

## DIBATTITI SULLE TEORIE DELLA PENA E «MEDIAZIONE»

«Quando divennero colpevoli, inventarono la giustizia e si prescissero interi codici, per conservarla, e per far rispettare i codici stabilirono la ghigliottina»

(F. Dostoevskij, *Il sogno di un uomo ridicolo*, 1877, tr. it. Milano 1995, p. 34)

### 1. La pena tradizionale come radicalizzazione del conflitto

Vi sono le teorie della pena, e vi è la pena, sorprendentemente stabile, almeno fino ad epoca recentissima, nelle sue forme di manifestazione.

Tale stabilità riflette quella sorta di *nocciolo duro* inerente all'idea del punire che emerge in Hegel come parte di una ben più complessiva visione del mondo (tuttora alla base di assai radicate concezioni, per esempio, dei rapporti economici o politici) e che è rimasta nella sostanza indenne rispetto all'affermarsi delle teorie relative: l'idea secondo cui il fatto stesso che si renda palese una *contraddizione* – qual è l'accertamento di un reato rispetto al diritto – ne implicherebbe la *negazione*, in forza dell'ineludibile attivarsi di un processo a un tempo identico ed opposto, costituente il suo superamento<sup>1</sup>.

È una negazione la quale, di per sé, appare ricostruibile in due diverse accezioni: ma il risultato, a ben vedere, non cambia di molto.

Potrebbe trattarsi (e sarebbe più razionale) di un processo *opposto* per la natura del suo contenuto materiale e *identico* (soltanto) per il *peso specifico* di tale contenuto: ad esempio, la negazione di una certa quantità di *male*, in quanto carenza di bene, dovrebbe essere una quantità di *bene* uguale a tale carenza.

Oppure potrebbe trattarsi di un processo *identico* per la natura del suo contenuto materiale e *opposto* (soltanto) per il valore che a tale contenuto venga attribuito: la negazione di un male, allora, sarebbe data dall'attivazione di un *altro male*, che si differenzerebbe dal primo solo per il suo essere, in quanto contraccolpo, un movimento *riflesso*.

Hegel pare muoversi in quest'ultimo senso<sup>2</sup>; e in effetti ciò che conta per il filosofo tedesco è

---

<sup>1</sup> In Hegel «il concetto della pena si ricava dalla negatività stessa del delitto e consiste nel legame necessario per cui esso, come volontà in sé negativa, implica la sua stessa negazione, che appare come pena»: così M. Ronco, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino 1996, p. 87, alla luce dei passi notissimi concernenti la pena di cui ai §§ 90 ss. della *Rechtsphilosophie*. Fra gli altri scritti hegeliani, si veda per esempio *Sulle maniere di trattare il diritto naturale*, in G.W.F. Hegel, *Scritti di filosofia del diritto*, tr. it. di A. Negri, Bari 1971, in part. pp. 87 ss.: «Ciascuna determinatezza è, secondo la sua essenza, o +A o -A; ed il -A è indissolubilmente incatenato al +A, tanto quanto il +A al -A [...]. Nella riunificazione le due determinatezze sono entrambe negate: +A-A=0 [...]. Applicato ciò al problema della pena, apparirà razionale in essa solamente il criterio del taglione; infatti attraverso di esso viene vinto il crimine. Una determinatezza +A che il crimine ha posto, viene integrata attraverso la posizione di -A, e così entrambe sono negate». Cfr. altresì *Sistema dell'eticità*, *ivi*, in part. p. 235: «La vendetta è l'assoluto rapporto contro l'assassinio e il singolo assassino; non è altro che l'inversione di ciò che l'assassino ha posto e che non si lascia sublimare e rendere razionale in alcun altro modo; non si può prescindere da questo; viene infatti posta una effettualità che come tale deve avere il suo diritto, di modo che in conformità alla ragione si produca il contrario di quanto è stato prodotto».

<sup>2</sup> Così prosegue il passo da ultimo citato alla nota precedente: «rimane la determinatezza del rapporto, ma all'interno di quella [il prodotto] viene ora mutato nell'opposto, il sussumente viene sussunto; c'è soltanto la forma che muta».

proprio il significato di ritorsione insito nella pena<sup>3</sup>, al di là della sua stessa configurazione quantitativa: la «qualità o gravità del delitto è variabile secondo la *situazione* della società civile», ed «è in questa situazione – egli osserva – che risiede la legittimità sia di punire con la morte un furto di pochi soldi o di una rapa, sia di infliggere una pena mite a un furto che implica valori cento e più volte maggiori di quello»<sup>4</sup>.

Tuttavia le cose sostanzialmente non mutano, come si accennava, anche seguendo la prima prospettiva<sup>5</sup>: il fatto è che non disponiamo di qualcosa – sia esso *un bene* o *un male* – che possa *annullare* quello che è stato<sup>6</sup>. Rispetto a quello che è stato si può solo *andare oltre*, gettare (per così dire) nuovi ponti<sup>7</sup>. Sarebbe bello che non fosse così: avere sempre, come una riserva, la possibilità di pagare un prezzo foss'anche duro per cancellare i nostri sbagli, o quelli altrui. Ma non è così<sup>8</sup>.

Dunque, è l'idea stessa del perseguire *la negazione* di ciò che si manifesta come contraddittorio che resta di per sé pericolosa: tanto che una volta imboccata simile via può sorgere la tentazione di definire a cuor leggero la stessa sofferenza della pena, nonostante il contenuto di *malum pro malo*, come *un bene*<sup>9</sup>, cioè come qualcosa che intrinsecamente abbia valore morale<sup>10</sup>.

---

<sup>3</sup> Come «lesione che s'abbatte sul delinquente»: si veda G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto* (1821), ed. it. a cura di V. Cicero, Milano 1996, § 100, p. 207.

<sup>4</sup> Si veda G.W.F. Hegel, *op. ult. cit.*, § 218, p. 379.

<sup>5</sup> Cfr., in sede letteraria, G. Bernanos, *Dialoghi delle Carmelitane* (1948), tr. it. di G. Piovano, 14<sup>a</sup> ed., Brescia 1996, p. 170: «ho sempre temuto che vi inganniate, quando la generosità vi ispira di opporre l'esaltazione del bene all'esaltazione del male, come due voci potenti che cerchino di coprirsi a vicenda».

<sup>6</sup> Il tema della rimozione del delitto ricorre più volte nei passi in materia penale della *Rechtsphilosophie*: non nel senso, ovviamente, che possa essere rimosso l'accadimento materiale costituente reato, bensì nel senso che lo debba essere la «lesione del diritto in quanto diritto» (si veda G.W.F. Hegel, *op. ult. cit.*, § 99, p. 207), la quale a sua volta – pur costituendo «un'esistenza positiva, esteriore» – sarebbe «un'esistenza che, *entro sé*, è nulla» (*ivi*, § 97, pp. 203 s.). Quella che Hegel ritiene la vera esistenza del delitto – un'esistenza del tutto immateriale distinta dalla fisicità del medesimo – dovrebbe dunque, in effetti, essere annullata dalla pena (o meglio, quest'ultima ne verrebbe necessariamente ad esprimere la già sussistente nullità): il problema è che un simile processo totalmente ideale si realizzerebbe per il tramite di una *materialissima* sofferenza retributiva, la cui asserita attitudine a rimuovere un concetto di lesione del diritto privo di contorni empirici non può di certo temere smentita e la cui ineludibilità per confermare la vigenza del diritto violato resta, comunque, assolutamente indimostrata.

<sup>7</sup> Significativa, in questo senso, la definizione di giustizia espressa da uno fra i maggiori teologi protestanti del novecento: «la giustizia è la forma della ri-unione di ciò che è separato» (P. Tillich, *Amore, giustizia e potere* [1954], tr. it. di S. Galli, Milano 1994, p. 66; l'Autore distingue in particolare fra «giustizia *tributiva* o proporzionale», che «si manifesta come giustizia distributiva, attributiva, retributiva» ed è «una giustizia che calcola, che misura il potere di essere di ogni cosa nei termini di ciò che le spetta o le deve essere negato», e giustizia «trasformatrice» o «creativa», più elevata della prima, avente per criterio l'«intrinseca richiesta di giustizia di un ente», cioè la sua «piena realizzazione nel contesto della piena realizzazione universale», e, pertanto, finalizzata a «ri-unire»: *ivi*, pp. 68 ss.).

<sup>8</sup> Cfr., ancora in prospettiva teologica, A. Gesché, A., *Il male (Dio per pensare I)* (1993), tr. it. di R. Torti Mazzi, Cinisello B. 1996, p. 58: «il peccato può essere perdonato, il male è invece insolubile».

<sup>9</sup> Cfr., in senso del tutto coerente con l'esigenza che ogni azione di cui si proponga il compimento sia positivamente qualificabile sotto il profilo etico, M. Ronco, *op. cit.*, p. 1: «in tanto il male del delitto può essere superato in quanto realmente la pena sia vissuta ed sperimentata come bene, *così come oggettivamente essa è*» (corsivo nostro; si veda anche *ivi*, p. 174). Più *realista*, nel medesimo solco delle concezioni retributive, la posizione di E. Morselli, *La prevenzione generale integratrice nella moderna prospettiva retribuzionistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 66: «la pena è un male che viene inflitto con intento afflittivo [...]; la sua essenza consiste proprio nella lesione forzata, e sia pure legittima, di diritti, in una situazione cui si viene *assoggettati* con la coazione, e che pertanto si deve *subire*, proprio perché è nella natura intrinseca della pena l'inflizione di una sofferenza» (corsivi dell'Autore). Nello stesso senso, ma in prospettiva critica, M. Pavarini, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, a cura di G. Insolera, N. Mazzacava, M. Pavarini, M. Zanotti, Torino 1997, p. 310: della pena «possiamo dire a posteriori che ci eravamo illusi [...] che potesse in alcune occasioni essere anche una medicina, un rimedio estremo in grado di guarire. Oggi sappiamo che è solo un male, che oltre a uccidere il corpo sofferente del condannato, non è capace di arrestare l'epidemia criminale. Allora perché questo male inutile?». Il tema complessivo è significativamente sintetizzato nel titolo degli scritti penalistici pubblicati a cura di R. Böllinger e R. Lautmann in onore di H. Jäger: *Vom Guten, das noch stets das Böse schafft* (Frankfurt am Main 1993), vale a dire «del bene, che nondimeno continua a produrre il male»; annotano in

In ogni caso, la prospettiva che per secoli si è affermata muove nel senso secondo cui, dato un conflitto del tipo di quello costituito dal reato, esso *esige* una reazione la quale, in qualche modo<sup>11</sup>, riproponga in forma speculare il medesimo conflitto<sup>12</sup>.

