

QUESITI

GAETANO STEA

Contributo alla descrizione del significato intrinseco della pena tra solidarietà comunitaria e dignità individuale

L'intimidazione come vetero-finalità della pena ha abdicato in favore di una più efficace forma di controllo in una società democratica, rappresentata dalla «rieducazione» come effetto essenziale del dialogo sociale con il reo. La necessità di regole risocializzanti non può che avere un significato di pacificazione in una società democratica, con la necessaria conseguenza che la frattura sociale rappresentata dal reato vada ricomposta con la proposta di un percorso espiativo e riconciliativo. Un vero e proprio progetto di risocializzazione, secondo un catalogo di pene (*rectius*, prescrizioni), che stabiliscano «le tappe del cammino di espiazione», favorendo il momento comunicativo con recupero del ruolo della vittima e l'utilizzo di strumenti della giustizia riparativa. È opportuna la rivalutazione delle indagini sulla personalità del reo in chiave di selezione del percorso di risocializzazione. Il superamento degli ostacoli reciproci (psicologici, morali, etc.) è un *officium iuris* finalizzato a far maturare, negli attori del conflitto, le utili basi umane della riconciliazione interpersonale, ma anche normativa, in favore della sicurezza della collettività.

Contribution about the inner meaning of penalty between social solidarity and individual dignity

Intimidation as the old finality of punishment has abdicated in favour of a more effective form of control in a democratic society: «re-education» as an essential effect of social dialogue with the offender. The need for social reintegration rules can only have a meaning of peace in a democratic society, with the necessary consequence that the social fracture represented by the crime must be recomposed with the proposal of an atonement and reconciliation process. A real project of re-socialization, according to a catalogue of penalties (rectius, requirements), that establish «the steps of the walk of atonement», favoring the communicative moment with recovery of the role of the victim and the use of reparative justice services. It is appropriate to new consideration the investigations on the personality of the offender in order to select the path of social reintegration. Overcoming mutual obstacles (psychologists, morals, etc.) is an officium iuris aimed at developing, in the actors of the conflict, the useful human bases of interpersonal reconciliation, but also to regulatory, in order to ensure the safety of the community.

SOMMARIO: 1. Prologo. - 2. *Malum pro malo* nell'etimologia antica della punizione e l'influenza sulla giustizia pubblica anche contemporanea. - 3. Breve storia dell'intimidazione punitiva. La rieducazione è «fine scriminante» della perdurante afflittività della pena e del processo - 4. Ricostruzione del finalismo punitivo. La retribuzione etica kantiana e quella giuridica hegeliana. - 5. Il nesso tra finalismo punitivo ed evoluzione sociale. Laicizzazione dell'etica e storicizzazione della punizione. - 6. Il significato prospettico della pena. - 7. La prevenzione generale positiva o integratrice in cui si annidano le concezioni neoretribuzioniste. - 8. Esperimento fallito e nuova ipotesi di risposta al crimine. Prime considerazioni. - 9. Rifondazione del rapporto tra punizione e giustizia divina. Brevi cenni. - 10. Il volto della pena europea. - 11. La 'traslitterazione' dell'afflittività da *πόνος* a *officium iuris*. - 12. La descrizione del percorso di recupero della comunicazione sociale. - 12.1 La necessità di un nuovo catalogo di pene riconciliative (o rieducative): le misure «temporale» e «di genere» ed i «criteri di selezione» in un ap-

proccio neopositivista. - 12.2 Le fasi della risocializzazione. Proposta di una soluzione giurisdizionale. - 12.3 Gli strumenti riparativi. - 12.4 Il risarcimento del danno come servizio riparativo pubblico - 13. Epilogo. Il fine pubblico nel *Befriedungseffekt* della pena rieducativa come *social reintegration*.

1. *Prologo*. Il dibattito sul significato della pena affonda le sue radici nella storia dell'umanità, delineando immutate contrapposizioni tra retribuzione e prevenzione, tra teorie assolute e quelle relative, tra adeguata risposta al male perpetrato dal reo e necessaria proposta di miglioramento come effetto positivo della punizione. L'intimidazione come vetero-finalità della pena ha abdicato in favore di una più efficace forma di controllo in una società democratica, rappresentata dalla rieducazione come effetto essenziale del dialogo sociale con il reo. Tuttavia, se il finalismo rieducativo costituisce ormai un principio assolutamente incontestabile, appare evidente che difettino regole di sua effettiva implementazione nel tessuto sociale empirico, così acuendosi lo iato tra astratto finalismo e realtà quotidiana, in cui si assiste a violente istanze di giustizia proporzionate solo alla mera lesione del bene offeso e non all'effettiva 'colpevolezza' del reo. Insomma, la logica retributiva si annida anche nel finalismo preventivo, come in quello rieducativo, poiché ancora sottesa al meccanismo punitivo contemporaneo con funzione vicariale della vendetta privata¹.

Si intende qui tracciare il percorso di una discussione che è iniziata molto tempo fa, come detto, che oggi si prepara ad avviare un nuovo modo di intendere il funzionamento della società democratica attraverso lo strumento della pena che, da tempo delinea l'etica pubblica, descrivendo il perimetro del lecito nell'ambito di quanto è giuridicamente consentito e, dunque, avvertito come doveroso moralmente².

2. *Malum pro malo nell'etimologia antica della punizione e l'influenza sulla giustizia pubblica anche contemporanea*. Nella più antica tradizione culturale

¹ FONTANA, *Morte di un uomo felice*, Palermo, 2014, 17, al protagonista del romanzo, dott. Giacomo Colnaghi, giudice istruttore di Milano, ai parenti della vittima delle Brigate Rosse, fa dire: «Mi rendo conto che nei vostri panni forse non vorrei nemmeno sentirmi dire tutto ciò, ma la vendetta è uno strumento inutile; in primo luogo per voi stessi. E sì, certo, so che una parte di voi non vuole affatto essere migliore, ma solo prendere l'uomo che vi ha fatto così male e distruggerlo, fargli comprendere quanto dolore avete dovuto subire, ma un complice di quell'uomo vorrà a sua volta vendetta, e colpirà un altro uomo innocente, e a tutto questo non c'è termine: alla fine di tutto resta solo la morte. Non c'è più spazio per la coscienza, per l'amore, per una pizza, per una passeggiata: il mondo svanisce completamente, il mondo che volevi salvare. Restano solo il gelo e la vendetta».

² DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico come "tipo d'autore"*, Modena, 2014, (nella presentazione del volume da parte dell'autore, in www.penalecontemporaneo.it).

occidentale, il termine *poimè* (in greco antico *ποίη*) è utilizzato nel senso di «riparare» o «compensare» qualcosa che si è ricevuto (nel bene o nel male), assumendo la duplice accezione di ricompensa e punizione. Più tardi, il termine *ποίη* si avvia intorno al solo significato di «dolore» (con il termine assonante di *pòinos* - in greco antico *πόνος*) per cui la ricompensa (*ποίη*) diviene dolore, sofferenza (*πόνος*). Essendo necessario un nesso di reciprocità nella compensazione/riparazione, la *ποίη* riscatta la sofferenza che è stata inflitta. Non avrebbe altro fine, dunque, che la riparazione del torto subito. Tuttavia, l'evoluzione linguistica cela nel significato della parola anche un aspetto teleologico. Il termine latino *punire*, che condivide la medesima radice con il termine greco *ποίη*, significa «rendere puro», «purificare», per cui la punizione, che è sofferenza, purifica la società dal male perpetrato dal reo. Anche il termine equivalente «castigo», che deriva dal latino *castus*, segnala con evidenza che la sua finalità è quella di ripristinare la purezza originaria, consentendo di restituire una perfezione che è stata violata. Infine, il termine «supplizio» deriva da *sub-pleo* che significa «riempire nuovamente» colmando così il vuoto causato dal comportamento criminale.

Da ciò, pena, castigo e supplizio sono espressioni equivalenti nell'uso criminologico che, di certo, conseguono alla frattura del *kòsmos* (κόσμος - inteso come ordine perfetto), ma, in particolare, richiamano una necessaria relazione tra il fatto commesso dal reo, che ha determinato sofferenza nella vittima (anche diffusa o indeterminata), e la punizione successiva che affligge il colpevole con una sofferenza teleologicamente orientata alla redenzione, alla purificazione ed al ripristino dell'equilibrio cosmico (armonico) alterato dall'azione criminale, in termini soprattutto di pacificazione sociale. L'influenza cristiana, con il messaggio salvifico evangelico, accentua la finalità ecumenica della pena inflitta al reo certamente per la sua redenzione, ma sempre proiettata verso la comunità tutta, ripristinandone l'ordine, così estirpando l'antica *faida* per la riconciliazione sociale.

