a cura di U. Curi, G. Palombarini, Donzelli, Roma, 2002, 255 ss., 288. Per un quadro statistico internazionale, L. WACQUANT, *Punir le pauvres: le nouveau gouvernement de l'insécurité sociale*, Marseille, 2004, tr. it. *Punire i poveri. Il nuovo governo dell'insicurezza sociale*, DeriveApprodi, Roma, 2006, cap. IV. E già Ib., *Les prisons de la misère*, (1999), tr. it. *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale*, Feltrinelli, Milano, 2000, 73 ss. V. sul tutto anche il cap. 8 del nostro *Il volto attuale*, cit., spec. 258 ss.

(95) Cfr. sul punto B. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, cit., 525: "la diminuzione dello Stato sociale non si compensa con più diritto penale" (*e amplius*, 525-527).

(96) Una prima tappa verso il superamento del polifunzionalismo (*rectius*: polifinalismo) sincretistico-additivo (per riprendere la classificazione di G. FIANDACA, *Il 3° e il 4° comma dell'art. 27*, cit., 331 ss.) nella giurisprudenza della Corte costituzionale era stato ravvisato, come noto, nella valorizzazione della finalità rieducativa già nel vaglio della sanzione edittale o giudiziale (anziché relegare questa finalità vera al solo momento esecutivo): cfr. E. GALLO, *L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giur. cost.*, 1994, 3, 3203 ss. (dopo la sentenza n. 313/1990 sul patteggiamento e la n. 341/1994 sull'oltraggio); similmente M. PAVARINI, *Lo scopo della pena*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I⁴, cit., 448. Sennonché, la "promozione" della finalità rieducativa al livello del vaglio sulla stessa pena edittale e dunque sull'opzione legislativa (v. anche C. cost. n. 129/2008) non elimina la compresenza anche della prevenzione generale e della proporzione in tutti i momenti (minaccia, irrogazione, esecuzione): come mere "funzioni" è evidente che rimangono tutte in ogni momento. Ma la stessa Corte ha subito continuato a vederle come

è il *polifinalismo* che deve essere abbandonato: nessuno può impedire che *di fatto* la pena svolga le più diverse funzioni (sociologiche, politiche) in vari momenti: sono i fini della pena, nel loro dover essere giuridico, che non possono sommarsi ecletticamente in modo additivo nelle varie fasi (*retro*, § 2.2, 2.3). Già partendo dai fondamentali, non esistono una *extrema ratio* (legislativa) che riguardi solo il legislatore e una *extrema ratio* separata, diversa (commisurativa) che riguardi il giudice nello scegliere la sanzione meno grave; quei due profili della sussidiarietà penale sono inseparabili dall'inizio alla fine, e l'idea di *ultima ratio* in sede commisurativa si ricollega al rapporto tra sanzione penale ed extrapenale.

Il fondamento generalpreventivo dell'intervento legislativo ha dunque *funzioni* politiche — prevenzione *per* la tutela di beni: questo lo scopo giuridico! — che tuttavia non introducono *scopi* di prevenzione generale vincolanti la discrezionalità giudiziale, e quell'idea preventiva viene limitata dall'origine mediante valutazioni di valore e proporzione. La sussidiarietà, a sua volta, esige che nel progetto iniziale *motivato* e poi nella concreta applicazione giudiziale della pena, *altrettanto motivata*, si promuovano e verifichino gli strumenti extrapenali e quelli della riparazione e del risarcimento quali *premesse epistemologiche e politiche* della ragion d'essere della pena in loro assenza o nella loro insufficienza — non saranno più mere eventualità accidentali e parallele —. Anche se necessaria la pena in loro presenza, essa sarà comunque diversa da quella che sarebbe stata venendo meno riparazione e risarcimento, perché la pena criminale è costituita nella sua essenza dal rapporto con riparazione e risarcimento alla vittima. Per questo essa *non è più una mera sanzione negativa*: perché promuove la riconciliazione fin dall'origine. Per questo essa ha *reciso le radici con la retribuzione-vendetta*: perché prima l'ordinamento si interroga e opera per un risultato positivo, e solo dopo può aggiungere una sanzione afflittiva che *non sarà mai più il semplice raddoppio del male* cagionato alla vittima.