---

proposito i curatori (*ivi*, p. 10): «Solo nei suoi abiti festivi il diritto [penale] può manifestarsi come *ars aequi et boni*. Nei suoi abiti di lavoro esso viene al dunque in modo del tutto diverso: il male viene retribuito col male. Sanzionare nel segno della negazione significa infliggere dei danni». In quest'ottica, appare purtroppo un diritto penale *dei giorni festivi* quello di cui parla F. D'Agostino, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, 4<sup>a</sup> ed., Torino 1993, pp. 103 s. (con ulteriori riferimenti filosofici) allorché vede nel male della pena, intesa come pena retributiva, il bene che può consentire all'imputato di «riacquistare l'innocenza» (corsivo dell'Autore). Non hanno del resto perduto di attualità alcune annotazioni sostanzialmente autobiografiche di F. Dostoevskij, *Memorie da una casa di morti* (1860), tr. it. di M.R. Fasanelli, Firenze 1994, p. 18: «Pare proprio che il delitto si sottragga a una comprensione che prenda le mosse da punti di vista consueti, belli e pronti; esso risponde a una filosofia leggermente più complessa di quanto si pensi. Certo è che la prigione e il sistema dei lavori forzati non correggono il delinquente; si limitano a punirlo e a salvaguardare la società da ulteriori attentati del malfattore al suo quieto vivere. Al contrario, la prigione e lo stesso duro sistema del lavoro coatto servono solo a ingenerare odio, brama di godimenti proibiti e nefasta leggerezza. Comunque, sono profondamente convinto che il famoso sistema cellulare raggiunga soltanto uno scopo fallace, illusorio, di facciata. Esso succhia la linfa vitale dell'uomo, snerva la sua anima, la infiacchisce, la intimidisce e poi presenta una mummia, moralmente inaridita e inebetita, come modello di ravvedimento e di pentimento». Valga infine un rinvio, dal punto di vista religioso, a don P. Mazzolari, *Tu non uccidere* (1955), 8<sup>a</sup> ed., Cinisello B. 1991, p. 50: «la diabolicità fa il male per fare il bene, e par quasi una virtù, mentre svuota la nostra fiducia in Dio e nella sua onnipotenza».

<sup>10</sup> Sul terreno filosofico una delle più radicali contestazioni della prospettiva di matrice kantiana che attribuisce alla retribuzione fondamento morale viene proposta da M. Scheler, *Il formalismo nell'etica e l'etica materiale dei valori* (3<sup>a</sup> ed. 1927), tr. it. di G. Caronello, Cinisello B. 1996, pp. 442 ss., pur riconducendo tale Autore l'idea del punire proprio ai concetti di retribuzione ed espiazione. Constatato come *evidente* il fatto che si è «obbligati a comportarsi moralmente bene anche nei confronti di chi sia cattivo o rispetto ad un comportamento cattivo», Scheler osserva che «in effetti la stessa azione del retribuire *pretende* comunque d'essere un'azione moralmente buona»; ed in proposito prosegue: «*La retribuzione e la punizione rivendicano senza alcun intrinseco fondamento una radice puramente morale*. Di fatto tali idee non sono situabili nell'ambito d'una sfera assoluta e puramente morale delle persone e dei rapporti personali [...]. Se noi distinguiamo nettamente i valori e le esigenze puramente morali da tutto quanto sia ad essi correlato nella natura umana, la constatazione del male morale [...] può suscitare solo tristezza e, in base al principio e al sentimento della solidarietà morale di tutti con tutti, la coscienza di *corresponsabilità* di ciascuno (nel senso del *mea culpa, mea maxima culpa*), mai però la pretesa e l'impulso della retribuzione. Tale discernimento morale è già contenuto nel Vangelo con inequivocabile chiarezza. Il *giudicare* in base al principio di retribuzione viene senz'altro rigettato con chiarezza come cattivo (in senso morale, non giuridico)». Per Scheler le idee summenzionate – non necessarie nell'ambito delle «persone puramente morali» – risultano «del tutto *relative al valore del benessere d'una comunità d'esseri viventi*», non però in vista del raggiungimento di determinati scopi della comunità, bensì nel senso che si possa «*purificare* l'anima del soggetto danneggiato da un modo-di-sentire ispirato ad odio» e, dunque, ristabilire «*la possibilità di un rapporto di moralità tra soggetto di danno ed autore di danno*» (corsivi dell'Autore; per una critica assai efficace di questi ultimi profili della teorizzazione scheleriana si veda E. Naegeli, *Il male e il diritto penale* [1966], tr. it. di L. Fornari, in AA.VV., *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, a cura di L. Eusebi, Milano 1989, pp. 82 ss.).

<sup>11</sup> Che la logica retributiva non sia in grado di definire l'entità della pena in concreto è cosa ben nota. Infatti il concetto di proporzionalità – cui tale logica fa riferimento da quando è apparso inevitabile considerare la colpevolezza e prendere le distanze dall'oggettivismo del taglione – impone che il rapporto fra la gravità di più reati sia identico al rapporto fra i livelli quantitativi delle pene corrispondenti, ma non sa indicare il livello di pena che *debba* corrispondere a un certo livello di gravità del reato: ne derivano due scale parallele che possono scorrere arbitrariamente l'una rispetto all'altra, mancando un criterio di ragguaglio fra i gradini delle due scale (con la conseguenza che la quantificazione edittale della pena retributiva, esclusa a priori ogni considerazione finalisticamente orientata, finisce per operare un recepimento acritico dei bisogni emotivi di penalizzazione riscontrabili in un dato momento storico: si consenta, in proposito, il rinvio a L. Eusebi, *La «nuova» retribuzione*, sez. I, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 928 ss.). Per una riproposizione recente dell'intera problematica cfr. le critiche opposte nel senso di cui in questa nota da Adams, D.M., *Fitting punishment to crime*, in *Law and Philosophy*, 1996, pp. 407 ss., alla prospettiva retribuzionistica di A. von Hirsch, *Censure and Sanctions* Oxford 1993, *passim*. Cenni sul tema anche in G.M. Finnis, *Legge naturale e diritti naturali* (1980), tr. it. di F. Di Blasi, Torino 1996, pp. 285 ss.

<sup>12</sup> Significativamente L. Alfieri, *Violenza, pena e ordine (Sintesi)*, in AA.VV., *Diritto penale, controllo di razionalità e garanzie del cittadino (XX° Congresso della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica, Verona 3-5 ottobre 1996: Schemi e relazioni)*, Padova 1996, pp. 89 ss., avanza l'ipotesi che la pena si ponga in continuità con la guerra, più che con la giustizia e con il diritto: «L'elemento comune [fra violenza penale e violenza bellica] è che si tratta di una violenza *radicalmente escludente*: il condannato è, così come il nemico, collocato *dall'altra parte*, in una

Il superamento di quest'ultimo, in altre parole, viene visto nella sua *radicalizzazione*: ove si renda palese una frattura prodotta da A nei confronti di B (o, in genere, nei confronti del diritto), risulterebbe *necessario* un passaggio che ribadisca giuridicamente la medesima frattura *nei confronti* di A.

Per quanto ciò appaia paradossale, si ritiene che possa scaturire qualcosa di buono proprio e soltanto da una simile *radicalizzazione del conflitto*<sup>13</sup>. Non considerando come sotto il profilo logico il superamento di un conflitto sembri richiedere, piuttosto, procedure di *mediazione*, che in quanto tali si fondano sulla realistica presa d'atto dell'esistenza di una frattura<sup>14</sup>, e non sull'intento velleitario della sua negazione (procedure che potrebbero richiedere, beninteso, l'assunzione di oneri nient'affatto insignificanti da parte dell'offensore).

Emerge, conseguentemente, il nocciolo *retributivo* della pena, che è sempre sopravvissuto e dal quale, parafrasando Klug<sup>15</sup>, si devono prendere le distanze: non la giustificazione *assoluta* del punire, che non ha mai visto, come da tempo evidenziato, traduzioni storiche consistenti<sup>16</sup>;

---

dimensione non comunicativa. Finché dura la pena come finché dura la guerra (e per sempre, quando la pena o la guerra uccidono) condannato e nemico *non sono dei nostri*, non hanno la nostra stessa identità collettiva». L'unica soluzione «logicamente inoppugnabile» sarebbe, secondo l'Autore, quella proposta da un Nietzsche «poco noto», intesa a «spezzare la spada» (come «compito dei forti, anzi del *più forte*"): al di fuori di questa soluzione non resterebbe che riconoscere senza infingimenti la natura retributiva del punire, posta l'impossibilità di continuare a maneggiare la spada «con buona coscienza» ("siamo solo creature spaventate e inconsapevoli che non sanno come difendersi dalla violenza e dalla morte se non con altra violenza, con la morte") (corsivi dell'Autore). È significativo, del resto, il parallelismo che emerge fra la riflessione contro la guerra e la critica della prassi penale: valga ancora il rinvio, sempre attualissimo, a don P. Mazzolari, *Tu non uccidere*, cit., in part. pp. 52 ss. ("opponendo guerra a guerra, violenza a violenza, non si fa che moltiplicare le rovine").

<sup>13</sup> Per una significativa sottolineatura dei limiti di un concetto di giustizia costruito intorno all'idea di reciprocità (*Gegenseitigkeit*) si veda G. Stratenwerth, *Wie wichtig ist Gerechtigkeit?*, in *Festschrift für Arth. Kaufmann*, Heidelberg 1994, in part. pp. 360 s.: è curioso notare peraltro come l'illustre penalista non fondi i suoi rilievi (anche) in riferimento alla materia penale.

<sup>14</sup> Il fatto che il reato implichi una frattura la quale esige di essere quanto più possibile superata è dunque rilievo, sovente sottolineato dai retribuzionisti, di per sé condivisibile. Ma il punto è che i retribuzionisti hanno da sempre identificato il soddisfacimento di tale esigenza con la ritorsione del male, ritorsione che identifica il nucleo concettuale dell'idea retributiva e, tradizionalmente, del punire. Si scambia, cioè, la validità di un certo fine con quella del mezzo che asserisce, senza dimostrarlo, di poterlo conseguire (ed anzi di poterlo *esso solo* conseguire); per una significativa espressione degli effetti che in questo senso si vorrebbero derivare dal punire, svincolata tuttavia da qualsiasi problematizzazione circa l'adeguatezza dello strumento penale, cfr., fra i classici della filosofia giuridica italiana, G. Capograssi, *Considerazioni conclusive*, in appendice a F. Lopez De Oñate, *La certezza del diritto*, Milano 1968, p. 267: «La pena è per il soggetto l'opposto del negativo; è essenzialmente positiva, perché è un tornare a partecipare alla vita della società. La pena è insomma l'atto positivo di avviamento, il metodo, – o traverso la via dell'emenda o traverso la via dell'espiazione, – per assicurare e ripristinare nel caso di azione negativa la partecipazione del soggetto e la formazione della società».

<sup>15</sup> Cfr. U. Klug, *Il commiato da Kant e da Hegel* (1968), tr. it. di G. Bazzoni, in AA.VV., *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, a cura di L. Eusebi, Milano 1989, pp. 3 ss.