Il diritto penale diviene così metodo di controllo sociale per il tramite della pena medicinale che sottoponeva a «materiali patimenti o privazioni il corpo del reo», oltre «a mortificarne l'animo, affine di soddisfare la divina giustizia ed evitare gli eterni castighi»³. Insomma, la severità della pena perseguiva uno scopo⁴, non accontentandosi «della soddisfazione degli offesi e d'una esteriore

³ PERTILE, *Storia del diritto italiano. Dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*, vol. V, *Storia del diritto penale*, II ed., Torino, 1892, 33

⁴ Le dottrine cristiane influenzano lo scopo secolare della pena, passando da quello meramente preventivo e ripristinatorio di origine romana, accolto dai Merovingi e, successivamente, da Alarico re degli

espiazione della colpa, ma si adoperava precipuamente ad ottenere il pentimento e quindi il miglioramento del reo»⁵, oltre alla pacificazione sociale e, dunque, il controllo della comunità. *Malum pro malo*, sofferenza per sofferenza: l'alterazione dell'ordine cosmico, identificato con quello morale, prima, e politico, dopo, va ripristinato con un *malum* uguale al *malum* causato dal reo per ristabilire l'equilibrio di forze nel *κόσμος*.

Questa secolarizzazione dello scopo insito nell'etimologia (qui tracciata) della pena è probabilmente l'inesco dell'avvitamento teleologico della punizione sulla stretta correlazione retributiva dell'eterno rapporto con la giustizia divina che commisura il *malum* con la *culpa*, a partire da una radicale interpretazione del passo biblico del *peccato originale* e della *lex talionis*⁶.

Tale tipo di rapporto tra colpa (in senso lato) e pena ha influenzato (e continua ad influenzare) il modo di funzionamento della giustizia penale, perché l'afflittività come caratteristica fondamentale della pena retributiva, permane ancora oggi come aspetto peculiare della punizione penale. Di certo, l'afflittività non è più «material[e] patiment[o] o privazion[e] [del] corpo del reo», nonché mortificazione dell'animo, ma chiaramente, in un sistema penale fondato sulla tutela dei diritti fondamentali, compressione di questi diritti e libertà, su cui si deve misurare la relativa proporzione. Questo è un altro aspetto della pena, ovvero la sua necessaria corrispondenza proporzionale alla gravità del reato, caratteristica propria (per alcuni) della giustizia divina del *ius talionis*. L'afflittività compensa il *malum* subito con la minaccia di un *malum* ulteriore patito dal reo, ma giustificato dall'aspetto, se si vuole, pro-

Ostrogoti e, poi, dai Carolingi, a quello che eleva la funzione della pena al piano nobile dell'emenda del reo, di cui vi sono tracce già nella legislazione longobarda, cfr. Edictus Rothari, Ratchis 10: “...*Et si talis homo fuerit, quod non habuerit unde componere, suscipiat disciplina, ut ipse emendatus fiat et alii hoc facere non presumant*”.

⁵ PERTILE, *Storia del diritto italiano. Dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*, cit., 37. A tal proposito, va fatto cenno al Decretum Gratiani (1140) e, in particolare, alla *quæstio* 3 della Causa 33 della seconda parte, a cui è stato attribuito il titolo *Tractatus de poenitentia*, che si apre con quello che appare essere il fulcro intorno al quale ruota il significato medicinale della penitenza/*poena*. Nella Pars I si legge: «Utrum sola cordis contritio, et secreta satisfactio, absque oris confessione quisque possit Deo satisfacere, redeamus», così come indicato da diverse fonti richiamate a supporto della prima affermazione da Gratiano: «[[C. I]. “*Petrus doluit et fleuit, quia errauit, ut homo. Non inuenio quid dixerit; scio, quod fleuerit. Lacrimas eius lego, satisfactionem non lego*”. [[C. II]. Item Iohannes Chrysostomus. “*Lacrimæ lauant delictum, quod uoce pudor est confiteri*”. [[C. III]. Item Propheta. “*Sacrificium Deo spiritus contribulatus; cor contritum et humiliatum, Deus, non despicias*”. [[C. IV]. Item. “*Dixi, confitebor aduersum me iniusticiam meam Domino, et tu remisisti impietatem peccati mei*”. Quod Augustinus exponens, ait: [[C. V]. “*Magna pietas Dei, ut ad solam promissionem peccata dimiserit*”. §. 1. Nondum pronunciat ore, et tamen Deus iam audit in corde, quia ipsum dicere quasi quoddam pronunciare est. Votum enim pro opere reputatur”.

⁶ Per i riferimenti biblici al *ius talionis*, Esodo, 21,23-25; Levitico, 24,19-21; Deuteronomio, 19, 21.

spettico della pena: la dissuasività nei confronti della collettività come metodo di controllo e prevenzione del crimine. Qui, si badi, non si tratta di una differente finalità della pena, rispetto a quella prettamente retributiva, ma solo della sua conseguenza scriminante la violenta severità.

3. *Breve storia dell'intimidazione punitiva. La rieducazione è «fine scriminante» della perdurante afflittività della pena e del processo.* L'intimidazione e l'esemplarità caratterizzano la pena sin dai tempi più antichi, trasfusi negli ordinamenti moderni a partire dall'ampio lavoro di diffusione svolto dai glossatori che pongono proprio l'esemplare intimidazione al centro delle loro costruzioni teoriche sottolineando la necessità della pubblicità ed atrocità della pena da infliggere al reo. Il tentativo di superamento del carattere strettamente retributivo della pena, a cui corrisponde, dal punto di vista politico, la concentrazione del potere nelle mani del sovrano, è operato dai teorici del giustnaturalismo che offrono nuovi contenuti ideologici onde assegnare alla punizione penale ulteriori finalità più rispondenti ad un criterio di giustizia. Tuttavia, solo nell'epoca dell'Illuminismo⁷, l'analisi del diritto di punire riprende certamente concezioni già espresse dai giuristi del passato, ma le rielabora in modo tale da darne una forma sistematica, avviando la discussione sull'utilitarismo della pena, proporzionale e umanitaria, così contrastando, sotto il profilo politico, la struttura assolutistica del potere. Maturando i tempi si giunge alla piena affermazione della libertà ed al riconoscimento dei diritti fondamentali *erga omnes*, rimuovendo le cause di diseguaglianza sociale e politica. Non solo, dunque, la questione del diritto di punire e, dunque, della finalità della pena, ma anche il problema del reo. Alla fine dell'800, l'approccio al problema penale è interdisciplinare, affiancandosi alla scienza giuridica sia l'antropologia, sia la sociologia criminali, che aprono nuovi spazi di ricerca, affrancando il diritto dalle istanze moralistiche, che «erano sottese a qualsiasi modello di legislazione penale e a qualsiasi normativa penale»⁸. Nasce così la contrapposizione tra la Scuola Classica e la Scuola Positiva, che, nell'acceso dibattito, porterà all'affermazione di un principio cardinale del

⁷ Sull'Illuminismo giuridico, nella numerosissima letteratura, cfr. D'AMELIO, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Milano 1965; CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966; TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976; COMANDUCI, *L'Illuminismo giuridico. Antologia di scritti giuridici*, Bologna, 1978; DI SIMONE, *Diritto*, in Ferrotte, Roche (a cura di), *L'Illuminismo. Dizionario storico*, Roma-Bari, 1997, 137-146; BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, 2002, 393 ss.

⁸ DIURNI, *Il Medioevo*, in Di Simone, *Profili di storia del diritto penale. Dal Medioevo alla Restaurazione*, Torino, 2012, 27.

sistema penale, quello per cui la pena è tutela giuridica, per l'una (Scuola Classica), in senso astratto, per l'altra (Scuola Positiva), sotto un profilo di attualità concreta con particolare attenzione al reo. L'elaborazione successiva porta la pena ad essere la più corretta reazione alla violazione della legge penale, la cui natura e misura sono stimate dall'organo parlamentare, secondo una graduazione proporzionata al valore del bene offeso assegnato dalla società.

È la medesima traccia che porta alla giustificazione della segregazione costrittiva, che connota la pena contemporanea, nella rieducazione del condannato, come precipuo compito dello Stato. In mancanza di strumenti adeguati, per carenza di fondi, per la farraginosità del sistema carcerario e delle pene alternative, la rieducazione è ancora un «fine scriminante» della perdurante afflittività della pena e del sistema di accertamento del reato, al pari delle pene infamanti medioevali. Si è detto che, «nel sistema penale non vi è alcun principio di giustizia che differisca realmente dal principio della vendetta. È il medesimo principio ad agire nei due casi, quello della reciprocità violenta, della retribuzione»⁹. L'estirpazione della vendetta privata in favore della mano pubblica «anziché sforzarsi di impedire la vendetta, di moderarla, di eluderla, o di deviarla su di uno scopo secondario (...) il sistema giudiziario razionalizza la vendetta [sociale] la manipola senza pericolo; ne fa una tecnica estremamente efficace di guarigione e, secondariamente, di prevenzione della violenza»¹⁰. A differenza dell'antica *faida*, la punizione sociale, associata ad un potere politico, si distingue «per il fatto che non avrà più un seguito, che non sarà vendicata anch'essa»¹¹.