veri scopi della pena, ritornando su posizioni di polifunzionalismo classico — *rectius*: di polifinalismo —, già in C. cost. n. 306/1993 (v. sul punto G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, cit., 141 ss.) e poi (anche se solo in motivazione) in C. cost. n. 257 del 2006 (v. più di recente la rassegna di V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale. Profili sostanziali*, cit., § 6.2-6.3). Solo la separazione tra finalità e funzioni consente di guadagnare al discorso giuridico una sua autonomia rispetto a quello sociologico e politico, ma per ragioni di garanzia, e non di separatezza tecnico-giuridica dei compiti. V. pure la ricostruzione di P. CHIRULLI, *La sanzione penale: ovvero "se", "come", "quando" e "quanto" punire, alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di E. D'Orlando, L. Montanari, Giappichelli, Torino, 2009, 39 ss., e di V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Crit. dir.*, 2009, 173 ss.; ID., *La riforma del sistema sanzionatorio penale: verso un codice di pene intermedie?*, in AA.VV., *Quale riforma del codice penale?*, cit., 321 ss.

L'istituto che viene subito in considerazione per le conseguenze di quanto discende dalle premesse è dunque la *sospensione condizionale della pena* (art. 163 ss. c.p.), la quale, anche se affiancata o preceduta da una archiviazione condizionata, dovrà essere esclusa in caso di mancato risarcimento o, in alternativa all'impossibilità o assenza del *risarcimento*, alla mancata *riparazione* dell'offesa o al mancato adempimento di *altre condizioni* specificamente imposte, ivi compresa una possibile *messa alla prova*.

La *confisca dell'equivalente del profitto-provento*, non significando ancora risarcimento integrale e potendo applicarsi a un soggetto che, oltre a restituire non può risarcire, o può restituire cose che andranno solo allo Stato, *lascia spazio a forme di riparazione* che saranno anch'esse, in alternativa, il presupposto fondamentale per la sospensione.

Il principio che c'è pena senza risarcimento o riparazione non implica però la pena carceraria, né implica una tirannia della vittima sull'autore.

La riparazione, in primo luogo, potrà ovviamente avvenire anche nelle forme di un percorso figurativo rispetto a vittima "aspecifica", alternativa a quella reale. Come nella *mediazione penale*, trova attuazione il principio che *la vittima reale non può impedire all'autore del fatto di seguire un percorso di riparazione*, di lavoro di pubblica utilità, di neutralizzazione del pericolo o eliminazione del danno, di terapia, di inizio di una scelta di vita antagonista a quella che ha condotto al delitto etc., e quindi *anche se la vittima reale non sia consenziente o presente, sia indeterminata, o non ci sia affatto* (97).

L'avvenuta *riparazione volontaria dell'offesa e il risarcimento integrale del danno* dovranno essere in via generale la base per l'introduzione d'*ipotesi di non punibilità, o di degradazione o di estinzione del reato* (98).

La *non punibilità* dopo la possibilità concreta di irrogare una pena eseguibile — non punibilità intesa come percorso della degradazione sanzionatoria, e tentativo di attuare tutte le misure di ricostruzione positiva della frattura del reato, diverse da un mero raddoppio del male — rimane dunque un *momento cardinale del sistema sanzionatorio* ispirato all'*ultima ratio* e tutte queste forme deflative sono sperimentabili anche in fase di *archiviazione condizionata* o di messa in prova, prima di ogni processo:

(97) Cfr. G. MANNOZZI, *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia*, *Commento a Ordin. Trib. Sorveglianza Venezia* 7 gennaio 2012, n. 5, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 833 ss., 838 ss.

(98) In vari reati, anche patrimoniali, il sistema prospettato potrà operare dove l'assenza di sanzioni privative della libertà non svolga un incentivo troppo comodo a delinquere nella speranza di non essere scoperti e di cavarsela comunque pagando un prezzo economico. In ogni caso, il momento riparativo deve costituire l'obiettivo primario, il cui fallimento soltanto solleva l'attualità della sanzione criminale.

non come ipotesi di sospensione di fatto gratuita e tombale, anziché realmente condizionata.