<sup>16</sup> Dunque, la critica alle concezioni retributive non si fonda affatto sul mero *truismo* espresso dal carattere contingente delle pene umane, come invece ci attribuisce F. D'Agostino, *op. cit.*, p. 110, nota 62. Se chi scrive interpreta correttamente il pensiero esposto nell'ambito di un colloquio personale dall'illustre Autore, questi ravvisa l'elemento irrinunciabile della risposta (retributiva) al reato nel fatto che essa dovrebbe configurarsi come espressione di un giudizio di responsabilità: l'essenziale sarebbe, cioè, che non venga meno la possibilità di riconoscere, attraverso quella risposta, una colpevolezza soggettiva. Ora, che al centro dello stesso procedimento penale orientato a fini preventivi vi sia, in effetti, la definizione di responsabilità personali (si veda anche *infra*, n. 5) non è cosa che sembra in discussione (sempre, beninteso, che con ciò non si torni a sottovalutare l'incidenza della corresponsabilità sociale e il carattere inevitabilmente *relativo* dei giudizi penalistici). Quel che peraltro non si comprende è perché l'imputazione penalistica di una responsabilità personale non potrebbe manifestarsi in forme diverse (*realmente* capaci di favorire il superamento della frattura prodottasi con il reato) dalla ritorsione retributiva, ovvero perché mai quest'ultima ne dovrebbe costituire l'espressione per così dire naturale e, come tale, acriticamente accettabile. Appare interessante constatare, del resto, come alla radice del retribuzionismo italiano di fine secolo emerga ancora la polemica antipositivista e il connesso timore di una negazione, che invero ormai da tempo non risulta all'ordine del giorno nel dibattito penalistico, del libero arbitrio: il riconoscimento della capacità di libertà dell'uomo, tuttavia, non necessita

piuttosto, l'assunto secondo cui, allorché una condotta sia qualificata come reato, essa *implichi* una pena concepita come riproposizione della frattura insita in quel reato, quali che siano i fini (del tutto relativi!) che con tale pena si intendano perseguire<sup>17</sup>.

Questa caratteristica del punire, ampiamente riscontrabile nella prassi sanzionatoria di ogni tempo e di ogni luogo, spiega la fortuna che ha accompagnato sia la formula della prevenzione mediante giusta retribuzione<sup>18</sup>, sia la tesi di un inevitabile momento retributivo in sede di commisurazione giudiziaria.

Ma è anche alla base della circostanza per cui il dibattito tradizionale sulla funzione della pena non ha prodotto modelli di risposta al reato fra loro veramente alternativi<sup>19</sup>, configurandosi piuttosto come ricerca *a posteriori* della giustificazione più appagante di tipologie sanzionatorie considerate non modificabili nelle loro dinamiche fondamentali<sup>20</sup>.

## 2. ... e la critica sorprendentemente operata nei suoi confronti dal giovane Hegel

Ciò considerato, appare non poco sorprendente che l'inadeguatezza del modello sanzionatorio tradizionale a produrre un *superamento* della frattura costituita dal reato sia denunciata con grande forza proprio da Hegel in uno degli scritti giovanili, *Lo spirito del cristianesimo e il suo destino*<sup>21</sup>: uno scritto che antecede l'epoca in cui il filosofo ritenne attribuibile al diritto, nell'ambito dell'*eticità*, un ruolo diverso da quello di (mera) legalità astratta ed in cui, conseguentemente,

---

affatto di una concezione compensativa della giustizia e appare anzi ben più adeguatamente valorizzato da impostazioni le quali, in sede penale, diano rilievo alla possibilità dell'individuo di compiere scelte di segno opposto a quelle che lo condussero a delinquere.

<sup>17</sup> È interessante constatare come le qualifiche di giustizia *assoluta* e *relativa* siano state utilizzate sul terreno filosofico, con riguardo all'idea di retribuzione, anche secondo prospettive assai lontane da quella consueta: cfr. ad esempio H. Bergson, *Le due fonti della morale e della religione* (1932), tr. it. di M. Perrini, Brescia 1996, pp. 171 ss., il quale, dopo aver descritto la nozione tradizionale di giustizia retributiva – che «ha la sua bilancia, con cui misura e proporziona» e che in questo senso «misurerà la pena alla gravità della colpa» – e dopo aver significativamente osservato che tale giustizia «può non esprimersi in termini utilitari, ma non resta per questo meno fedele alle sue origini mercantili», ne ipotizza il superamento nei termini di una «*transizione dalla giustizia relativa alla giustizia come un valore assoluto*» (corsivo dell'Autore), interrogandosi su «come passare a quella [giustizia] che non implica né scambi né servizi, essendo l'affermazione pura e semplice del diritto inviolabile e della incommensurabilità della persona con l'insieme dei valori».

<sup>18</sup> Per una riproposizione recente di tale formula si veda W. Botke, *Assoziationsprävention. Zur heutigen Diskussion der Strafzwecke*, Berlin 1995, p. 335, secondo il quale scopo della pena è, per l'appunto, una *Assoziationsprävention* (da intendersi come garanzia delle possibili esperienze di libertà) realizzata mediante la produzione retributiva di costi a carico dell'agente di reato, cioè di costi definiti e delimitati in rapporto alla colpevolezza del fatto.

<sup>19</sup> Il problema resta anche per quelle impostazioni, facenti capo al concetto di prevenzione *integratrice* elaborato soprattutto da Claus Roxin, le quali si sono spinte a individuare l'obiettivo del punire in un effetto di pacificazione (*Befriedigung*), che permetta di considerare risolto il *conflitto* fra coscienza giuridica e agente di reato (si veda ad esempio C. Roxin, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 17); fin quando, infatti, il perseguimento di simili risultati non incida sui modelli sanzionatori non si ha un mutamento di prospettiva *sostanziale* (sono tuttavia individuabili nel pensiero di Roxin accenni in quest'ultimo senso, che si affiancano alla nota affermazione dell'accettabilità politico criminale di livelli sanzionatori *inferiori* a quelli comunemente richiesti in un'ottica retributiva: cfr. sul punto, anche per ulteriori riferimenti, Eusebi, L., *La pena «in crisi»*, Brescia 1990, pp. 42 ss.).

<sup>20</sup> Già in questo senso si esprimeva L. Tolstoj, *Resurrezione* (1899), tr. it. di A. Villa, Roma 1995, p. 273, con riguardo al dibattito penalistico di fine ottocento (e, fra gli altri, ad alcuni rappresentanti – Lombroso, Garofalo, Ferri – della scuola positiva italiana): «tutte quelle dissertazioni miravano a spiegare e a giustificare il fatto della pena, la cui necessità era ammessa come un assioma». Circa la disponibilità a fornire legittimazioni ampiamente intercambiabili di medesime modalità sanzionatorie da parte dei fini tradizionalmente attribuiti alla pena si veda di recente, per esempio, R.A. Duff - D. Garland, *Introduction: Thinking about Punishment*, in Id. (ed. by), *A Reader on Punishment*, Oxford 1994, pp. 17 s.

<sup>21</sup> Si veda G.W.F. Hegel, *Scritti teologici giovanili*, tr. it. di N. Vaccaro e E. Mirri, Napoli 1972, pp. 333 ss.

giunse a considerare la pena come qualcosa che ha origine nello stesso atto criminoso (dunque, come qualcosa di non *estraneo* rispetto a quest'ultimo), essendo «la vita etica lo spazio dove l'azione delittuosa si manifesta nella sua *contraddittorietà* interna»<sup>22</sup>.

Avvertita l'esigenza che la cesura aperta dal reato nei rapporti intersoggettivi sia rimarginata, Hegel constata assai lucidamente, in altre parole, che i meccanismi della ritorsione punitiva non sono in grado di produrre riconciliazione. Tuttavia, egli non mette in discussione tali meccanismi, che considera necessari, e, per far salva la prospettiva di una risoluzione della frattura prodotta dall'agire criminoso, assegna paradossalmente, in una seconda fase del suo pensiero, a quei medesimi meccanismi – utilizzando il concetto di *negazione* del delitto – portata riconciliativa.

L'esito ben noto di un simile svolgimento del percorso teorico di Hegel è reperibile nel § 220 dei *Lineamenti di filosofia del diritto*, ove la pena è descritta come «conciliazione (*Versöhnung*) del diritto», non solo dal punto di vista oggettivo, ma anche dal punto di vista soggettivo del delinquente, il quale nell'esecuzione della condanna dovrebbe reperire «la pacificazione (*Befriedigung*) della giustizia»<sup>23</sup>.

Prima di simili approdi, nondimeno, l'analisi hegeliana sembra costituire un vero e proprio manifesto della necessità (in seguito non più tematizzata) di ricercare strade che vadano oltre la logica infeconda di ritorsione ordinariamente accolta dal diritto penale. Ma lasciamo spazio, in proposito, alle parole assai nitide del filosofo di Stoccarda<sup>24</sup>:

«Se non vi è nessuna via per rendere un'azione non accaduta, se la sua realtà è eterna, allora non è possibile nessuna riconciliazione, neanche col sottostare alla pena; la legge è sì soddisfatta, giacché è superata la contraddizione fra il dover essere e la realtà del colpevole, è superata l'eccezione che il colpevole voleva fare all'universalità della legge. Ma il colpevole non si è riconciliato con la legge»<sup>25</sup>. «La punizione della legge è soltanto giusta; il carattere comune, la connessione di colpa e punizione, è solo eguaglianza, non vita. Il colpevole subisce a sua volta gli stessi colpi che ha dato: ai tiranni corrispondono i carnefici, agli assassini il boia. Carnefici e boia, che fanno la medesima cosa che fecero i tiranni e gli assassini, sono chiamati giusti proprio perché fanno l'eguale [...]. Non si può perciò parlare, per quel che concerne la giustizia, di riconciliazione, di ritorno alla vita»<sup>26</sup>. «La punizione, inoltre, non porta alcun miglioramento poiché è solo un patire, un sentimento di impotenza di fronte ad un signore con il quale il colpevole nulla ha, nulla vuole avere in comune; effetto della punizione può essere solo l'ostinazione, accanimento a contrastare un nemico da cui sarebbe veramente rovinoso essere oppressi perché con ciò l'uomo rinunciarebbe a se stesso»<sup>27</sup>.

Sono parole molto lontane dalla logica formale e ap problematica che Hegel esprimerà successivamente, onde giustificare la pena, attraverso il concetto di *negazione della negazione*. Nell'opera giovanile lo sbocco è diverso, essendo in essa prospettata una via *alternativa* di risposta alla frattura aperta dal reato; una via descritta come l'unica idonea a consentire, proprio in quanto si pone *al di là* della ritorsione retributiva, la possibilità della riconciliazione:

---

<sup>22</sup> Così, e in genere su quest'ultimo passaggio del pensiero hegeliano, M. Alessio, *Azione ed eticità in Hegel. Saggio sulla Filosofia del diritto*, Milano 1996, pp. 141 s.

<sup>23</sup> Cfr. G.W.F. Hegel, *Lineamenti*, cit., p. 381.

<sup>24</sup> Ampi riferimenti allo scritto qui considerato sono presenti in Moccia, S., *Contributo ad uno studio della teoria penale di G.W.F. Hegel*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 165 ss., il quale vi rinviene una conferma della compresenza di rigorismo e considerazioni umanitarie che, secondo tale Autore, caratterizzerebbe l'insieme del pensiero penalistico hegeliano.

<sup>25</sup> Così G.W.F. Hegel, *Lo spirito del cristianesimo*, in *Scritti*, cit., p. 391.

<sup>26</sup> Così G.W.F. Hegel, *op. ult. cit.*, p. 401.

<sup>27</sup> Così G.W.F. Hegel, *op. ult. cit.*, p. 395. Si consideri, in proposito, il prosieguo della citazione da F. Dostoevskij, *Memorie*, cit., di cui *supra*, nota 9: «Naturalmente, il delinquente che si è ribellato alla società nutre per essa odio e quasi sempre considera se stesso innocente e la società responsabile. Per di più, egli ha già sopportato il castigo che la società gli ha inflitto, e, per via di questo, si sente già assolto, sdebitato».