Una visione diversa della società non è mai radicale. I mutamenti non sono repentini, ma gradualmente¹² e così il passaggio dalle concezioni retributive a quelle preventive della punizione penale trova origine proprio nelle prime, almeno secondo un diverso modo di interpretarle in conformità ad una distinta lettura del contesto sociale influenzata da ragioni, non di rado, colte in vecchie argomentazioni semmai rielaborate, laicizzate ed epurate da ogni connessione vetero-religiosa.

È opportuno tracciare i contorni del finalismo punitivo, prima di verificare un

⁹ GIRARD, *La violenza e il sacro*, Milano, 1972, 32.

¹⁰ GIRARD, *La violenza e il sacro*, cit., 41.

¹¹ CURI U., *Il colore dell'inferno. La pena tra giustizia e vendetta*, Torino, 2019, 192.

¹² SCIASCIA, *Il secolo educatore*, in Ambroise (a cura di), *Opere. 1971-1983*, Milano, 1989, 1006, efficacemente sostiene un secolo «non comincia quando comincia e non finisce quando finisce, poiché è sempre temporalmente in eccesso o in difetto rispetto ai propri caratteri, ai propri segni, alle proprie peculiarità, cioè a quello che di volta in volta, mirabilmente, le generazioni che si susseguono stabiliscono siano i caratteri, i segni, le peculiarità che lo identificano».

diverso approccio al problema della punizione penale.

4. *Ricostruzione del finalismo punitivo. La retribuzione etica kantiana e quella giuridica hegeliana.* La *summa divisio* delle teorie sulla finalità della pena è storicamente radicata in un noto passo del *De Ira* di Seneca, secondo cui «*non præterita, sed futura intuebitur (nam, ut Plato ait: nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur - revocari enim præterita non possunt, futura prohibentur)*»¹³, così indicando le due ragioni dell'infrazione di una punizione che, poi, la dottrina moderna ha distinto in teorie assolute (*quia peccatum est*) e relative (*ne peccetur*), ovvero, secondo la classificazione di origine anglosassone, teorie retributive e teorie utilitaristiche¹⁴.

Tradizionalmente, è affermato che la pena retributiva è orientata al passato¹⁵ e deve punire *quia peccatum est*, come risposta categorica, secondo la logica kantiana, alla colpevolezza per il fatto, non essendo ammessa alcuna finalità ulteriore, personale o sociale, della sanzione, se non quella di essere inflitta al reo perché ha delinquito¹⁶. Si distingue tra una concezione morale (propriamente kantiana) ed una giuridica (più hegeliana) della retribuzione. «I seguaci della retribuzione morale sostengono che è un'esigenza profonda e incoercibile della natura umana che il male sia retribuito col male, come il bene merita un premio. Poiché il delitto costituisce una violazione dell'ordine etico, la coscienza morale ne esige la punizione [...]. La teoria della retribuzione giuridica, d'altra parte, afferma che il delitto è ribellione del singolo alla volontà della legge e, come tale, esige una riparazione che valga a riaffermare l'autorità dello Stato»¹⁷. In entrambe le concezioni, la pena è fine a sé stessa (*Selbstzweck*), non è un mezzo per il raggiungimento di ulteriori scopi. Ad ogni modo, la concezione kantiana è stata oggetto di analisi critica

¹³ SENECA, *De Ira*, I, 19.

¹⁴ La letteratura in materia è sterminata. In generale sul tema cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, 239 ss.; CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana*, Torino, 1990; EUSEBI, *La funzione della pena. Il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989; ID., *La pena in crisi. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990; RONCO M., *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996.

¹⁵ Sull'orientazione al passato della pena retributiva, cfr. BETTIOL, PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, 794.

¹⁶ KANT, *La metafisica dei costumi*, VIII ed., Roma-Bari, 2004, § 49 E I, 164. Su tale interpretazione, SALOMON, *Kants Strafrecht in Beziehung zu seinem Staatsrecht*, in *Zeitschrift Staatsw.*, 33, 1912, 1-34; KLUG, *Abschied von Kant und Hegel*, in *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, Frankfurt am Main, 1968, 36-41, trad. it. di Bazzoni, in Eusebi (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989, 3-9; CATTANEO, *Illuminismo e legislazione penale*, Milano, 1993, 58.

¹⁷ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1955, 484.

sin dall'epoca illuministica¹⁸, propugnante una visione laica della società, tale da non poter tollerare l'idea che fosse moralmente giusto restituire il male (del reato) con il male (della pena), poiché equivarrebbe ad una rifondazione biblica della punizione vendicativa¹⁹. Forse tale severa critica della retribuzione etica di Kant muove da un equivoco interpretativo, come acutamente osservato: «la tesi che la ragion pratica esiga un nesso causale tra colpa morale e sofferenza non implica tuttavia una fondazione analogamente retributivistica della pena giuridica. Lo stesso Kant, al contrario, chiariva, in una lettera a J.B. Erhard del 21 dicembre 1792, come la pena *quia peccatum* fosse riservata a Dio, precisando, quanto all'ambito giuridico, che “la connessione immediata fra i concetti di trasgressione e punibilità serve ai governanti da giustificazione, e non da precetto, nei loro provvedimenti”, ossia che l'avvenuta trasgressione è condizione della facoltà di punire, mentre la necessità delle pene giuridiche è in sé “solo ipotetica”, ossia condizionata dallo scopo di essere “*medicinalis* per il criminale” e “*exemplaris* per gli altri”, e di produrre dunque, (...), il movente giuridico»²⁰. Kant, dunque, distinguerebbe, secondo tale tesi, la pena retributiva, appartenente alla sfera divina, con un chiaro riferimento alla sua origine storica biblica²¹, da quella preventiva, che, a differenza, della prima, sarebbe appannaggio dei sistemi giuridici moderni. È un tema, poi, sviluppato, in maniera più nitida e coerente, da un punto di vista filosofico, dall'idealismo tedesco e, in particolare, dalla dialettica di Hans Hegel, traghettando il retribuzionismo puro nelle concezioni eclettiche o polifunzionali della pena²². Dal sistema hegeliano, successivamente, si è sviluppata l'idea del funzionalismo giuridico jakobsiano²³.

Ad ogni modo, l'idea retributiva può avere una valenza garantistica, poiché può tollerare solo una pena proporzionata alla gravità del fatto²⁴ ed

¹⁸ Già nel 1797, Fichte respingeva la dottrina penale kantiana, che avrebbe presentato la pena «non come un mezzo, ma essa stessa come un fine», fondandola “in un imperscrutabile imperativo categorico», cfr. FICHTE, *Fondamento del diritto naturale secondo i principi della dottrina della scienza*, Gesamtausgabe, 1962, 60, 76, trad. it. a cura di Fommesu, Bari, 1994, 229, 245 ss.

¹⁹ Per i riferimenti biblici al *ius talionis*, Esodo, 21,23-25; Levitico, 24,19-21; Deuteronomio, 19, 21.

²⁰ TAFANI, *Kant e il diritto di punire*, in *Quaderni fior.*, 29, 2000, 58, 59.

²¹ Per una rilettura del fondamento biblico, cfr. *infra* § 5.1.

²² Per tutti, MOCCIA, *Contributo ad uno studio sulla teoria penale di G.W.H. Hegel*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 131 ss.

²³ Cfr. *infra* § 7.

²⁴ L'introduzione della pena convenzionale ha posto il problema della proporzione tra questa ed il fatto di reato. Su tale rapporto tutti i maggiori studiosi, sin dal periodo illuminista, si sono interrogati e confrontati. E così, con la dovuta e necessaria sintesi, si deve ricordare MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), Libro VI, Cap. XVI, trad. italiana di Boffito Serra, Milano, 1989, 240, il quale dedicava un

all'intensità della colpevolezza e questo nesso impone l'applicazione della pena nell'ipotesi di fatto colpevole²⁵. Sotto tale profilo, dunque, la retribuzione assume un ruolo significativo nel momento dell'individuazione in concreto della pena da applicare, trovando la più ampia espressione «nel suo momento garantista-proporzionalistico in rapporto non solo alla determinazione della pena, ma al suo ruolo di limite insuperabile nella commisurazione della pena»²⁶. Da ciò, la proporzione, come la commisurazione, sono espressioni appartenenti al gergo 'retributivo'.