Poiché l'effetto del mancato bilanciamento (oggi *ex art. 69 c.p.*) delle circostanze aggravanti autonome o ad efficacia speciale sarà di possibile aumento del carico sanzionatorio (ancor più nell'impensabile permanere delle attuali cornici di pena), tale conseguenza verrà temperata, oltre che dall'imprescindibile revisione delle cornici edittali (soprattutto di talune circostanze aggravanti attuali), e da un elemento soggettivo più selezionato (*v. retro*), da una *modifica del vigente art. 62, n. 6, seconda parte, c.p.*, nel senso dell'aumento delle *ipotesi di mediazione favorite dal sistema*, e soprattutto da un'estensione della *sospensione condizionale della pena* e delle forme di *probation* (per es. fino a tre anni di pena detentiva in concreto), come nel recente disegno di legge 5019-bis, stralciato da precedente d.d.l. 5019 in data 8 ottobre 2012, prima che cadesse la legislatura (99).

La rottura della logica duplicante il male, e l'esclusione "costituzionale" (art. 2, 25 cpv., 27, cp. 1, Cost.) della prevenzione generale dai fini della pena applicata, rendono a questo punto evidente che abbiamo superato — non già l'inevitabile polifunzionalismo, ma — il polifinalismo della pena. Torniamo così, per completare il disegno, al tema della proporzione.

4.2. *L'abbattimento dei massimi delle cornici edittali. Per una diversa idea di proporzione post-riparatoria.* — Su tale base di riforma sarà dunque possibile recuperare una teoria della commisurazione della pena: perché è evidente che i minimi alti rendono vano un reale utilizzo dei parametri dell'art. 133 c.p., vigente; perché le sospensioni "regalate" senza nessi con la riparazione e il risarcimento sono prive di logica in termini di *ultima ratio*; perché l'abbandono della vittima all'azione civile significa un disinteresse dello Stato per i presupposti dell'*ultima ratio*, prima che per l'eliminazione delle conseguenze del reato.

Rimarranno sempre *i limiti* di ogni proporzione tra *beni e valori assiologicamente incommensurabili*: problema di ogni diritto penale a livello planetario, comprensivo del suo *impossibile voler "misurare la colpevolezza"*.

Nondimeno, ritrovato l'equilibrio del rapporto fra penale ed extrape-

(99) Evidente, nel disegno complessivo qui prospettato, che *il mancato risarcimento o la mancata riparazione*, pur escludendo la sospensione della pena (e salvi gli spazi della non punibilità per esiguità, o di impiego di criteri di priorità-flessibilizzazione dell'esercizio dell'azione penale, etc.), *non devono significare un aumento della pena carceraria*, ma è evidente, altresì, che è la coerenza dell'attuazione dell'*ultima ratio* che consente la pena solo dopo che appaiano concretamente insufficienti riparazione e risarcimento. La pena, in tal modo, non prospetta un male immediato che prescinde da ogni riparazione perché opera nella pura logica della vendetta, ma ha un contenuto afflittivo veramente sussidiario.

nale, recuperata la ragionevolezza di *nuove cornici edittali* non legate a *minimi* espressivi della sola prevenzione generale, è resa così possibile, anche rispetto ai *massimi edittali*, una *diversa idea di proporzione*, delimitata dal *principio di colpevolezza*, più che dalla colpevolezza come entità obiettivata, non ben commisurabile, salvo che per le differenze dolo/forme del dolo/colpa grave/colpa/forme miste dolo-colpa.

La pena edittale avrà soprattutto — anche nel caso dei delitti più gravi — *uno sbarramento finalistico verso l'alto* che *impegna sia il legislatore* in sede di comminatoria *e sia il giudice* in sede applicativa.

E quale sarà il basamento, o meglio *l'unità di misura* capace di coordinare il tutto, una volta che è dall'alto, dal massimo che si diparte il nuovo sistema?

Sarà la riforma delle cornici dei reati più gravi, quelli la cui pena compromette la vita (perdita della libertà per periodi significativi), oppure soprattutto la libertà (restrizione o perdita di durata più breve) *rapportate con* quelle la cui pena tocca soprattutto l'onore e il patrimonio o altri diritti (gli altri reati) e la *ripartizione dei reati in classi di pena* che riguardano *grosso modo* la perdita di questi beni (100).

Nell'ultima classe potranno stare *reati* definitivamente esclusi dal rischio di perdita della libertà, salvo i profili delle conversioni per inosservanza (v. il modello del Giudice di pace, che dovrebbe essere ampiamente arricchito anche rispetto a reati di competenza, per esigenze di professionalità, del Tribunale monocratico).