«Se la punizione dovesse essere considerata solo come un qualcosa di assoluto, se non sottostesse a nessuna condizione e non avesse nessun lato per cui essa e la sua condizione potessero essere subordinate *ad una più alta sfera*, non vi sarebbe allora nessun ritorno all'unità della coscienza per una via pura, nessun superamento della punizione, della minacciosità della legge e della cattiva coscienza [...]. Punizione e legge non possono conciliarsi ma possono essere tolte nella riconciliazione del destino<sup>28</sup>. Ora, secondo Hegel, «il destino, in rapporto ad una riconciliazione, ha questo vantaggio sulla legge penale, che esso si muove nell'ambito della vita mentre la colpa legalmente perseguibile e la punizione si muovono nell'ambito di opposizioni insuperabili, di realtà assolute [...]; e la vita può risanare le sue ferite, la vita separata in modo ostile può di nuovo ritornare in se stessa e togliere il fatto criminoso, la legge e la punizione»<sup>29</sup>.

Hegel non chiarisce in modo esaustivo come possa realizzarsi un simile passaggio<sup>30</sup>, che è oggetto, a ben vedere, degli stessi approfondimenti attuali in tema di mediazione<sup>31</sup>: ne indica tuttavia l'elemento cardine nel riconoscimento (*nostalgia*) da parte del colpevole di ciò che è stato distrutto «come parte di sé, come ciò che doveva essere in lui e non lo è», come «vita riconosciuta e sentita come non essente»; una nostalgia che «significa già un miglioramento poiché, in quanto è sentimento della perdita della vita, in quel che è stato perduto riconosce la vita»<sup>32</sup>.

Il risultato (non più dipendente dalla ritorsione retributiva) è che «la giustizia è soddisfatta poiché il colpevole ha sentito in sé offesa la stessa vita che egli ha offeso». L'effetto atteso, descritto con rara forza drammatica, è ben diverso dalla negazione formale del reato fondata sul contrappasso: «gli aculei della coscienza non pungono più, poiché nell'atto è stato cancellato lo spirito cattivo, non vi è più inimicizia nell'uomo e l'atto rimane tutt'al più come una carcassa senza vita che giace nell'ossario delle realtà, nella memoria»<sup>33</sup>.

Deve peraltro sottolinearsi come dall'intera analisi consegua un ulteriore esito di grande interesse, vale a dire la radicale contestazione, da parte del giovane Hegel, dell'idea che la sofferenza del punire possa essere concepita, solo perché inflitta in nome della giustizia, come un

---

<sup>28</sup> Così G.W.F. Hegel, *op. ult. cit.*, p. 392 (corsivo nostro). Sull'incapacità della legge di evitare la *divisione* si veda anche *ivi*, p. 387: «Sussumere gli altri sotto un concetto espresso nella legge può essere chiamato una debolezza, perché colui che giudica non è forte abbastanza da reggerli interamente e perciò li divide, e, non potendo resistere alla loro indipendenza, li prende non come sono ma come dovrebbero essere. Mediante il giudizio egli li ha sottomessi a sé nel pensiero poiché il concetto, l'universale, è suo. Ma con questo giudicare egli ha ammesso una legge ed ha assoggettato se stesso alla sua servitù, ha posto anche per sé un criterio di giudizio; e con l'amorevole sentimento per suo fratello che lo spinge a rimuovere il bruscolo dagli occhi di questi, è egli stesso caduto fuori del regno dell'amore». Secondo Hegel, del resto, «il sentimento della vita che ritrova se stessa è l'amore, ed in esso si riconcilia il destino» (*ivi*, p. 396).

<sup>29</sup> Così G.W.F. Hegel, *op. ult. cit.*, p. 394.

<sup>30</sup> Osserva in proposito Moccia, S., *op. cit.*, p. 167: «ecco quindi il problema da risolvere, annullare la *cattiva coscienza*, riconciliare l'uomo con se stesso e quindi con la vita: questa è per Hegel la chiave per ottenere il vero superamento del delitto».

<sup>31</sup> Hegel, in particolare, non sembra prendere in considerazione, oltre a quello infra-personale, l'aspetto *dialogico* del percorso riconciliativo. Sui presupposti etico-filosofici e sulle metodologie della mediazione si veda C. Mazzucato, *Il logos della pacificazione*, in AA.VV., *Logos dell'essere, logos della norma*, a cura di L. Lombardi Vallauri, Roma-Bari, in corso di pubblicazione.

<sup>32</sup> Cfr. G.W.F. Hegel, *op. ult. cit.*, pp. 394 s. «Il colpevole – spiega poco sopra il filosofo – credeva di avere a che fare con una vita estranea, mentre in verità ha distrutto solo la propria, poiché la vita non è diversa dalla vita, poiché la vita è nell'unica divinità [...]; ha certamente distrutto qualcosa, ma solo l'amicizia della vita che egli ha mutata in nemica» (*ibi*, p. 393).

<sup>33</sup> Così G.W.F. Hegel, *op. ult. cit.*, p. 396. Si veda altresì *infra*, p. 401: «Poiché la legge e il diritto del destino non proviene da una legge estranea, superiore all'uomo, bensì sorge primariamente dall'uomo, il ritorno allo stato originario, alla totalità, è possibile perché il peccatore è più che un peccato esistente, un delitto che ha personalità, è un uomo: delitto e destino sono in lui; egli può di nuovo tornare in se stesso; e se lo fa, quelli sono sottomessi a lui. Gli elementi della realtà si sono dissolti, spirito e corpo si sono separati. Certo, l'atto ancora sussiste, ma solo come passato, come frammento, come morto rottame; quella parte di esso che era cattiva coscienza è svanita e il ricordo dell'atto non è più cattiva coscienza che intuisce se stessa; nell'amore la vita ha ritrovato la vita».

bene: «dovunque la vita è offesa, *sia pure giustamente*, sentendoci cioè soddisfatti, ivi si avanza il destino e si può allora dire che [...] ogni sofferenza è una colpa»<sup>34</sup>.

### 3. ... e l'idea dello scopo

In un simile contesto problematico, che la pena, così come fino a oggi s'è ordinariamente manifestata, *sia in grado di conseguire* quei risultati di prevenzione generale e speciale cui legittimamente aspira l'ordinamento giuridico – e che ciò sia realizzabile limitandosi a gestire una certa modulabilità qualitativa e quantitativa della sua logica di ritorsione, incentrata sul ruolo del carcere – può essere posto seriamente in dubbio.

Dopo il commiato da nozioni assolute della giustizia, pertanto, bisogna forse prendere commiato anche dall'idea che alla pena – alla pena che conosciamo – siano ricollegabili significativi effetti di prevenzione. E ciò non perché nella riflessione sulle conseguenze giuridiche del reato debba essere abbandonata, oltre a quella retributiva, pure l'*idea dello scopo*, ma perché simile idea esige *altri strumenti*.

Su questa via, sembra fondato ritenere che soltanto una politica criminale la quale non si identifichi, di fatto, con la politica *penale* (con una politica penale caratterizzata da uno strumentario ampiamente predeterminato rispetto alla definizione delle stesse finalità preventive) abbia *chances* effettive di ottenere risultati.

La pena, in quanto prevista e utilizzata tenendo conto della sola variabile costituita dalla sua intrinseca severità (cioè come frattura *più o meno profonda* che si contrappone a un'altra frattura), è in grado, probabilmente, di assumere rispetto agli scopi preventivi perseguiti dal diritto un ruolo di supporto nella sostanza marginale.

Parrebbe invece che dal punto di vista logico la reazione al reato possa soprattutto avere a che fare, come già si osservava, con esigenze relative alla *mediazione del conflitto* derivante dalla violazione di norme penali; esigenze le quali, peraltro, rivestono esse stesse un preciso significato preventivo e non escludono, per esempio, che la risposta nei confronti delle attività criminose ricomprenda l'annullamento dei vantaggi ad esse ricollegabili nonché limitazioni più o meno ampie delle opportunità di cui l'agente disponga per tornare a delinquere.

Non è dunque dall'entità quantitativa delle conseguenze negative previste per la commissione di un reato che possono attendersi automatici effetti di prevenzione; significative appaiono piuttosto la qualifica di illiceità penale di un certo comportamento, che segnala l'importanza particolare attribuita all'intento preventivo di determinate condotte, e la strategia *complessiva* di intervento, di tipo penale ma anche di tipo extrapenale<sup>35</sup>, che a tale qualifica si accompagna.

Esamineremo di conseguenza alcuni spunti derivanti dal dibattito sugli scopi della pena non tanto per reperire una giustificazione preventiva (più o meno forzata) di quest'ultima nelle forme in cui tradizionalmente si esprime, quanto per individuare materiali utili ai fini della progettazione, senza ipoteche precostituite, di una politica criminale preventiva.

Occorre, in effetti, una ripresa di progettualità: nel diritto penale tutto quel che è reale *non pare* razionale<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Così G.W.F. Hegel, *op. ult. cit.*, p. 398 (corsivo nostro).

<sup>35</sup> Con la precisazione che lo stesso intervento di tipo penale non va affatto inteso come incentrato sulla minaccia della pena detentiva e, in ogni caso, può rendersi esso stesso espressione del tentativo di perseguire la composizione del conflitto (che incrina la credibilità dell'ordinamento giuridico) derivante dall'attività criminosa.

<sup>36</sup> Cfr., *a contrariis*, G.W.F. Hegel, *Lineamenti*, cit., Prefazione, pp. 59 ss., ove la famosissima affermazione secondo cui «*ciò che è razionale è reale, e ciò che è reale è razionale*», corrisponde al programma di «*comprendere concettualmente lo Stato*» – dunque, *a fortiori*, anche le pene che il medesimo infligge – «*e di esporlo come qualcosa di intimamente razionale*», nell'ottica di una trattazione la quale, afferma Hegel, «in quanto scritto filosofico, non può non tenersi lontanissima dal dover costruire uno *Stato così come esso dev'essere*» (corsivi dell'Autore).

#### 4. Le prospettive di riforma del sistema sanzionatorio nel quadro di una necessaria riprogettazione della politica criminale

Un passaggio fondamentale, mai sufficientemente valorizzato, per l'evoluzione delle scienze criminali avvenne quando si comprese che la spiegazione del reato non può esaurirsi, come presupponeva il retribuzionismo classico, nei meri termini di una libera scelta individuale orientata a commettere *il male*, e ciò in quanto sussistono condizioni ben precise, di regola alquanto complesse, che favoriscono tale scelta.

Questa semplice constatazione implica molteplici conseguenze.

In primo luogo essa evidenzia il dato indiscutibile della corresponsabilità sociale al prodursi dei reati: corresponsabilità la quale non investe soltanto le carenze di socializzazione che incidono sulle forme più scontate della devianza penalmente significativa, ma soprattutto quelle condizioni strutturali della vita sociale che creano spazi disponibili, stimoli, opportunità per l'agire criminoso (anche per quello dei non socialmente svantaggiati).

Sono condizioni attinenti, in particolare, al sistema economico (non si dimentichi che la stragrande maggioranza dei reati ha come movente l'illecita acquisizione di vantaggi materiali), ma anche allo standard qualitativo dell'attività politica, al livello di tensione etica presente nel contesto sociale, ai messaggi lanciati dai mezzi di comunicazione o dalle «agenzie» che assolvono a una funzione educativa, ecc.

Di fatto, si è imposta una scelta politico criminale forse non sufficientemente percepita, ai sensi della quale più che intervenendo, anche giuridicamente, sui fattori che fungono da presupposto della criminalità, si è puntato a fare prevenzione diffidando l'individuo dal delinquere, con la minaccia della pena, *nonostante* la presenza (assai debolmente controllata) di tali fattori.