5. Il nesso tra finalismo punitivo ed evoluzione sociale. Laicizzazione dell'etica e storicizzazione della punizione. Il passaggio dalle teorie retributive a quelle utilitaristiche ha indubbiamente consentito di superare il nesso *teologico* tra punizione e fatto, nel senso di emancipare il diritto penale dalla

Capitolo alla *giusta proporzione tra le pene e il delitto*, affermando l'essenzialità dell'armonia tra le pene e la loro proporzione con la gravità del reato era garanzia di libertà. Anche BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), edizione a cura di Burgio, Milano, 1991, 44, il quale significativamente affermava, in chiave, se si vuole, utilitaristica, che *se la geometria fosse adattabile alle infinite ed oscure combinazioni delle azioni umane*, alla *scala dei disordini* sarebbe dovuta corrispondere una scala delle pene. Approfonditamente, ZANUSO, *I «fluidi» e «le bestie di servizio». Utilitarismo ed umanitarismo nella concezione penale di Cesare Beccaria*, in Zanuso, Fuselli (a cura di), *Ripensare la pena*, Padova, 2004, 111 ss. Poi, va ricordato FILANGIERI, *La scienza della legislazione* (1783), Parigi, 1853, ristampa anastatica, Napoli, 2003, Libro III, Parte II, Capo XXV, 189, n. 19: «Se ogni delitto deve avere la sua pena proporzionata all'influenza che ha sull'ordine sociale il patto, che si viola, ed al grado di malvagità che si mostra, nel violarlo; le leggi debbono dunque ben distinguere i delitti, per ben distinguere le pene». Va, infine, ricordato il pensiero di BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale* (1802), Bruxelles, 1840, Tomo I, Cap. II, 157, che, a differenza di MONTESQUIEU e BECCARIA, elaborò le regole principali del principio definite di *arithmétique morale*. Significativa è la IV Regola: "*Plus un délit est grand, plus on peut hasarder une peine sévère pour la chance de le prévenir. N'oublions pas qu'une peine infligée est une dépense certaine pour acheter un avantage incertain. Appliquer de grands supplices à de petits délits, c'est payer bien chèrement la chance de s'exempter d'un mal léger. La loi anglaise qui condamnait au supplice du feu les femmes qui avaient distribué de la fausse monnaie, renversait entièrement cette règle de proportion. La peine du feu, si on l'adopte, devrait au moins être réservée à des incendiaires homicides*". Nella letteratura più recente, a cui si rinvia, cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2004, 395 ss.; EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983; DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 228; per un quadro storico della dottrina penalistica fino al '900, cfr. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teoria e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla Repubblica*, in Schiavone (a cura di), Bari, 1990, 167 ss. Nella letteratura tedesca lo studio sulla proporzione nella cornice editale è approfondito, *ex multis*, più recenti, GÖTTING, *Gesetzliche Strafrahmen und Strafzumessungspraxis. Eine empirische Untersuchung anhand der Strafverfolgungsstatistik für die Jahre 1987 bis 1991*, Frankfurt am Main, 1997; SCHOTT, *Gesetzliche Strafrahmen und ihre tatrichterliche Handhabung*, Baden Baden, 2004.

²⁵ CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Bologna, 2017, 54.

²⁶ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, VIII ed., Padova, 2016, 744.

precomprensione religiosa o morale²⁷. Almeno apparentemente. Ed invero, l'utilitarismo della punizione, come accennato prima, non è una concezione maturatasi con il costituzionalismo, ma affonda le radici proprio nella teologia morale cristiana che, già dal V secolo, giustificava la severità della penitenza con lo scopo della stessa, di cui si conservano tracce anche nelle fonti longobarde²⁸. Da ciò, dunque, l'utilitarismo punitivo ha un'indubbia matrice teologica, ma, di certo, per secoli, ha alimentato una visione del diritto punitivo assoluta ed immutabile, vincolandola ad una concezione del funzionamento etico religioso della società. Solo il razionalismo illuministico, come detto, ha sciolto (definitivamente) l'antico legame tra pena pubblica e peccato-reato, avocando il diritto di determinare le *rationes* del punire ed i comportamenti da tenere per il condiviso funzionamento della società. Tale condivisione è la cifra, non solo, dell'immanente secolarizzazione della nuova etica pubblica, ma anche della relativa indiscutibile storicizzazione, così da giustificare lo stretto legame tra visione della società e sistema punitivo (per quel che qui interessa). A ben guardare, dunque, il passaggio dalle teorie retributive a quelle utilitaristiche, essendo legato al diverso modo di concepire il funzionamento della società, è, in astratto, reversibile, come, del resto, testimoniato dall'evoluzione storica, fino almeno alla positivizzazione di principi garantistici, successivamente al secondo dopoguerra, volti a fissare i limiti alle metamorfosi delle società contemporanee.

6. *Il significato prospettico della pena.* A differenza della retribuzione che volge lo sguardo al passato, la prevenzione è protesa verso il futuro, pur mantenendo la relazione con il passato, poiché non può prescindere dal verificarsi di un reato: la punizione del fatto criminoso (sguardo retributivo sul passato) tende ad impedire la reiterazione del medesimo comportamento (sguardo prospettico verso il futuro) in una società democratica²⁹. Secondo due prospettive diverse, l'una, collettiva, l'altra, individuale.

La prevenzione generale mira a distogliere la collettività dal commettere reati, così contenendo il rischio dell'aumento del fenomeno delinquenziale, non dovuto, pertanto, a tendenze patologiche individuali, ma potenzialmente insito, in differenti misure, nella generalità dei cittadini. Si distinguono due

²⁷ GIUNTA, MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzione della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Padova, 2007, 28.

²⁸ Sia consentito il rinvio a STEA, *L'ultima prescrizione. Storia, fondamento e disciplina della prescrizione del reato*, Padova, 2020, 25 ss.

²⁹ DONINI, *Teoria del reato*, Padova, 1996, 89.

modalità di produzione dell'auspicato effetto generale preventivo. Nella versione più tradizionale, la prevenzione generale è concepita come prevenzione (generale) negativa o deterrenza. Qui l'efficacia preventiva è traghettata da una comunicazione Stato-cittadino dal contenuto intimidatorio con scopo dissuasivo e con un effetto potenzialmente accrescitivo della pena minacciata che poi venga realmente inflitta e fatta scontare al reo. I rilievi critici a tale concezione teleologica della pena sono essenzialmente due: l'uno, la potenziale sproporzione della pena rispetto al fatto commesso, al fine di garantire l'effetto dissuasivo sull'intera collettività e, l'altro, la strumentalizzazione del reo, punito per fini generali. Due profili che entrano evidentemente in frizione con cardini garantistici di primario rango, quali, da un lato, il principio di proporzione tra pena e fatto e, dall'altro, quello di personalità della responsabilità penale, nella sua concezione minima di divieto di responsabilità per fatto altrui.

7. *La prevenzione generale positiva o integratrice e le concezioni neoretribuzioniste.* Da altro punto di vista, l'effetto preventivo sulla collettività ha un contenuto pedagogico (e, dunque, positivo), poiché la punizione contribuisce a formare la coscienza morale dei cittadini, da un lato, rafforzando nella collettività il senso di legalità e del rispetto dei valori socialmente dominanti e, dall'altro, saldando la coscienza collettiva scossa dall'oltraggio morale insito nella violazione delle leggi penali che, in un sistema laico, delineano l'etica pubblica³⁰.

Per dirla con Émile Durkheim³¹, la devianza criminale ha alcuni valori come

³⁰ DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico come «tipo d'autore»*, cit., secondo cui è il diritto penale che delinea l'etica pubblica, in quanto, «in un contesto di pluralismo dei valori [...], solo il diritto può adottare punti di vista rispettosi del pluralismo e non contrassegnati da una specifica identità ideologica che sarebbe ad esso vietata da principi superiori»; tuttavia, «poiché il diritto non obbliga in coscienza, e dunque formalmente non è un parametro di moralità, se un'etica pubblica va individuata, dovrà essere ritagliata dal perimetro di ciò che è giuridicamente consentito, ma possa venire avvertito anche come doveroso moralmente. L'etica pubblica è dunque ciò che, della forma-jus, ci obbliga in coscienza [...]. In una situazione di assenza di parametri pubblici di valutazione morale, per censurare una condotta la via più sicura è di qualificarla come reato, mancando altrimenti un sistema di valori davvero eloquente o condiviso: una censura in termini non penalistici o perfino non giuridici, ha un impatto assai modesto in un sistema privo di un codice di comportamento autonomo». Nella letteratura tedesca, fra i tanti, JAKOBS, *Gesellschaft-Norm-Person in einer Theorie funktionalen Strafrecht*, in *Zeitschrift Staatsw.*, 1995, 843 ss.; LÜNDERSSEN, *La funzione di prevenzione generale del sistema penale*, in Romano, Stella (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, 124 ss.; AMELUNG, *Rechtsguterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, VII ed., Berlin, 2004.

³¹ DURKHEIM, *La science positive de la morale en Allemagne*, 1887; ID., *De la division du travail social*,

la demarcazione del limite della normalità e della condotta retta, ovvero il consolidamento reattivo delle norme e dei sentimenti collettivi, o, ancora, la provocazione capace di incoraggiare l'innovazione. Tuttavia, la positività sociologica dei valori della devianza criminale è veicolata dalla risposta punitiva che è utile, da un lato, a canalizzare l'aggressività indotta nei cittadini dalla commissione dell'atto criminale (relazione vendicativa) e, dall'altro, a confermare la loro fedeltà all'ordinamento (relazione di fedeltà), con effetti di pacificazione sociale e di appagamento del bisogno di pena che sarebbe soddisfatto dal diritto penale³².