Per i reati più gravi — che costituiscono l'inizio della scala sanzionatoria discendente — dovrà essere ripensato il fatto che il diritto penale è stato *per millenni* concepito e praticato sulla base epistemologica e politica della *pena di morte* — che “è la sua storia” — e ancora non ha certo recuperato, negli ultimi sessant'anni, una teoria della commisurazione che se ne sia davvero liberata: si continua a pensare, non soltanto nell'immaginario dell'opinione pubblica che la politica ha tanto a cuore, che la pena più grave tenda (o “debba tendere”) comunque a distruggere la vita, dovendo renderla invivibile (invivibile in libertà e mal vivibile in carcere).

Questa idea deve essere superata nella mente, più che nelle parole della legge.

La pena più grave è quella che incombe per il solo fatto della scelta di vivere fuorilegge. *Non è tanto la pena “imposta” che produce il distacco di una persona dalla società: la pena imposta è la conseguenza di quel distacco*, perché la risposta del sistema dovrebbe orientarsi in senso opposto, favorendo una responsabilità “agita” e non “subita”. Se la persona

(100) Sull'esigenza di una riforma mediante l'introduzione di *classi di pena* v. la pregevole analisi di C. PONGILUPPI, *Le cornici edittali*, cit., 970 ss. In tal senso, ora, anche la proposta di Alessandro Melchionda, nell'intervento scritto al dibattito questo convegno.

condivide i valori della società civile, anche la pena dell'omicidio doloso è destinata a consentire un reinserimento effettivo, e può contenersi in un quadro di *dieci anni di pena detentiva reale*, non virtuale. Tutti ne siamo consapevoli quando non veniamo abbagliati da istinti di difesa sociale e di vendetta.

La situazione può essere diversa solo per chi vive una carriera criminale o è inserito in un circuito che abbia rotto i ponti con i valori della società civile — è il *punctum dolens* del dibattito sul diritto penale del nemico e dei “criminali irriducibili” —, e ciò non a seguito di un singolo delitto grave, ma per l'inevitabile sommarsi di condotte recidivanti e pene relative o per l'innesto di misure di prevenzione anche successive alla pena.

Questo *abbattimento dei massimi edittali* dipende inevitabilmente da due tipi di indisponibilità, una economica e una assiologica: quella *economica* è costituita dai limiti oggettivi della situazione carceraria, che preclude di prevedere detenzioni superiori alla gestibilità degli spazi; quella *assiologica* dall'indisponibilità da parte dello Stato della nuda vita del colpevole (*divieto di pena di morte*) (101), insieme al principio della rieducazione (*divieto costituzionale di ergastolo ostativo*) (102), che impongono *pene necessariamente sproporzionate per difetto tra i beni in bilanciamento*. Neppure un crimine contro l'umanità o un genocidio consumato — delitti “irreparabili” per antonomasia e pur suscettibili di “verità e riconciliazione” come attestato dal modello sudafricano — possono comportare la pena di morte (l'unica “meritata” secondo la tradizionale proporzione del “raddoppio del male”), o un ergastolo ostativo, perché nessun fatto singolo è commisurabile al valore di una persona che lo ha commesso. Sennonché, un ergastolo non ostativo già significa, di fatto, *poco più di vent'anni di detenzione* per un condannato normalmente inserito nei programmi “burocratici” dell'esecuzione penale in Italia. *Vent'anni di reclusione, perciò, è il vero limite massimo realistico dal quale partire in scale sanzionatorie costruite sull'effettività*. Alzarlo si potrà, imponendo un patto tra prevenzione speciale e proporzione: minaccio una pena superiore, che tenga conto della possibilità di un non ravvedimento, perché è solo a un soggetto ravveduto che applico alla fine una pena concreta di vent'anni per crimini così gravi. *A fortiori*, ogni pena per eventi minori di quei gravi crimini dovrebbe essere *proporzionalmente ridotta*, dall'omicidio volontario semplice (assai meno grave dei più rilevanti delitti

(101) L'indisponibilità della nuda vita da parte dello Stato è concetto relativo. Più esatto è parlare di divieto di pena di morte che non si fonda su quella indisponibilità, ma sul principio che nessuna persona è riducibile a (annientabile in) un fatto commesso. Più in dettaglio, l'argomentazione qui sintetizzata è sviluppata in M. DONINI, *La condanna a morte di Saddam Hussein*, cit., spec. 13 ss.