Si tratta di una scelta inevitabile? L'impressione è che l'esistenza del diritto penale abbia fornito alla società un alibi decisivo per non impegnarsi seriamente al fine di contenere *quanto più possibile* l'operatività degli elementi criminogenetici<sup>37</sup>.

Certamente si è alquanto parlato di *extrema ratio* del diritto penale, ma ciò, per una singolare eterogeneità dei fini, ha finito con il suffragare la scarsissima attenzione dedicata all'attività preventiva prepenalistica. Ed infatti, posto che è certamente più facile fissare una pena per l'avvenuta lesione di un certo bene che non individuare strategie intese a rendere meno agevole una simile lesione, si è quasi sempre battuta in modo esclusivo la prima via, facendo leva sulla necessità di utilizzare l'arma più *appuntita* in mano al legislatore: salvo desumere successivamente dalla sua scarsa efficacia preventiva la conclusione scorretta secondo cui *a fortiori* sarebbe risultato *ancor meno produttivo* il ricorso ad altre modalità d'intervento.

Un meccanismo, questo, che, data l'elevatezza della cifra oscura, rischia di utilizzare il diritto penale in chiave per gran parte simbolica e che potrebbe perfino coprire la *non volontà* di ostacolare seriamente la commissione di certi reati (o, quantomeno, la non volontà di incidere su certe precondizioni degli stessi).

Spostare il fulcro della prevenzione sul contenimento degli spazi disponibili per delinquere esige peraltro che il contesto sociale sia disposto a ritenersi partecipe della dimensione di male che caratterizza i rapporti fra gli uomini e in particolare a riconoscere che il male espresso dalla commissione dei reati è solo *una parte* del male socialmente significativo<sup>38</sup>.

Solo una società consapevole di tutto questo, infatti, potrà accettare gli oneri derivanti da serie iniziative di sbarramento dell'accesso al crimine, oneri non solo economici (in rapporto ai costi del sistema penale e ai benefici ottenibili potrebbe trattarsi, da questo punto di vista, di un affare), ma soprattutto riferibili a una serie di vincoli in diversa misura incidenti sulle attività ordinariamente

---

<sup>37</sup> Cfr. K. Lüderssen, *Alternativen zum Strafen*, in AA.VV., *Strafgerichtsbarkeit. Festschrift für Arth. Kaufmann*, Heidelberg 1993, p. 492; si veda anche, in *questo Volume*, lo scritto *Può nascere dalla crisi della pena una politica criminale?*, p. .

<sup>38</sup> Resta in proposito fondamentale il riferimento a E. Naegeli, *op. cit.*, pp. 57 ss.

svolte dalla generalità dei cittadini.

Di qui l'emergere di un vero e proprio nodo cardine per l'evoluzione della politica criminale contemporanea.

Il fatto è che il vecchio diritto penale che interviene (sporadicamente) quando un bene è già stato leso e si limita a coinvolgere nella strategia preventiva soltanto chi, per sua libera scelta, ha usato *male* degli spazi tendenzialmente incondizionati che la società gli rende disponibili corrisponde assai bene alle esigenze di una società fondata su modelli liberisti, tanto più nel contesto attuale caratterizzato da una marcata tendenza alla *deregulation*<sup>39</sup>.

Ma affidare la politica criminale a un simile diritto penale vuol dire non fare prevenzione: quest'ultima richiede un certo livello di intervento giuridico prepenalistico a costo, per così dire, diffuso. Non c'è alternativa.

Ciò significa che dev'essere altresì recuperato il senso di una *continuità* fra gli strumenti preventivi extrapenalistici e l'intervento penalistico.

Potremmo parlare di un primo livello di prevenzione affidato alla dimensione educativo-culturale e alla politica sociale. Di un secondo – decisivo – livello che compete alla legislazione non penale (civile, commerciale, tributaria, amministrativa, ecc.). Di un terzo livello rappresentato da provvedimenti sanzionatori concernenti la violazione di regole intese a ostacolare, più o meno immediatamente, la lesione di beni giuridici. Di un quarto livello relativo alle conseguenze dell'avvenuta lesione, o della concreta esposizione a grave pericolo, di uno dei suddetti beni.

È evidente, peraltro, che lo scopo di rendere credibile il riferimento al canone dell'*extrema ratio* verrebbe del tutto frustrato ove la summenzionata continuità venisse ricercata *estendendo*, con riguardo specifico al *terzo livello*, l'ambito di utilizzazione delle modalità di intervento tipiche del diritto penale: quando invece sussiste un eccesso di ricorso all'illecito *penale* nello stesso *quarto livello* della strategia politico-criminale.

Fermo restando l'orientamento inteso a limitare l'area del penalmente significativo, essenziale, tuttavia, non appare tanto la questione di principio se un determinato illecito sia o meno inquadrabile nell'orbita penalistica, bensì il fatto che – lungi dall'essere dilatata – *venga circoscritta il più possibile* la comminazione della pena detentiva, cioè della modalità sanzionatoria fino a oggi pressoché egemone nel sistema penale italiano; comminazione che, in particolare, dovrebbe essere esclusa con riguardo all'intero contesto degli illeciti-ostacolo.

Emerge dunque l'esigenza che sia finalmente introdotto un serio sistema di pene principali non detentive; anche per evitare che l'impraticabilità di una risposta non penalistica a determinate trasgressioni *implichi* la minaccia del carcere<sup>40</sup>.

In altre parole: può essere che ragioni di garanzia del cittadino, recepite in modo particolarmente intenso nelle procedure tipiche del sistema penale, nonché esigenze di speciale autonomia e imparzialità dell'organo deputato a giudicare in determinate materie o, in genere, esigenze di prevenzione generale, rendano opportuna – anche in aree estranee al suo nucleo originario<sup>41</sup> – la

---

<sup>39</sup> Cfr. su questo tema, con specifico riguardo al «singolare ribaltamento del principio di sussidiarietà» non di rado emergente, in favore del (solo) ricorso a strumenti penalistici, nel diritto penale dell'economia, S. Seminara, *Insider trading e diritto penale*, Milano 1989, pp. 322 ss. (soprattutto in rapporto agli scritti di K. Tiedemann).

<sup>40</sup> La situazione italiana sconta in questo senso una particolare arretratezza: per quanto possa discutersi sui criteri di confronto (ed in particolare sul ruolo degli strumenti sospensivi e sostitutivi), non manca di far riflettere, per esempio, la constatazione che in Germania l'ammontare delle condanne a pena detentiva *eseguibile* è di circa il 5% rispetto al totale delle condanne penali: il dato, riferito al 1991, è riportato in H.-H. Jescheck - T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, A. T., 5<sup>a</sup> ed., Berlin 1996, p. 744. Circa l'incidenza della condanna a pena detentiva rispetto al totale delle condanne e dei procedimenti penali si veda anche, sempre per la Germania, F. Streng, *Strafrechtliche Sanktionen. Grundlagen und Anwendung*, Stuttgart 1991, pp. 41 s., il quale parla significativamente, con dati relativi al 1988, di un modello «a imbuto» (*Trichtermodell*): in Italia potrebbe forse parlarsi di un modello *a clessidra*, posto che la gran parte dei giudizi penali prevede pur sempre il passaggio costituito dalla condanna al carcere, salva la diversificazione successiva delle forme di esecuzione.

<sup>41</sup> Cfr. K. Lüderssen, *Zurück zum alten, liberalen, anständigen, Kernstrafrecht?*, in *Festschrift für H. Jäger*, Frankfurt am Main 1993, pp. 268 ss.

competenza del diritto (e della magistratura) penale. Ma altro è tale competenza, altro identificare quest'ultima con la previsione della minaccia di una pena detentiva. Ovvero: sussiste una *extrema ratio* del ricorso alla reclusione che vale anche rispetto al diritto penale e che, dunque, viene prima, stemperandone in certa misura la portata, dell'*extrema ratio* concernente la qualificazione di un illecito come illecito *penale*<sup>42</sup>.

Da ultimo, va posto in evidenza che il *quarto livello* dell'intervento politico-criminale persegue, a ben vedere, una modalità di prevenzione del tutto peculiare, concretizzandosi quest'ultima nella risposta a un avvenuto *fallimento* della strategia preventiva: una modalità la quale, tuttavia, è stata per lungo tempo percepita come *l'unica rilevante*, con l'effetto di favorire la prassi orientata a risolvere ogni emergenza criminale rimodulando semplicisticamente l'entità delle pene.

Gli esiti fallimentari di un simile approccio fanno ritenere che una seria politica criminale, attenta all'insieme dei profili poco sopra menzionati, richiederebbe, piuttosto, la costante operatività di osservatori riguardanti le principali categorie di reati, in modo che sia resa possibile la predisposizione tempestiva di interventi normativi i quali coinvolgano a fini di prevenzione l'intero ordinamento giuridico: una qualche attenzione alle tecniche del *problem solving*, in un settore finora affrontato con estrema limitatezza di metodologie e di strumenti, potrebbe non essere fuori luogo.

Aumentare l'entità delle pene (ma anche, se si vuole, deflazionare il sovraffollamento penitenziario limitandosi a estendere i limiti di applicabilità delle sanzioni sostitutive) costa solo il tempo di una votazione parlamentare. Progettare le modalità per ridurre gli accessi al crimine e per diversificare l'apparato sanzionatorio è indubbiamente più impegnativo<sup>43</sup>: ma è l'unica via che consenta di evitare una utilizzazione *simbolica* del diritto penale.

D'altra parte, sarebbe del tutto incoerente progettare strategie di risanamento della frattura che il reato produce nei rapporti interpersonali (e, complessivamente, nei confronti del *patto sociale*), ove a ciò non corrispondesse l'impegno inteso, in primo luogo, a impedire che simile frattura possa determinarsi.

## 5. Il concetto di mediazione e la prevenzione generale possibile

Resta nondimeno l'interrogativo se insieme all'intervento sui fattori che *oggettivamente* favoriscono le scelte criminali vi sia spazio per una incidenza del diritto sulla disponibilità *soggettiva* – restando ferme le altre condizioni – a commettere reati, e in particolare se una simile incidenza possa derivare dalla pena conseguente all'offesa di un bene tutelato.

Che sussistano elementi di autocontrollo tali per cui molti cittadini non commettono reati pur sussistendo fattori criminogenetici esterni è assolutamente ovvio: il punto è se tali elementi possano o meno essere influenzati dal diritto penale<sup>44</sup>.

È in gioco, a ben vedere, la credibilità complessiva del sistema penale post-retribuzionista, se è vero che la differenza fra il modello della pena assoluta, retrospettivamente disinteressato a qualsiasi obiettivo politico-criminale, e quello della pena-scopo sta proprio nel fatto che il secondo privilegia il momento *motivazionale*.

Un dato alla luce del quale, sia detto per inciso, appare non poco sorprendente l'ostilità sovente manifestata al riconoscimento di una funzione orientativa dei comportamenti legittimamente connessa alle norme penali: ciò in quanto una previsione sanzionatoria pensata a priori come priva di qualsiasi messaggio per i suoi potenziali destinatari non sarebbe altro che un prezzo retributivo –

---

<sup>42</sup> Si consenta in proposito il rinvio a L. Eusebi, *Brevi note sul rapporto fra anticipazione della tutela in materia economica, extrema ratio ed opzioni sanzionatorie*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, pp. 743 ss.