Nella tradizionale impostazione di Claus Roxin la prevenzione generale positiva include tre effetti diversi, tra loro particolarmente intrecciati:

- 1) *Lerneffekt* (apprendimento) motivato socialpedagogicamente, quale «esercizio di fedeltà al diritto» provocato nella popolazione dall'attività della giustizia penale;
- 2) *Vertrauenseffekt* (fiducia) che sorge quando il cittadino verifica che il diritto è applicato, si impone nella collettività;
- 3) *Befriedungseffekt* (pacificazione) che si produce quando la coscienza giuridica collettiva si tranquillizza per l'applicazione della sanzione alla violazione della legge e considera risolto il conflitto con l'autore del fatto di reato³³.

La prevenzione generale positiva della pena ha offerto asilo alle concezioni neoretribuzioniste, a partire da quelle psicoanalitiche. In estrema sintesi, queste poggiano su una visione socio-psicologica della punizione, descritta su dati non verificabili, ma basati sull'intuizione (com'è tipico della "psicologia del profondo"), per cui il bisogno di pena deriverebbe dall'esigenza comunitaria di castigo del reo, che, se soddisfatta, preserverebbe i meccanismi inibitori del cittadino, necessari all'affermarsi di comportamenti individuali conformi³⁴.

Un discorso a parte va fatto sul funzionalismo di Günter Jakobs. Nella traccia di ricerca nei limiti di questo contributo, va osservato, per quanto qui interes-

1893; ID., *Règles de la méthode sociologique*, 1895; ID., *Le Suicide, étude de sociologie*, 1897; ID., *Représentations individuelles et représentations collectives*, 1898; ID., *L'éducation morale*, 1903; ID., *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, 1912; ID., *Education et Sociologie*, 1922; ID., *Sociologie et Philosophie*, 1925; ID., *L'évolution pédagogique en France*, 1938.

³² HASSEMER, *Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht*, in Hassemer, Lüderssen, Naucke, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften*,², Heidelberg, 1983, 39 ss.; JAKOBS, *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976, 7 ss.

³³ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, IV ed., München, 2006, 81.

³⁴ In particolare, le posizioni di Haflke e Streng, circa le quali si rimanda a EUSEBI, *La pena «in crisi». Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990, 108.

sa, che i punti fondamentali intorno ai quali essa ruota, in parte, presi dalla teoria sociologica dei sistemi luhmanniana, in parte, richiamando le impostazioni hegeliane, partono dal primario ripudio di un diritto penale posto a tutela del bene giuridico, di volta in volta selezionato, ma a protezione di una norma, intesa non come la disposizione scritta rinvenibile nel codice penale o nelle leggi speciali, ma piuttosto come un'aspettativa: l'ordinamento si attende che i consociati, in una determinata situazione, si comportino in un certo modo; di riflesso, ogni consociato si può legittimamente attendere che gli altri si comporteranno in quel modo. In quest'ottica, la pena inflitta non ha altro che una funzione di stabilizzazione del sistema sociale, realizzata, da un lato, riaffermando la vigenza della norma infranta e, dall'altro, rafforzando o ripristinando nei consociati la fiducia nella norma violata ed esercitando i cittadini nella fedeltà al diritto. Per una parte della dottrina il funzionalismo jakobsiano è «affine alle classiche teorie 'assolute'», così prevalendo, ad un profilo psicosociale, la componente «retributivo-funzionale», corretta dalla possibilità di risocializzazione del reo, a determinate condizioni³⁵. Diversamente, si ritiene che il funzionalismo jakobsiano costituisca il punto di passaggio dalla visione retributiva, che, come visto, caratterizza anche le visioni prospettive preventive della pena, a quella rieducativa. In breve, il diritto penale del nemico (*Feindstrafrecht*) rappresenta la conseguenza di una precisa considerazione del ruolo che assume l'effettività nella validazione delle norme dell'ordinamento: una norma vigente, corretta dal punto di vista formale e materiale, che tuttavia non sia stabilizzata nella realtà sociale in modo tale da poter essere confermata controfattualmente in caso di sua violazione - attraverso la definizione del comportamento deviante del soggetto che viola la norma, e non l'aspettativa normativa, come motivo del conflitto - è diritto astratto, puro feticcio, fino a quando non vi sia un minimo di effettività³⁶. Mentre, dunque, per il diritto penale del nemico, la pena è pura privazione dello *ius civis*, dello *status* di cittadino, per il diritto penale del cittadino (*Bürgerstrafrecht*), di contro, la pena è sì afflizione, ma in funzione di garanzia della *vigenza della norma*³⁷. La pena, dunque, si colloca all'esito di un processo

³⁵ MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Critica del Diritto*, 1, 2, 3, 4, 2009, 184.

³⁶ CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 254.

³⁷ Per un chiaro affresco sul sistema jakobsiano, cfr. CORNACCHIA, *Il sistema dell'imputazione penale di lettura di Günther Jakobs: concetti essenziali*, in Jakobs, *Il sistema dell'imputazione penale*, trad. di Cornacchia, Napoli, 2017, IX ss. Nella bibliografia si segnala, naturalmente, JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in Jakobs, Cancio Melià (a cura di), *Derecho penal del enemigo*, Madrid 2003, 41 ss.; ID., *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht*, 2004, 88 ss.; ID., *Diritto penale del nemico*, in Donini, Papa (a cura di), *Diritto penale*

comunicativo, innescato dal reato, finalizzato a ristabilire sì l'unitarietà del sistema giuridico, ma instaurando un dialogo con il reo³⁸. Dialogo è scambio, interlocuzione e, dunque, la pena deve avere un contenuto comunicativo, altrimenti ricadendo nella logica retributiva.

8. *Esperimento fallito e nuova ipotesi di risposta al crimine. Prime considerazioni.* Il ripristino dell'equilibrio cosmico sottintende una costante contrapposizione di forze opposte, il cui prevalere dell'una rispetto all'altra determina un'alterazione che provoca pregiudizio all'umanità intera. Quindi, come visto, l'idea fallita è stata, da sempre, quella di colmare la frattura criminale, causata dal male e causativa di sofferenza, con altro male affliggendo con altra sofferenza il reo. Insomma, il male perpetrato genera male che seppur teleologicamente motivato, determina sofferenza. Tuttavia, ribaltando le categorie tradizionali, è possibile rinvenire proprio nell'equilibrata contrapposizione tra bene e male, l'indice di costante instabilità ordinamentale: il funambolo cammina sulla fune bilanciando il peso, da un lato e dall'altro, passeggiando su una corda oscillante. Così anche la società democratica che tenta di mantenere l'equilibrio tra queste contrapposte forze si pone in un sistema fortemente instabile, laddove proprio il bilanciamento tra bene e male continua a ripristinare l'instabilità insita nella contrapposizione. Il fine, dunque, non può essere l'equilibrio-instabile, ma raggiungere la stabilità rompendo la contrapposizione costante in favore del bene. La risposta punitiva al male, dunque, non è generare altro male ma offrire un percorso di bene.

del nemico. Un dibattito internazionale, Milano, 2007, 5; nella letteratura italiana, DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. Pen.*, 2006, 772; ID., *Diritto penale di lotta v. diritto penale del nemico*, in Gamberini, Orlandi (a cura di) *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, Bologna, 2007, 131; RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *Ind. Pen.*, 2006, 181 ss.; BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico*, jus in bello *del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, 10; PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in *Quot. Giur.*, 2006, 667 ss.; INSOLERA, *Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 895 ss.; KOSTORIS, *Processo penale, delitto politico e diritto penale del nemico*, in *Riv. dir. pen.*, 2007, 293; ZUMPANI, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2010, 10, 526 ss.

³⁸ Al di fuori del sistema comunicativo, e quindi del diritto penale del cittadino, invece emerge quel particolare tipo di diritto penale che rinuncia totalmente alla sua naturale dimensione dialogica, per orientarsi alla mera esclusione del reo: questi non viene più riconosciuto come soggetto della comunicazione, ma come una sorta di cancro da estirpare, come un male da sopprimere. Si tratta del c.d. diritto penale del nemico, nel quale il reo non è interlocutore di un dialogo tra lo Stato e il cittadino, ma un'entità pericolosa, una «cosa nociva», estranea alla comunicazione sociale, passibile soltanto di repressione.

In questa prospettiva, è assolutamente necessario riconsiderare il significato intrinseco della pena, dotando il sistema di un innovativo catalogo di sanzioni con una prospettiva di apertura al dialogo con il reo, non di chiusura, se è vero che la pena è la cerniera del rapporto comunicativo innescato dal fatto delittuoso.