(102) V. sul tema AA.VV., *Il delitto della pena*, a cura di F. Corleone, A. Pugiotto, Ediesse, 2012.

contro l'umanità) a tutti i reati via via meno gravi, secondo una logica che non risenta di distorsioni generalpreventive.

Una *nuova idea di proporzione* implica che le pene siano fin da principio, cioè dal vertice dell'ordine gerarchico, sistematicamente sproporzionate per difetto (in senso verticale o cardinale), ma non sproporzionate *tra di loro*, cioè all'interno del sistema (in senso orizzontale o ordinale). Esse non saranno, pertanto, prive di equità proporzionale nel giustificare le diverse cornici edittali (e le pene concrete corrispondenti) rapportate a vita, libertà, onore e patrimonio, atteso che questa equa proporzione reciproca è imposta dall'idea stessa di una giustizia "eguale" (103).

A riempire di contenuto la proporzione, come suggerito dall'idea portante della concezione che proponiamo, deve essere l'idea di *una pena post-riparatoria*: stabiliti i massimi delle scale sanzionatorie, le classi di pena dovranno sempre considerare l'avvenuta o la mancata (volontaria) risoluzione del rapporto con la vittima o con l'offesa. Pena, punibilità e non punibilità si giocano sul nesso con la riparazione dell'offesa e il risarcimento alla persona offesa-danneggiata, che attua tecnicamente il principio di *ultima ratio*.

La pena criminale comincia davvero con l'irreparabilità dell'offesa, ma per questo offre al condannato un programma di riparazione anche in sede esecutiva, e non solo alternativo alla detenzione. Liberi (teoricamente) tutti di non riparare e scegliere la pena subita.

Il discorso ritorna quindi alle origini della legittimazione del diritto penale: l'idea preventiva fonda *politicamente* la pena solo a certe *condizioni giuridiche* (*retro*, § 2.2-2.3). Se il reato è senza offesa, se è artificiale, se non consente *natura sui* una riparazione che non sia altro che la "riparazione della legge" (104), e dunque una retribuzione giuridica,

(103) Come il lettore avrà compreso, la critica alla carenza scientifica della penologia classica fondata sulla proporzione (*retro*, § 1.4) non significa il rifiuto di questa indispensabile categoria (nella letteratura penalistica v. l'ampio quadro europeo e comparato tracciato da A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni*, cit., 625 ss., 695 ss., nonché, sulla rilevanza del principio di proporzione per le delimitazione delle stesse misure di sicurezza, M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Giappichelli, Torino, 2008, 336 ss.; A. DESSECKER, *Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, 334 ss. e la efficace sintesi di F. PALAZZO, *Il principio di proporzione come fondamento costituzionale*, cit. 19 ss. del dattiloscritto). Essa però non fonda la misura della pena giusta — che è stabilita da convenzioni legislative legate a storiche gerarchie dei valori — ma costituisce il parametro per adeguare scelte di valore e scale sanzionatorie tra di loro, secondo misurazioni relative tra grandezze comparabili. Le classi di pena dovrebbero consentire quella comparabilità che i beni giuridici o i gradi di colpevolezza, da soli, non sanno riflettere.

(104) L'idea che vi possa essere una riparazione (non solo del danno o dell'offesa, ma anche) "della legge" è espressa da M. BOUCHARD, G. MIEROLO, *Offesa e riparazione*, cit., spec.

perché non ha veramente leso o messo in pericolo il bene giuridico di nessuno; se è neppure un delitto di prevenzione, ma si traduce nella mera inosservanza di regole prodromiche a controlli, funzioni etc. quale riparazione sarà mai possibile? Quale inusitato risarcimento? Quale commisurazione tra beni e colpe? È chiaro che una concezione post-riparatoria della pena suppone un diritto penale fondato su illeciti lesivi e per questo risarcibili e riparabili. Non c'è neppure qui uno scollamento, una separazione fra teoria del reato e della pena, anche se, come sappiamo, c'è *nei fatti*, che le teorie vorrebbero cambiare.