<sup>43</sup> Senza che ciò implichi, beninteso, il disinteresse per gli interventi limitativi del ricorso effettivo al carcere, in assenza di riforme strutturali del sistema sanzionatorio.

<sup>44</sup> Per un'ampia problematizzazione etico-giuridica di questo tema, utilizzata dall'Autore a sostegno dell'indirizzo abolizionista, si veda T. Mathiesen, *General Prevention as Communication* (1990), ora in R.A. Duff - D. Garland, (ed. by), *op. cit.*, pp. 221 ss.

dal pagamento oltretutto incerto – per l'*acquisto* del crimine.

Tuttavia, le prove circa il fatto che la minaccia e l'esecuzione delle pene tradizionali offrano realmente un surplus di motivazione in senso general- o specialpreventivo sono, quantomeno, scarse. Risulta, anzi, che perfino il ricorso a drastiche strategie *neutralizzative* nei confronti degli agenti di gravi reati (strategie che pretenderebbero di assicurare, da un lato, la prevenzione speciale e, dall'altro, il massimo grado di intimidazione) non abbia mai lasciato constatare, nel paragone con il ricorso ad altri strumenti in situazioni analoghe, una diminuzione dei tassi complessivi di criminalità, dato che i *posti di lavoro* criminale lasciati liberi a seguito di una condanna sembrano essere immediatamente coperti da altri soggetti<sup>45</sup>.

Ciò evidenzia come il sistema sociale stesso tenda a produrre *posti di lavoro* criminale (o comunque occasioni di reato), secondo dinamiche le quali, probabilmente, possono essere ricostruite utilizzando categorie tipiche dell'analisi economica; e conferma nella convinzione che una buona politica criminale debba cercare, innanzitutto, di *chiudere* quei posti.

Il fatto che, comunque, l'apparato penale sia così scarsamente in grado di controbilanciare le opportunità oggettivamente favorevoli alle scelte criminali sembra dipendere soprattutto dal problema per gran parte insuperabile della *cifra oscura* (anche se non si deve trascurare che esistono forme di criminalità le quali si configurano per loro stessa natura assai poco sensibili a logiche di ponderazione fra costi e benefici).

Ma proprio la consapevolezza di una *cifra oscura* normalmente elevatissima ha fatto sì che venisse ricercata una strategia di compensazione degli effetti connessi all'alta probabilità dell'agente di reato di non essere scoperto – effetti del tutto disfunzionali rispetto all'intento preventivo – agendo sulla *severità* delle pene e proponendo, in particolare, un ricorso generalizzato allo spauracchio del carcere (per non parlare dell'uso della pena di morte nei paesi che continuano ad applicarla).

Una tale strategia è e si è rivelata del tutto simbolica. Aumentando la severità delle pene non diminuiscono i reati. Certi livelli di pena, anzi, contraddicono importanti indicazioni comportamentali desumibili dall'ordinamento giuridico e sono in grado di stimolare a loro volta atteggiamenti criminali (se ne rendeva conto Beccaria: «non è utile la pena di morte per l'esempio di atrocità che dà agli uomini»)<sup>46</sup>.

Agire nel senso delineato serve, in sostanza, solo per dimostrare all'opinione pubblica che lo Stato in qualche modo *sta muovendosi*, nonostante l'inerzia (sia essa o meno intenzionale) nell'azione di contenimento dei fattori criminogenetici. Un'ottica, questa, paradossalmente confermata dalla tesi che addirittura *giustifica* la configurazione nella sostanza episodico-casuale dell'intervento penalistico, in quanto considera l'utilizzazione della pena come rispondente a criteri di mera esemplarità<sup>47</sup>.

Spostando peraltro il punto di riferimento della prevenzione generale sulla portata intimidativa della sofferenza connessa alla punizione, e in particolare sull'assunto secondo cui quanto più la pena risulti severa, tanto maggiore ne sarebbe l'efficacia, la summenzionata strategia mette in ombra gli aspetti generalpreventivi dell'intervento penalistico *realisticamente perseguibili*.

Non è infatti sul terreno di un più o meno marcato terrorismo sanzionatorio che si colloca quel tanto di prevenzione generale cui, forse, (anche) le modalità di risposta alla commissione dei reati possono contribuire: l'incidenza generalpreventiva di queste ultime va da un lato ricondotta, piuttosto, all'*emergere* delle responsabilità concernenti la realizzazione dell'illecito (ciò, prima che non l'applicazione di una qualsiasi pena, sembra del resto costituire l'oggetto della stessa richiesta

---

<sup>45</sup> Sottolineano questo aspetto problematico anche R.A. Duff e D. Garland, *op. cit.*, pp. 25 s.

<sup>46</sup> Si veda C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, in *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, a cura di L. Firpo, vol. I, Milano 1984, p. 92.

<sup>47</sup> Cfr. in proposito G. Forti, *Tra criminologia e diritto penale. Brevi note su «cifre nere» e funzione generalpreventiva della pena*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci ed E. Dolcini, Milano 1985, pp. 62 s. e ivi ulteriori riferimenti.

ricorrente dopo la commissione di gravi reati che *sia fatta giustizia*: il che impone pur sempre di considerare come la ricerca delle prove a carico costituisca una fase psicologicamente delicatissima per l'imputato)<sup>48</sup>; dall'altro lato, tale incidenza va ricollegata al conseguimento del risultato che il reato *non paghi*, salva la previsione di un qualche onere aggiuntivo rispetto al semplice venir meno dei vantaggi illecitamente realizzati, onde evitare che il tentativo di lucrare attraverso il reato quei vantaggi sia *ex ante* programmabile, nella peggiore delle ipotesi, a costo nullo (o a costo del solo danno di immagine)<sup>49</sup>.

Se non vi fosse il problema del livello così elevato della *cifra oscura*, l'alta probabilità che gli obiettivi appena indicati siano raggiunti garantirebbe fondatamente una buona prevenzione generale. I controeffetti derivanti dalla *cifra oscura*, tuttavia, restano del tutto inalterati agendo sulla severità delle pene.

Contrariamente a quel che si è soliti ritenere, dunque, la prevenzione generale non richiede una durezza intrinseca delle pene; un assunto, questo, di grande importanza, in quanto lascia supporre che le esigenze generalpreventive non si oppongano, in linea di principio, alla diversificazione degli strumenti sanzionatori<sup>50</sup>.

I fattori che abbiamo considerato rilevanti ai fini della prevenzione generale hanno in realtà a che fare con l'affermazione della capacità dell'ordinamento giuridico di intercettare le attività criminose, non consentendo loro di avere successo: che è quanto dire con l'*autorevolezza* dei precetti penali. Tali fattori, pertanto, rispondono a un concetto di incidenza motivazionale della risposta giuridica al reato *più complesso* di quello fondato sul modello della contropinta psicologica.

Un simile concetto individua il fulcro della efficacia generalpreventiva nella credibilità del momento precettivo, invece che nel timore della pena. Il che esprime la nozione corretta e realmente centrale della c.d. prevenzione generale *positiva*.

In questo senso un'efficacia generalpreventiva può permanere perfino in casi nei quali ci si astenga dal punire una condotta che resti peraltro qualificata come penalmente illecita, sempre che ciò non nasconda un disinteresse alla sua effettiva prevenzione<sup>51</sup>.

La credibilità del divieto, cioè la sua capacità di imporsi per ragioni autonome dalla minaccia di una certa pena, dipende d'altra parte per larga misura da elementi di autorevolezza dell'ordinamento giuridico connessi alla coerenza complessiva dell'azione svolta dalle istituzioni pubbliche nella società, come pure agli standards culturali ed etici propri di un certo momento storico: ragioni rispetto alle quali l'effettività dell'intervento penalistico in caso di trasgressione costituisce solo uno degli elementi significativi.

Se tutto questo è vero, allora il costo aggiuntivo rispetto alla individuazione delle responsabilità relative a un fatto criminoso e all'annullamento dei vantaggi che ne siano derivati può essere pensato, dal punto di vista della prevenzione generale, non tanto nell'ottica di una più o meno adeguata contropinta intimidativa, bensì, pur sempre, in quella di un rafforzamento dell'autorevolezza del diritto.

---

<sup>48</sup> La logica della mediazione (si veda *infra*, nel testo) dovrebbe riuscire in qualche modo a caratterizzare, pertanto, già il momento delle indagini, al fine di evitare il rischio, non di rado confermato in modo tragico, che esse rappresentino per l'indagato (il quale oltretutto potrebbe essere riconosciuto innocente) un processo di colpevolizzazione stigmatizzatrice umanamente non sostenibile.

<sup>49</sup> Colpisce in quest'ottica il fatto che W. Botke, *op. cit.*, p. 328, pur individuando le componenti della strategia preventiva nella revoca dei vantaggi connessi al compimento del reato, nell'imposizione di obblighi restitutori e nella produzione di costi a carico dell'agente, riferisca il ruolo specifico della pena alla sola ultima dimensione, per di più concepita nei termini di una *retributive Kostenproduktion*.

<sup>50</sup> Cfr. sul punto, per esempio, K. Tiedemann, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 618: «Il giudizio definitivo sulle conseguenze della scelta di una determinata sanzione è reso difficile dalla constatazione, pressoché unanime, della criminologia moderna, secondo cui le sanzioni potrebbero essere vicendevolmente sostituite senza che il risultato pratico muti».

<sup>51</sup> Sul rilievo della qualifica di illiceità penale nell'ambito della strategia preventiva si veda *supra*, n. 3.

Proprio su questa via la risposta sanzionatoria penale potrebbe orientarsi a favorire un'impegnativa riassunzione di responsabilità da parte dell'agente di reato, secondo contenuti adeguati, nei confronti delle regole concernenti la convivenza sociale che egli abbia trasgredito.

E la sanzione, in tal caso, verrebbe effettivamente a configurarsi non come frattura che si contrappone alla frattura rappresentata dal reato, bensì come strategia di mediazione *post delictum* fra agente di reato e società.

Una riflessione riferita a una nota vicenda giudiziaria recente può essere in proposito significativa: quel che ha suscitato disagio in relazione alla prima sentenza pronunciata nei confronti del capitano delle SS Erich Priebke per l'eccidio delle Fosse Ardeatine – sentenza che ne riconosceva la colpevolezza infliggendo sì una severa condanna a pena detentiva, ma inapplicabile per prescrizione – non è stato, forse, il fatto che venisse a mancare una ritorsione vendicativa, bensì il fatto che tra il soggetto riconosciuto colpevole e la società potesse non accadere *proprio nulla* e tutto potesse risolversi con il (comprensibile) sorriso del capitano dopo che l'interprete ebbe finito di spiegarli, davanti alle telecamere, il significato del dispositivo della sentenza.

Ciò significa che sarebbe stato necessario, probabilmente, il realizzarsi di una qualche forma di attivazione del condannato verso la società, tale da segnalare un *fatto nuovo* rispetto alla situazione fissatasi al momento in cui fu posta in essere l'attività criminosa<sup>52</sup>.

Del resto, la circostanza per cui viene talora riscontrata, rispetto a certi episodi criminosi, una forte richiesta di pena – quale strumento ritenuto indispensabile per ribadire il buon diritto alla tutela di una posizione che, invece, è stata aggredita e, dunque, quale strumento per affermare non solo in astratto, ma anche rispetto a ciò che concretamente è avvenuto, il giudizio di disvalore verso un certo tipo di condotta ingiusta, che ha cercato di imporsi con la forza – dipende anche dal fatto che l'ordinamento non offre nient'altro che la pena (nella sostanza) retributiva per rispondere alle suddette esigenze *legittime*.