9. *Rifondazione del rapporto tra punizione e giustizia divina. Brevi cenni.* È costante nell'approccio scientifico della ricerca socio-umanistica (e, quindi, anche giuridica), tracciare un nuovo percorso cercando di proseguire il cammino passato, rinvenendo cioè nelle fonti originarie le ragioni che inducono un mutamento di prospettiva, forse proprio perché le radici confortano la stabilità di un *iter* da intraprendere. Dunque, è necessario ripartire dall'inizio e dare una nuova lettura del fondamento biblico della giustizia penale, che, come visto, ha influenzato (e continua ad influenzare) la risposta punitiva dello Stato all'azione criminale. È stato così detto³⁹ che la giustizia biblica è una giustizia riparativa, in quanto la *lex talion* è un'interpretazione molto semplificata⁴⁰: «qui siamo di fronte ad un marchiano errore intenzionale nella traduzione dei testi biblici» perché, in quasi tutti i passaggi della Bibbia, quando troviamo la parola *retribuzione*, nel testo ebraico le radici e le lettere dei termini corrispondenti, sono *sh-l-m*, (meglio conosciute come *shalom*), che significa *pace*. Quindi quei termini non devono assolutamente intendersi come «retribuzione», specificamente proibita dalla Bibbia⁴¹. «Occhio per occhio», allora più che essere un richiamo alla retribuzione, deve essere inteso come il limite posto a non chiedere mai un valore più alto di ciò che è stato danneggiato. A supporto di questa spiegazione, si è affermato che «la *lex talion* era intesa come mezzo per portare la pace attraverso la compensazione, mirata al mantenimento dell'equilibrio tra i gruppi». Ed invero, «quando gli elementi costitutivi delle società erano le tribù o le famiglie, e questo è il caso riferibile al contesto del Vecchio Testamento, era possibile concepire la “ristorazione” dell'uguaglianza sociale tramite il sacrificio di un membro di una tribù come compensazione per la perdita di una vittima di un'altra tribù». Secondo Zehr, l'idea di *Shalom*, ristorazione, non retribuzione quindi, era centrale nel concetto di giustizia nel Vecchio Testamento, dove «la ristorazione e la restitui-

³⁹ Ampiamente, EUSEBI, *La Chiesa e il problema della pena. Sulla risposta al negativo come sfida giuridica e teologica*, Milano, 2014, *passim*.

⁴⁰ BRAITHWAITE, *Principles of Restorative Justice*, in v. Hirsch, (a cura di), *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigm?*, Oxford, 2003.

⁴¹ BIANCHI, *Justice as sanctuary: toward a new system of crime control*, Bloomington, 1994, 29.

zione andavano oltre la punizione, dato che il tema principale era il ritorno delle buone relazioni tra i gruppi»⁴².

10. *Il volto della pena europea.* Le linee di principio che definiscono il volto della pena europea si ricavano dagli artt. 2, co. 2, 4 e 49, co. 1 e 3, della Carta di Nizza (C.D.F.U.E.), nonché dagli artt. 3, 4, co. 2 e 3, lett. a), e 7, co. 1, C.E.D.U. e, dunque, oltre al principio di legalità, anche nella sua dimensione di divieto di retroattività in *malam partem*, vanno indicati i principi di umanità e proporzione, con il divieto della tortura, della pena di morte, del lavoro forzato e di ogni trattamento penitenziario «inumano e degradante», che, a ben guardare, costituisce il limite estremo della stessa proporzione tra pena e fatto di reato. Su tale limite va appuntata l'attenzione.

La lettura giurisprudenziale sovranazionale dell'art. 3 C.E.D.U. e, dunque, del divieto di pene inumane e degradanti va ricavata dall'ampia casistica delle decisioni della Corte di Strasburgo, potendo, dunque, derivare il relativo contrasto tanto dalle condizioni della detenzione, quanto dalla sottoposizione a particolari regimi carcerari o dalla durata della pena (come nel caso dell'ergastolo), il cui filo conduttore può essere indicato nel giusto bilanciamento tra esigenze di sicurezza sociale e dignità umana del detenuto, nel senso che l'afflizione connaturata alla pena non deve superare il limite dell'incidenza sui diritti fondamentali dell'uomo, che, da un lato, costituiscono il nocciolo essenziale dell'individuo e, dall'altro, sono, in un certo senso, indifferenti all'ordinamento penale che ha riguardo nei confronti dell'individuo come membro della comunità («cittadino»). In altri termini, la pena, con la sua finalizzazione rieducativa, può comprimere solo le libertà ed i diritti della sfera sociale dell'individuo, ovvero del suo *status* istituzionale di cittadino, poiché superare tale confine e, dunque, incidere sul nocciolo intimo delle libertà, non può avere alcun significato per il diritto penale contemporaneo.

Da tale considerazione, discendono almeno due riflessioni.

Dapprima, appare chiaro che il principio di proporzione indicato dall'art. 49, co. 3, C.D.F.U.E. si dispiega nell'ordinamento, rispetto alla pena, in diversi sotto-principi quali quello di umanità e quello di rieducazione, al primo, strettamente avvinto, con l'effetto che la punizione e, dunque, l'inflizione della pena al reo non è giustificata dal male o torto subito dalla collettività, in chia-

⁴² ZEHR, *Justice, Restorative Justice. New Perspectives on Crime and Justice*, 4, Akron, PA, Menmonite Central Committee Office of Criminal Justice, September, 1985.

ve retributiva, ma può comprendersi solo se costituisce l'equilibrata misura della compressione della libertà personale del cittadino, in funzione del tentativo risocializzante. In breve: la pena non proporzionata costituisce di per sé un trattamento disumano e degradante perché non finalizzata alla rieducazione.

In secondo luogo, la pena retributiva, nella cultura contemporanea, ha serie difficoltà di effettiva giustificazione perché «punire è inumano e inefficace»⁴³ e la relativa *ratio* va ancorata alla sua finalizzazione, con l'effetto che la pena è proporzionata se diretta alla risocializzazione, in quanto va ad incidere sulle libertà del cittadino riconosciutegli dall'ordinamento proprio per garantire e regolare le relazioni sociali. In altri termini, se l'irrogazione della pena deve essere misurata tra la lesione inferta dal reo al tessuto sociale e quella subita dallo stesso (proporzione) e se tale equilibrio deve essere motivato dal recupero sociale dello stesso reo, senza dimenticare la vittima, allora, è chiaro che la pena si giustifica solo nella misura in cui riesce ad incidere sulla sfera di libertà del cittadino per consentirne il reingresso in società. In breve: la pena non rieducativa è degradante e disumana perché non proporzionata.

Le due riflessioni, pertanto, sono come facce della stessa medaglia. In questa prospettiva, dunque, l'aspetto *ontico* della sanzione penale (umanità) e quello *deontico* della stessa (rieducazione), così come tradizionalmente intesi, si fondono, divenendo un vero e proprio carattere *anankastico* della pena contemporanea. Non è più la proporzione garantistica della retribuzione, ma è un concetto argomentativo che esprime lo spirito della pena contemporanea. Nel nostro ordinamento, tale carattere della pena si evidenzia già nella collocazione sistematica di entrambi gli aspetti della proporzione nell'art. 27, co. 3, Cost., come, del resto, esplicitamente indicato dalla Corte costituzionale per cui l'esecuzione della pena deve essere caratterizzata dalla «salvaguardia, congiuntamente, del diritto a non subire trattamenti disumani e della finalità rieducativa della pena, perché il contesto «non dissociabile» nel quale vanno collocati i due principi delineati dal terzo comma dell'art. 27 Cost. esclude l'ammissibilità di interventi che, allo scopo di porre rimedio a una lesione del primo, determinino una compromissione della seconda»⁴⁴.

11. *La 'traslitterazione' dell'afflittività da πόνος a officium iuris.* Insomma, i

⁴³ LÜDERSSEN, *Il declino del diritto penale*, trad. it. di Eusebi, Milano, 2005, 149.

⁴⁴ Corte cost. n. 279 del 2013, *Considerato in diritto*, § 7.1, cpv. Sulla questione della dosimetria proporzionata della pena, DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, 178 ss.

caratteri antichi della pena assumono una colorazione distintiva attraverso la necessaria finalizzazione della punizione. La sanzione per essere penale, si dice, dovrebbe essere *afflittiva*, nel senso che deve essere capace di porre un onere sulla libertà personale dell'individuo, e *dissuasiva*, poiché è finalizzata ad evitare il perpetrarsi di comportamenti identici o analoghi rispetto a quelli, di volta in volta, puniti, ed a soddisfare moralmente la vittima e la collettività. L'afflittività e la dissuasività dovrebbero tendere alla rieducazione del condannato, come previsto dall'art. 27, co. 3, Cost. e, in quest'ottica, la contrapposizione tra visione reo-centrica e visione vittimo-centrica, trova una composizione, un punto di equilibrio e di mediazione. Si deve andare oltre.