Su queste basi, contrariamente a quanto statuito anche di recente dalla C. cost. (C. cost. n. 68/2012 sull'art. 630 c.p.), il *giudice delle leggi* potrà esercitare un *sindacato di ragionevolezza e di proporzione* sulle distorsioni legislative in materia di cornici edittali anche al di là di un *tertium comparationis specifico*, perché ci sarà sempre anche un *tertium comparationis generale* costituito dalle classi di pena che toccano i beni sacrificati, e ci sarà il parametro contenutistico costituito dalla riparabilità dell'offesa. In ogni caso, un onere motivazionale più incisivo, di tipo non meramente generalpreventivo (retro, § 2.3), potrà essere richiesto in caso di cornici incongrue o superiori alle classi di naturale riferimento, e tale motivazione potrà costituire oggetto di ulteriore sindacato (105).

Questo è ovviamente solo l'inizio di una nuova idea di proporzione, che riconosca onestamente i *limiti* insuperabili di una fondazione scientifica della teoria della pena, ma anche la *possibilità* concreta di una sua razionalizzazione umanistica. È certo, altresì, che la gestione della proporzione risulterà tanto più complessa quanto maggiori saranno le *plurime sanzioni alternative o principali, diverse da quella detentiva*, secondo un

74 ss. Sennonché, “riparare la legge”, in realtà, è sinonimo di retribuzione giuridica, è esattamente ciò che è contenuto nell'idea che esiste un nucleo non riparabile dal soggetto — oltrepassata una certa soglia — se non mediante la sanzione punitiva, che serve appunto a riparare la violazione della legge. Ma sono due le ipotesi differenti che ricadono in questo concetto: *a*) le offese non interamente riparabili (o riparate) e per questo bisognose di pena (secondo valutazioni di politica del diritto, difesa, sociale, neutralizzazione delle vittime); *b*) le non offese, o le violazioni così prodromiche, formali, funzionali, preventive etc. che non offendono veramente un bene e che dunque si riducono a vere inosservanze. Qui rimane solo un altro tipo di retribuzione giuridica, la mera sanzione “non riparatoria”, che meglio troverebbe cittadinanza in ambito amministrativo.

(105) Nel senso che la caratteristica più indiscutibile della pena negli ordinamenti contemporanei è che *non ha bisogno di essere motivata dai legislatori, quando ciò sarebbe ormai imposto dal fatto che i codici non sono più meri decaloghi di gerarchie di valori, ma programmi di politica criminale*, ci eravamo espressi in M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., 269 ss. È evidente che questo dato di fatto dell'assenza di motivazione costituisce un'anomalia sul piano della democrazia penale, della controllabilità della ragione pubblica, che deve essere superata. *Amplius*, volendo, il nostro, *Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi. Un rapporto possibile?*, in questa *Rivista*, 2010, 1083 ss.

modello che, benché in modo non esasperato, riteniamo sia da percorrere (106).

Un'ultima idea è parimenti acquisita. La proporzione di cui parliamo non coincide con quella notte del concetto che mescola idea dello scopo e finalità di lotta per riempire oggi, in Europa, proporzione e sussidiarietà dell'Unione. Se la proporzione e l'*ultima ratio* hanno una ragion d'essere in diritto penale, è per limitare la prevenzione generale (e la politica criminale "di lotta"), non per dissolversi in essa (107).

MASSIMO DONINI

Ordinario di Diritto penale
Università di Modena e Reggio Emilia

(106) Particolarmente sviluppata questa prospettiva nei, pur differenti, modelli sanzionatori abbozzati dal Progetto Nordio e dal Progetto Pisapia. V. al riguardo, rispettivamente, V. MONGILLO, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: verso un codice di pene intermedie?*, in AA.Vv., *Quale riforma del codice penale?*, *Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, cit., 321 ss.; A. CAVALIERE, *Luci ed ombre nel sistema sanzionatorio dello Schema di legge delega del 2007*, *ibidem*, 635 ss.

(107) Lo stesso ruolo ha svolto il principio di colpevolezza, più che la categoria della colpevolezza (così storicamente piena di rimprovero, censura e biasimo). Lo stesso ruolo ha svolto il principio rieducativo. Ma senza la proporzione, arricchita dalle acquisizioni della teoria del reato che precedono e orientano la teoria della commisurazione della pena, nessuno di questi principi avrebbe una base strutturale.