Così il bisogno di giustizia (che di per sé è altra cosa) si trasforma facilmente in bisogno di retribuzione, come le correnti neo-retribuzioniste esprimono nella forma più chiara.

L'orientamento alla mediazione rappresenta, quantomeno, la ricerca di una possibile alternativa. Tendendo a superare la logica della radicalizzazione del conflitto, ai sensi della quale il massimo di riprovazione verso una certa condotta finisce per esigere – simbolicamente – il massimo della ritorsione, e dunque tendendo a superare la logica della non-comunicazione fra agente di reato e parte offesa (*lato sensu* intesa), esso rivaluta proprio il ruolo di quest'ultima: consente, infatti, un riconoscimento della persistente validità dei suoi diritti violati ben più sostanziale di quello fondato sulla mera applicazione della pena tradizionale, in quanto a tale riconoscimento coopera – senza essere egli stesso ridotto a mera figura espressiva del male commesso, com'è nell'ottica semplificatrice del contrappasso – anche chi contro quei diritti ha agito.

Tanto che ove la mediazione si realizzi è ordinariamente la vittima – sicura di una vittoria della sue ragioni così salda da non esigere la negazione dell'aggressore (dunque in un'ottica opposta a quella ordinariamente identificata nella c.d. sindrome di Stoccolma) – che per prima richiede un atteggiamento *non retributivo* nei confronti dell'agente<sup>53</sup>.

## 6. ... e le strategie premiali

Appare interessante chiedersi se tendano a collocarsi in un'ottica di mediazione quelle strategie

---

<sup>52</sup> Il che sembra esprimere la dimensione *simbolica* effettivamente accettabile della risposta al reato, dimensione la quale nulla ha a che fare con la funzione simbolica attribuita dalle correnti neo-retribuzionistiche al soddisfacimento dei bisogni emotivi di pena.

<sup>53</sup> Mentre allorché persista una radicale non comunicazione fra agente e parti lese qualsiasi esito processuale viene facilmente percepito come inadeguato ed emerge insofferenza verso la considerazione di fattori limitativi della responsabilità (per esempio, verso una messa in discussione del sussistere, nient'affatto scontato, del dolo in relazione alle tragiche conseguenze del lancio di pietre da cavalcavia autostradali).

già presenti nell'ordinamento che perseguono effetti preventivi – cercando per esempio di incidere sul fenomeno della cifra oscura o di rendere più efficiente il sistema giudiziario – attraverso la rinuncia parziale alla pena.

Simili iniziative si inseriscono nel contesto complessivo degli strumenti *premiali*, cioè delle norme che mirano a incentivare, rendendole vantaggiose in rapporto alle conseguenze sanzionatorie, certe condotte dell'agente di reato ritenute corrispondenti agli interessi del sistema giuridico.

Se ne potrebbe dedurre, in effetti, che tali norme si collochino per loro stessa natura nel solco di una valorizzazione della disponibilità ad assumere atteggiamenti *giuridicamente integrati* da parte di abbia violato i precetti penali, disponibilità che sarebbe attestata dall'accettazione di uno specifico invito a cooperare – *post delictum* – formulato dall'ordinamento giuridico. Così che l'intero ambito della legislazione premiale risulterebbe automaticamente in linea con le esigenze sopra considerate di *composizione* del conflitto scaturente dal reato.

Conclusioni di questo tipo, tuttavia, sarebbero per ampia parte affrettate; e non solo per il rilievo marginale o nullo che continua ad avere in simili normative l'atteggiamento di chi abbia commesso il reato nei confronti di chi ne abbia subito le conseguenze.

È vero, infatti, che il filone più antico della premialità, rappresentato dalle norme di ravvedimento a effetto sostanziale (non estranee allo stesso codice Rocco)<sup>54</sup>, promuove condotte di reintegrazione parziale o totale dell'interesse leso, e dunque attività di contenimento del danno le quali dovrebbero esprimere una sensibilità più o meno sollecitamente recuperata da parte del reo alle esigenze di tutela del bene aggredito: nondimeno, il rilievo di quest'ultimo profilo risulta in tali norme secondario, prevalendo la prospettiva di una tutela per così dire posticipata del medesimo bene<sup>55</sup>.

Pure i settori di più intensa espansione recente della premialità sembrano del resto privilegiare aspetti pragmatici, più che esprimere un indirizzo complessivamente orientato a logiche di composizione del conflitto<sup>56</sup>.

Ciò appare evidente nel contesto del tutto peculiare rappresentato dalle norme che mirano a promuovere l'opzione per i riti speciali, rispetto alle quali non sembra a priori proponibile una distinzione circa l'atteggiamento verso il sistema giuridico la quale operi a sfavore dell'imputato che intenda esercitare pienamente i diritti di difesa (se innocente, si noti, *confidando* nella

---

<sup>54</sup> Cfr. F.C. Palazzo, *La recente legislazione penale*, 3<sup>a</sup> ed., Padova 1985, p. 191.

<sup>55</sup> Ne è un indizio il fatto stesso che ordinariamente siano prese in considerazione, stando alla lettera di tali norme, le condotte che riescano a produrre un certo risultato, e non pure gli atti che incolpevolmente siano rimasti infruttuosi (anche se la massima produzione di risultati consegue in realtà alla massima incentivazione delle condotte *ex ante* idonee): una situazione la quale non potrebbe affatto essere giustificata con riferimento al principio di materialità, sia perché di quest'ultimo non è proponibile, data la sua *ratio* garantista, un'applicazione speculare nel sistema premiale, sia perché dovrebbe comunque tenersi conto del rilievo attribuito dal diritto *penale* ai *meri* atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere un delitto. Non si vedono ragioni, in altre parole, perché nell'ottica promozionale propria del settore premiale il *valore* dell'evento debba prevalere su quello dell'azione; anzi, ove l'attuazione di una condotta idonea non sia possibile (o fors'anche esigibile), non pare potersi escludere, nel medesimo settore, il rilievo stesso del mero atteggiamento soggettivo (parallelo alla colpevolezza richiesta ai fini *penali*), salvi, ovviamente, i problemi probatori. Quanto s'è detto investe anche le disposizioni premiali c.d. di ravvedimento a effetto *processuale* (che però rispondono a un'altra logica e pongono in tal senso problemi specifici assai delicati: si veda *infra*, nel testo), rispetto alle quali, tuttavia, il ripetuto ricorso al verbo *adoperarsi* per definire la condotta rilevante indica, di per sé, una diversa prospettiva, nonostante la ritrosità della giurisprudenza (si veda però *infra*, nota 59, per l'accenno agli interventi della Corte costituzionale in materia di premialità penitenziaria). Deve infine osservarsi che per le medesime ragioni evidenziate in questa nota non sarebbe accettabile far dipendere l'applicazione di benefici legati a strategie di mediazione dalla scelta discrezionale della vittima.

<sup>56</sup> Tale situazione suscita peraltro l'interrogativo se possano effettivamente bastare, secondo la prospettiva che sembra oggi dominante, interventi orientati a far sì che il sistema processualpenalistico comunque, in qualche modo, *funzioni*: a nostro avviso, come più sopra evidenziato, è (ormai) indispensabile il passaggio attraverso la riforma dell'apparato sanzionatorio *sostanziale*.

giustizia)<sup>57</sup>.

Ma le stesse norme premiali miranti a incidere sull'atteggiamento dell'imputato nel processo (c.d. di ravvedimento a effetto processuale) danno rilievo soltanto a un *certo contenuto* della cooperazione, il quale si concretizza soprattutto, in pratica, nel fornire informazioni su responsabilità *altrui* (salva, per il passato, la parentesi delle regole sulla *dissociazione* di ex terroristi); tanto è vero che in assenza di quel contenuto l'eventuale significatività della condotta in un'ottica di mediazione non viene considerata.

Tali norme, inoltre, pur incidendo sulle modalità sanzionatorie relative al soggetto collaborante<sup>58</sup>, conducono di regola a dilatare non solo l'ambito degli autori di reato individuati, bensì anche l'ambito di applicazione delle pene *tradizionali*, non senza l'emergere di problemi dal punto di vista equitativo<sup>59</sup>.

Si impone peraltro la domanda se il modello di premialità processuale finora privilegiato sia veramente l'unico proponibile nell'ottica della prevenzione: anche alla luce dei non marginali inconvenienti ad esso notoriamente connessi<sup>60</sup>.

Ora, se rispetto a talune forme di criminalità organizzata, e in ispecie allorché si tratti di bloccare attività criminali particolarmente gravi *in corso di svolgimento*, può in effetti essere preso in considerazione il ricorso a meccanismi premiali che promuovano forme collaborative intese a far luce su responsabilità *altrui*, ciò non significa che *solo* tali meccanismi siano idonei ad assumere rilievo dal punto di vista politico criminale e che dunque debba negarsi spazio ad altri modelli nell'ambito delle strategie premiali; né implica che il ricorso ai meccanismi summenzionati debba comunque costituire (invece dell'eccezione) il modello premiale di riferimento.

In particolare, è difficile capire perché non potrebbe essere attribuito rilievo, in via ordinaria (ma anche come subordinata meno vantaggiosa allorché siano utilizzati i meccanismi di cui sopra),

---

<sup>57</sup> L'incremento complessivo di efficienza del sistema derivante dalla utilizzazione dei riti speciali risponde certamente a interessi generalpreventivi, ma la maggior punizione del condannato che non abbia optato per tali riti non si riconnette né ad elementi del fatto di reato, né può essere fondata sulla presunzione di una maggiore ostilità all'ordinamento del soggetto interessato. La realtà è che le garanzie proprie del procedimento penale tradizionale, orientate all'applicazione della pena detentiva, si rivelano sempre meno compatibili, nel diritto penale moderno, con le esigenze di certezza e rapidità della risposta statale al reato (cfr. K. Lüderssen, *op. ult. cit.*, pp. 268 ss.): e allora l'accesso alle garanzie viene reso *oneroso* (almeno nelle intenzioni, visto che spesso resta conveniente, nell'ottica difensiva, scommettere sulla lunga durata dell'iter ordinario). Ma se ciò è vero, invece di incentivare la rinuncia a certe procedure garantistiche sfavorendo chi ne voglia effettivamente beneficiare, non sarebbe forse più logico introdurre *per tutti*, rispetto al maggior numero possibile di reati, procedure (cautamente) più snelle, intese all'applicazione di pene *meno drammatiche* di quella detentiva? Non senza prevedere nel contempo, per i casi in cui permanga il ricorso alla reclusione, un ridimensionamento delle pene edittali, corrispondente alla diminuzione che in rapporto ai riti speciali è già stata ritenuta accettabile dal punto di vista politico criminale (venendo a definire quello che costituisce, in effetti, il *livello base* della punibilità).

<sup>58</sup> Come ben si sa, peraltro, lo schema è utilizzato da alcuni anni anche nell'ambito del diritto penitenziario, in relazione all'applicabilità di determinati benefici.