Ciò che si è definito il carattere *anankastico* della pena forgia i suoi segni, trasformando, in particolare, l'onere afflittivo in «dovere giuridico» di rispondere positivamente all'interlocuzione imposta dalla pena. Il coordinamento necessario dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciuti dalla nostra Carta costituzionale con l'art. 2 Cost. è un aspetto che valorizza la necessità di un percorso punitivo dialogico ed effettivamente risocializzante, secondo una prospettiva di lettura (anche) personalistica. Senza, dunque, alcun ritorno ad un approccio collettivistico per cui «il bene comune vale più di quello di un solo individuo»⁴⁵, ma responsabilizzando la persona anche nel rapporto punitivo.

Nel diritto internazionale umanitario⁴⁶, è delineato un necessario equilibrio tra diritti e doveri (a cui seguono responsabilità individuali), la cui coesistenza persegue la medesima finalità garantistica. Già l'art. 29 della Dichiarazione universale del 1948⁴⁷ afferma che «ogni individuo ha dei doveri verso la comunità, nella quale soltanto è possibile il libero e pieno sviluppo della sua personalità». È, quindi, il rapporto di cittadinanza che consente il pieno esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali, a cui necessariamente consegue la responsabilità verso la collettività, enunciata anche nei preamboli dei Patti del 1966 sui diritti civili e politici e sui diritti economici sociali e culturali. Ampliando lo sguardo su altri orizzonti, la Convenzione interamericana sui diritti dell'uomo, ad esempio, fa riferimento, all'art. 32, alla famiglia, alla comunità e, persino, all'umanità nel suo insieme, come collettività nei confronti delle quali l'individuo ha doveri di rispetto. Ancora,

⁴⁵ S. TOMMASO D'AQUINO, *Summa contra gentiles*, III, Cap. 146, 4.

⁴⁶ Ormai imposto dall'art. 117, comma 1, Cost. che rappresenta una cerniera aperta tra l'ordinamento nostrano e quello sovranazionale, cfr. STEA, *I principi di diritto penale nella giurisdizione europea*, Pisa, 2014, 155.

⁴⁷ Ripreso letteralmente nella *Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms*, adottata dall'Assemblea generale nel 1998.

la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, addirittura, contiene un catalogo dettagliato dei doveri dell'individuo nei confronti della famiglia, della società, dello Stato, delle altre collettività parimenti riconosciute e, finanche, della comunità internazionale⁴⁸.

La correlazione stretta tra diritti e doveri, entrambi prepositivi, nel panorama del contesto umanitario, dunque, fa emergere che la prima limitazione ai diritti soggettivi, accettata da ognuno come cittadino (appartenente cioè ad una società democratica), è il generale dovere di preservare i diritti altrui. Gli *officia personæ*, dunque, non sono antinomici rispetto ai diritti fondamentali, ma hanno un significato di completamento e garanzia di questi ultimi.

Nel contesto penalistico (o punitivo), è il dovere personale che fonda la responsabilità verso la collettività, nel senso che il dovere segna il limite delle libertà proprie rispetto a quelle altrui ed il relativo superamento sacrifica le aspettative collettive affidate al cittadino responsabile. Più il dovere personale assume significato per la collettività, più il sacrificio del singolo può essere marcato⁴⁹. Insomma, l'inadempimento dell'individuo ai suoi doveri lo rende indegno di poter vantare i suoi diritti, nei limiti della proporzionalità che è il limite delle «azioni lesive della dignità-dote che alla persona naturalmente inerisce»⁵⁰. Anche, dunque, nel percorso espiativo il reo (come la vittima), non possono sottrarsi al dovere di intraprendere un dialogo di ricomposizione della frattura sociale e di rieducazione risocializzante come precipuo interesse della collettività. Dal canto suo, la società ha l'onere di intraprendere l'offerta riconciliativa, dotandosi di un catalogo di «pene riconciliative».

12. *La descrizione del percorso di recupero della comunicazione sociale.* La tendenza rieducativa della pena assume un ruolo egemone ed escludente ogni altra finalizzazione, ove si guardi alla necessaria mediazione che la pena sintetizza nell'ottica di una risocializzazione dialogica, come momento di incontro conciliativo tra reo e vittima (e collettività). In termini meramente normativi, il reo, compiendo il reato, non solo, assume un comportamento ostile alla regole comuni e, dunque, alla vigenza della norma, esercitando la libertà ricono-

⁴⁸ In dottrina, OKEREKE, *The Protection of Human Rights in Africa and the African Charter on Human and Peoples' Rights: A Comparative Analysis with the European and American Systems*, in *Human Rights Quarterly*, 1984, 145 ss.

⁴⁹ Per la concezione normo costituzionale discendente dal principio di personalità, CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, 245, 247 ss.

⁵⁰ MATTIONI, *Profili costituzionali della dignità*, in Napoli (a cura di), *La dignità*, Milano, 2011, 107

sciutagli dall'ordinamento, «al di fuori dei limiti da esso segnati»⁵¹, ma lede anche un interesse fondamentale proprio della vittima (anche indeterminata o diffusa); la pena inflitta ha l'onere di instaurare un dialogo con il reo; l'espiazione della pena, come percorso di formazione valoriale, costituisce il tramite per il reingresso nella comunità sociale del reo; la comunità sociale accoglie il reo ricollocandolo all'interno della collettività, una volta, dunque, che, con l'espiazione della pena, il reo ha compreso l'importanza dei valori lesi dal comportamento punito e così riequilibrato il pregiudizio alla vigenza della norma⁵².

Tuttavia, la ricomposizione della frattura istituzionale tra reo-cittadino e società non è sufficiente al ripristino integrale della vigenza della norma, come punto di riferimento della cittadinanza in un'ottica di ricostituzione della fiducia nella sicurezza collettiva⁵³, ove il percorso di formazione valoriale in cui consiste l'espiazione, ignorasse la posizione della vittima-cittadino⁵⁴. Da ciò, la necessaria comunicazione tra reo e vittima è il fondamento del riadattamento sociale, ponendoli in «un contesto egualitario umanamente ispirato»⁵⁵: se non si compone anche la frattura interpersonale reo-vittima in maniera condivisa tra gli attori del reato, non solo, non si potrà mai definire un effettivo reingresso del reo nel tessuto sociale e, dunque, riequilibrare il pregiudizio al senso di sicurezza sociale, ma, poi, si giungerebbe ad escludere la vittima che non riuscirà a comprendere la nuova offerta di ospitalità della comunità per il suo aggressore. Il percorso rieducativo, dunque, imposto dal progetto punitivo svolge una doppia funzione: per il reo, è *responsabilizzazione*, ma anche *comprensione* del danno provocato con il suo illegittimo comportamento e conferma controfattuale della validità della norma; per la vittima, è *soddisfazione* morale del male subito, ma anche *comprensione* della sofferenza conseguente all'aggressione patita e, dunque, capacità di superare l'umano istinto vendicativo, con affidamento nell'attitudine del sistema penale a garantire la

⁵¹ Così CORNACCHIA, *La moderna hostis iudicatio*, cit., 112.

⁵² JAKOBS, *Sistema dell'imputazione penale*, cit., XI ss.

⁵³ MANNA, *La vittima del reato: à la recherche di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 981.

⁵⁴ MANNA, *La vittima del reato: à la recherche di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 966, afferma, in particolare, che «un sistema sanzionatorio dialogico rende possibile ipotizzare un catalogo di pene meno stigmatizzate di quelle tradizionali, che assolvano ad ineludibili finalità di risocializzazione del reo come della vittima, consentendo così a tali soggetti, ma anche alla società interna, di superare la lacerazione ingenerata dal reato, in virtù di un dialogo costruttivo e di una rinnovata fiducia in un sistema penale che, nel pieno rispetto delle garanzie individuali del reo, sappia anche ascoltare e soddisfare le esigenze della vittima».

⁵⁵ DE FRANCESCO, *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell'illecito*, in *Leg. pen.*, 1.6.2021, 11.

sicurezza sociale⁵⁶.

Così la *comunicazione* è il necessario presupposto della risocializzazione del reo e carattere principale di un nuovo sistema penale di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali della vittima (anche indeterminata o diffusa).

12.1 *Le fasi della risocializzazione. Proposta di una soluzione giurisdizionale.*

Il percorso di risocializzazione è formato da fasi e momenti, come si desume dalla lettura della giurisprudenza costituzionale⁵⁷ per cui il principio contenuto nell'art. 27, co. 3, Cost. «lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue», secondo una prospettiva per cui «tendere» esprime solo «la presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione». Conclusivamente affermando che «il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie», in quanto «se la finalità rieducativa venisse limitata alla sola fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto».