<sup>59</sup> Ad esempio circa le *chances* di accesso ai benefici: il chiamato in correità può venirsi a trovare, sotto questo profilo, e in conseguenza di una condotta per altri vantaggiosa promossa dallo stesso ordinamento giuridico, in una situazione assai più *chiusa* del soggetto che lo abbia coinvolto (anche del soggetto con responsabilità penali di gran lunga superiori, il quale, fra l'altro, dispone sovente proprio per questo di più ampie informazioni sull'organizzazione criminale). Alcuni interventi mitigatori della Corte costituzionale hanno peraltro riguardato, finora, il solo settore (cfr. nota 58) concernente la collaborazione utilizzata come *condicio sine qua non* dell'accesso a benefici nella fase *esecutiva*. Si noti, inoltre, come il caso in esame si caratterizzi non tanto per il fatto che alla base dell'atteggiamento incentivato possa agire un mero calcolo utilitaristico (ciò, in effetti, non lo differenzia da altri meccanismi premiali), bensì per il fatto che quel calcolo implichi conseguenze immediate a carico di altri soggetti.

<sup>60</sup> Insieme ai vantaggi che si attendono dalla incertezza indotta circa la tenuta del *pactum sceleris* nelle organizzazioni criminose, entrano per esempio in gioco, come ben si sa, i rischi riferibili alla attendibilità delle deposizioni, che oltre certi livelli potrebbero incrinare la stessa credibilità dell'azione giudiziaria, e i rischi riferibili all'incremento del livello di crudeltà nella protezione criminale, anche attraverso vendette c.d. trasversali, dei vincoli di appartenenza alle medesime organizzazioni (vincoli, fra l'altro, presumibilmente stretti *ab initio* in maniera *più ferrea*).

all'ammissione di responsabilità *proprie*<sup>61</sup>, stante la curiosa circostanza per cui oggi chi voglia ricostituire un patto con l'ordinamento riconoscendo taluni errori ha di fronte a sé, salva l'operatività di qualche attenuante, la prospettiva di una condanna rapida e sicura, che tale non sarebbe ove nulla egli riconoscesse<sup>62</sup>.

Andrebbe certamente prestata grande attenzione alla necessità di evitare compromissioni dirette o indirette del diritto alla difesa: ma non si vede come tale necessità possa impedire addirittura di riflettere su una strada che, per sé, avrebbe meno inconvenienti di quella intesa a incentivare soltanto deposizioni riguardanti condotte altrui e che, inoltre, darebbe effettivamente spazio a un fattore assai importante dal punto di vista della mediazione<sup>63</sup>.

Nel suo complesso, quindi, l'ambito della premialità oggi prevista in materia penale non si orienta a logiche di mediazione, le quali, nondimeno, potrebbero senza dubbio utilizzare meccanismi premiali; anzi, il quesito che a questo proposito rimane aperto concerne i limiti in cui incentivi premiali risultino *necessari* per l'operatività di strategie penalistiche effettivamente finalizzate alla *composizione del conflitto*.

## 7. ... e l'orientamento costituzionale alla risocializzazione

Se un indirizzo politico criminale che sia attento ad aspetti di mediazione non si pone in contrasto con le esigenze realmente percorribili di ordine generalpreventivo, esso è del pari in grado di recuperare il significato critico-propulsivo dell'idea rieducativa, che va oltre la tradizionale utilizzazione di tale idea a fini giustificativi delle pene esistenti.

D'altra parte, prima ancora di esigere una certa caratterizzazione contenutistica delle sanzioni, l'indirizzo rieducativo sancito dalla Costituzione sembra indicare una scelta precisa fra le possibili strategie politico criminali: una scelta fondata sulla consapevolezza del fatto che la forza dei precetti penali dipende soprattutto dal livello più o meno elevato della loro capacità di imporsi al consenso dei cittadini – perfino al consenso di chi li abbia trasgrediti – per ragioni che vadano *al di là* di quelle legate alla mera dimensione coercitiva<sup>64</sup>.

In questo senso, appare fondato ritenere che l'intervento penale realizzi al meglio le sue complessive finalità di prevenzione – consolidando l'autorevolezza dei precetti normativi e contribuendo alla chiusura dei posti di lavoro criminale – allorché ottenga anche dall'agente di reato una autonoma e fattiva adesione al rispetto delle regole precedentemente violate.

Quest'ultimo risultato è certamente una *possibilità*, che evidenzia l'inevitabile elemento di incertezza caratterizzante qualsiasi processo il quale dia rilievo alla prospettiva del recupero di un dialogo, piuttosto che esaurirsi nella presa d'atto di una lacerazione.

Ne è consapevole la stessa Costituzione, come emerge dal verbo *tendere* di cui all'art. 27<sup>3</sup>, che non indica la facoltatività dell'orientamento (definito come) rieducativo, quanto la non automaticità

---

<sup>61</sup> La quale, ovviamente, richiederebbe distinzioni, ad esempio in rapporto al fatto che l'agente sappia o meno di rivelare condotte già note all'autorità giudiziaria.

<sup>62</sup> Fra l'altro non è da escludersi che una significativa adesione a incentivi premiali del tipo da ultimo segnalato possa assumere un importante effetto di delegittimazione, altrimenti non conseguibile, relativo alle stesse organizzazioni criminali, com'è avvenuto, seppur in un contesto particolare, attraverso la dissociazione dal terrorismo, e in particolare attraverso il manifestarsi delle c.d. aree omogenee.

<sup>63</sup> Si consideri che attribuisce rilievo all'ammissione (da parte del *già* imputato) di responsabilità proprie, e in particolare all'ammissione del fatto oggetto della contestazione quale nuovo presupposto di possibile ricorso al giudizio abbreviato, l'art. 3 del disegno di legge sulla giustizia approvato dal Consiglio dei Ministri il 10 gennaio 1997 (reperibile per esempio in *Guida al diritto*, 1997, fasc. 3). Con ciò, si noti, un'innovazione che potrebbe assumere notevole importanza sotto il profilo sostanziale, con specifico riguardo alle strategie preventive e alle politiche sanzionatorie (implicando l'automatica riduzione di un terzo della pena), resta per così dire celata nell'ambito di un'iniziativa la quale riveste, almeno nella forma, natura processuale e si colloca nel contesto di provvedimenti finalizzati a obiettivi di deflazione dei carichi giudiziari.

<sup>64</sup> Si veda sul punto, in *questo Volume*, lo scritto *Può nascere dalla crisi della pena una politica criminale?*, p. .

del successo.

Tutto ciò, peraltro, non toglie nulla alla razionalità della strategia delineata, in quanto sarebbe ben strano immaginare che effetti preventivi concernenti l'agire *volontario* dell'uomo (del colpevole e di tutti i cittadini) siano conseguibili in modo meccanico, cioè al di fuori di quelle dinamiche interattive complesse che fungono da sfondo delle decisioni individuali.

E, comunque, dovrebbe tenersi conto della circostanza che le modalità punitive *classiche* (ci si riferisce, ancora, ai tipi di pena, piuttosto che alla qualifica di illiceità penale) non hanno saputo comprovare la loro efficacia generalpreventiva e si sono per ampia parte dimostrate addirittura *criminogene* dal punto di vista della prevenzione speciale.

Il fatto che per certa misura rimanga aperta nei risultati *anche* una politica criminale orientata a privilegiare obiettivi di risocializzazione e di composizione del conflitto<sup>65</sup> lascia emergere, semmai, l'ambito di rilevanza che assumono, *post delictum*, talune esigenze di prevenzione speciale negativa (di *difesa sociale*)<sup>66</sup>, le quali possono esigere forme calibrate di controllo o di limitazione nell'esercizio dei diritti da parte dell'agente di reato e costituiscono, probabilmente, l'unica giustificazione sostenibile per la *privazione* in termini di *extrema ratio* della libertà personale, allorché, in concreto, permanga un pericolo elevato altrimenti non evitabile della reiterazione di illeciti gravi<sup>67</sup>.

Resta infine da sottolineare come l'idea rieducativa costituisca l'unico riferimento il quale dia sicuro rilievo nella riflessione sulla pena al destino dell'uomo che delinque, imponendo che questi continui a essere considerato, non solo formalmente, membro della società; e come, in questo senso, essa soltanto tragga conseguenze tangibili dalle riflessioni sulla corresponsabilità sociale nella genesi dei comportamenti criminali<sup>68</sup>.

Si tratta di punti di vista fondamentali dell'ottica rieducativa che, in effetti, sono rimasti ampiamente frustrati nell'ambito del sistema punitivo fondato sulla centralità del carcere e che potrebbero trovare ben altro compimento nell'apertura alla logica della mediazione.

Riflettere sulla possibilità di una simile apertura – che dunque non riguarda solo l'introduzione o il potenziamento di specifici istituti, più o meno di frontiera<sup>69</sup>, bensì investe potenzialmente l'intera articolazione del sistema sanzionatorio – torna a mettere in moto la speranza, lasciata da tempo cadere, di costruire *qualcosa di meglio* del diritto penale tradizionale<sup>70</sup>.

Qualcosa che non identifichi il perseguimento di esigenze preventive con l'inflizione *del male* e che liberi lo stesso cittadino il quale intenda agire, nel contesto in cui vive, *contro* la criminalità

---

<sup>65</sup> Potrebbe anche dirsi di *integrazione*, una volta precisato che il termine non viene inteso secondo l'utilizzazione (neo)retribuzionista: si veda in proposito *supra*, nota 19.

<sup>66</sup> Si noti che l'applicazione attuale della pena detentiva in ampia autonomia da esigenze di difesa sociale è attestata, significativamente, dalle condanne eseguite dopo *molto tempo* dalla commissione del reato, senza che nella fase processuale sia risultato necessario il ricorso alla custodia cautelare per ragioni connesse (*ex art. 273, 2° comma, lett. c, c.p.p.*) al pericolo della reiterazione di *gravi delitti*.

<sup>67</sup> Il che non depone, tuttavia, per la teorizzazione di un *nocciolo duro* del diritto penale inevitabilmente costruito secondo logiche retributive: nei limiti in cui si ricorra alla privazione della libertà personale (e ciò dovrebbe avvenire in termini di *extrema ratio*), restano dunque del tutto giustificate le strategie elaborate dal diritto penitenziario per avviare il detenuto al reinserimento sociale, con particolare riguardo alle misure – aventi fondamento costituzionale – che consentono nel corso dell'esecuzione la rimodulazione quantitativa e qualitativa della pena inflitta.

<sup>68</sup> Si consenta ancora, in proposito, il rinvio allo scritto *Può nascere dalla crisi della pena una politica criminale?*, in *questo volume*, p. .

<sup>69</sup> Per quanto concerne il sistema penale italiano ci si riferisce soprattutto agli artt. 9, 2° comma, e 28 d.p.r. n. 448/1988 (processo penale a carico di minorenni); cfr. altresì, peraltro, gli artt. 27, 2° comma, d.p.r. n. 448/1988, 47, 7° comma, ord. pen., 564 c.p.p.; risultano inoltre significativi, seppur riferiti alla composizione di dissidi privati, gli artt. 1, 2° comma, t.u. pubblica sicurezza e 5-6 del relativo regolamento di attuazione.

<sup>70</sup> Analogamente, seppur alla luce di una diversa impostazione, M. Pavarini, *op. cit.*, pp. 311 s.: «che si debba cercare qualche cosa di meglio delle pene legali, piuttosto che renderle migliori è una buona raccomandazione da tempo espressa, quanto inascoltata».

dall'alternativa in qualche caso paralizzante fra il perseguimento di un bene (vero o supposto) per la società e la esposizione a conseguenze esistenziali drammatiche di un suo simile.