Da ciò, il percorso di risocializzazione va segnato nel momento *generatore* (allorquando il legislatore individua la pena astrattamente proporzionata alla fattispecie posta - fase legislativa), in quello *determinativo* (allorquando il giudice individua la pena da applicare al reo, tenuto conto di tutti i requisiti del giudizio di colpevolezza e, segnatamente, dei criteri di selezione suddetti - fase cognitiva) e, infine, in quello *comunicativo*, su cui va appuntata l'attenzione. A prescindere, dunque, dalla prima fase, che ha ad oggetto una rieducazione in astratto, come diretta implementazione di un aspetto della proporzione, il percorso di risocializzazione in concreto riguarda i momenti determinativo e

⁵⁶ Una pena dialogica, che si trasformerebbe, più che altro, in un percorso di riconciliazione, afferma un riconoscimento più significativo del diritto offeso rispetto all'impostazione retributiva, proprio grazie alla cooperazione necessaria del reo, cfr. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?* Sul rapporto tra riforma penale e rifondazione della politica criminale, in Picciotti, Spangher (a cura di), *Verso una giustizia penale conciliativa*, Milano, 2002, 49 ss. Nello stesso senso, MANNA, *La vittima del reato: à la recherche di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, cit., 982.

⁵⁷ Corte cost. n.313 del 1990 che segue l'impostazione dell'importante precedente n.364 del 1988 e, poi, confermata da Corte cost. n.322 del 2007.

comunicativo.

Rispetto al momento determinativo, si tratta di individuare un sistema sanzionatorio utile al «recupero di quei legami solidaristici che il reato ha infranto»⁵⁸, attraverso l'abbandono dell'egemonia della pena detentiva, da sostituire con pene prescrittive ed interdittive più consoni ad un diritto penale forgiato sui diritti del cittadino, che si vadano ad inserire in un «progetto» che guidi il percorso riconciliativo volto «a favorire il *riappropriarsi*, da parte di chi subisca la condanna, delle regole trasgredite e, altresì, la sua responsabilizzazione rispetto ai danni o ai pericoli prodotti»⁵⁹. Sul punto, si tornerà più avanti. La pena detentiva, dunque, intesa come coercizione sulla libertà personale (fisica) dovrebbe essere utilizzata solo in ipotesi di estrema gravità dell'offesa perpetrata e di effettivo ed attuale pericolo per la comunità. Tale momento determinativo potrebbe anche essere assente, nel senso che, collocandosi nella fase cognitiva ed, in particolare, nella parte finale del processo pubblico, si potrebbe prevedere una sospensione dell'*iter* di accertamento pubblico della colpevolezza del reo, anticipando il momento comunicativo in cui si collocano le iniziative di autoresponsabilizzazione del reo, anche con la «messa in opera, da parte del soggetto agente di condotte riparative adeguate, in una prospettiva di carattere riconciliativo»⁶⁰. Dovrebbe, comunque, avere un ruolo fondamentale

⁵⁸ EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, cit., 1111.

⁵⁹ EUSEBI, *Ripensare le modalità della risposta ai reati. Traendo spunto da CEDU 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, in *Cass. Pen.*, 12, 2009, 4938 ss.; ID., *Dibattiti sulle teorie della pena e mediazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 830 ss.

⁶⁰ EUSEBI, *Ripensare le modalità della risposta ai reati*, cit., 4958. Si pensi all'istituto della «messa alla prova» di cui all'art.168-*bis* c.p. La *probation* domestica consiste in un programma di trattamento stilato d'intesa con l'ufficio dell'esecuzione penale esterna, contenente un dettagliato progetto che coinvolge anche la famiglia del beneficiario e la vittima, con ipotesi di condotte riparatorie e conciliative, oltre al lavoro di pubblica utilità che costituisce il perno intorno al quale ruota l'istituto in parola. Il giudice è tenuto a valutare l'idoneità di tale programma di trattamento, con i criteri di cui all'art. 133 c.p., come stabilito dall'art. 464-*quater*, co. 3, c.p.p., stimando, altresì, una favorevole prognosi per cui il reo si asterrà dal compiere attività criminali. Dalla recente lettura della giurisprudenza costituzionale (cfr. Corte cost. n. 240 del 2015 e n. 54 del 2017), si può ragionevolmente dedurre che il programma di trattamento è visto dall'ordinamento, oltre come un chiaro beneficio per il reo, anche come sostitutivo della pena edittale, almeno sotto il profilo di necessità di veloce eliminazione del disvalore del fatto, tant'è vero che, non solo, il giudizio di «idoneità» e quello di «commisurazione» hanno in comune i medesimi criteri (quelli di cui all'art. 133 c.p.), ma, in particolare, l'esito negativo della prova impone la riduzione della pena da spiare detraendo il periodo di prova eseguito, alla stregua di quanto stabilito dall'art. 657-*bis* c.p.p. Ad ogni modo, dal punto di vista quantitativo o di durata del periodo della messa alla prova, appare esserci un'assoluta autonomia tra «pena» e «programma», anche perché il legislatore non ha indicato alcun criterio di conversione, se non nell'ipotesi di esito negativo e di condanna del reo. La positiva esperienza nei primi anni di applicazione della misura, introdotta nel 2014, suggerisce un'opportuna estensione, come proposto dalla Commissione Lattanzi, «ad ulteriori specifici reati, puniti con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a dieci anni, che si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell'autore, e risultino compatibili con l'istituto. Già attualmente il richia-

la pena ablativa che tolga al reo il profitto dell'illecito, come quella pecuniaria, che, in un sistema orientato al consumo ed in cui l'economia ha una funzione di orientamento politico e di costume, dovrebbe assumere uno scopo di giustizia sociale secondo il principio per cui «il reato non paga»⁶¹.

Il momento comunicativo, se non anticipato nella fase cognitiva, come visto, va collocato nella fase esecutiva come forma caratterizzante il progetto determinato dal giudice della cognizione, all'esito del processo pubblico, poichè è necessario individuare il colpevole, come interlocutore necessario, che, prima del giudizio, è presunto innocente. Una volta indicato il progetto relativo al percorso di risocializzazione e, quindi, il reo abbia riconosciuto la propria responsabilità o quest'ultima sia stata accertata nelle forme del processo pubblico, il giudice della sorveglianza dovrà valutare l'adesione spontanea (ma doverosa) del reo ad un sistema di giustizia anche riparativa, finalizzata ad anticipare il pieno recupero, da parte del colpevole, del libero esercizio dei diritti limitati dalle sanzioni determinate dal progetto di recupero. La mediazione o altro strumento dialogico proprio della giustizia riparativa, in tale maniera, può comportare l'espiazione punitiva, poichè, come evidenziato da Duff⁶², il

mo all'art. 550, co. 2 c.p.p. consente d'altra parte l'applicazione dell'istituto a reati con pena detentiva edittale superiore a quattro anni. È il caso ad esempio della ricettazione, punita con la reclusione pari nel massimo ad otto anni, e del furto pluriaggravato, punito con la reclusione pari nel massimo a dieci anni». La Commissione Lattanzi è stata costituita con decreto del 16 marzo 2021 della Ministra della giustizia, Marta Cartabia, al fine di «elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti di appello».

⁶¹ Nella Relazione della Commissione Lattanzi del 24 maggio 2021, a tal proposito, si legge: «La Commissione ritiene che una riforma organica della pena pecuniaria, ispirata ai modelli e alle migliori prassi di paesi europei a noi vicini, come la Germania, non sia più rinviabile (...) Superare il luogo comune e la cultura del carcere, come unica o comunque irrinunciabile, risposta al reato, richiede anche di valorizzare la più tradizionale e risalente delle sue alternative: la pena pecuniaria. Ciò richiede in primo luogo, attraverso interventi normativi e di riorganizzazione amministrativa, di razionalizzare e semplificare il procedimento di esecuzione delle pene pecuniarie, rivedendo, secondo criteri di equità e di effettività, i meccanismi di conversione in caso di mancato pagamento per insolvenza o insolvibilità del condannato. L'effettività della pena pecuniaria dipende in larga misura, come mostra l'esperienza di altri ordinamenti, dalla certezza e dalla serietà delle conseguenze della mancata esecuzione; prima ancora, dipende dalla certezza che lo Stato chiederà conto del pagamento della pena pecuniaria inflitta dal giudice. La circostanza che la "certezza della pena", nel dibattito pubblico, venga invocata a proposito della pena detentiva, e non anche della pena pecuniaria, che è la più incerta delle sanzioni penali, testimonia come sia ancora radicata l'idea del carcere - e della privazione della libertà personale - come unica pena possibile. Ciò dipende dalla circostanza che la pena pecuniaria è tanto assente nella realtà, al punto che si è quasi portati a dimenticarsi della sua stessa esistenza. Per recuperarne le potenzialità, la Commissione ritiene necessaria una riforma di sistema, che passi attraverso l'abbandono dell'attuale modello, ormai superato, e l'adozione, nel codice penale, del sistema delle quote giornaliere (o tassi giornalieri), adottato con successo da tempo in altri ordinamenti».

⁶² DUFF, *Punishment, Communication and Community*, Oxford, 2001, 96 ss.

processo comunicativo, proprio della mediazione, non solo, ha carattere *afflittivo*, nella misura in cui è orientato a produrre nel reo la sofferenza di cui è meritevole, anche se detta sofferenza si risolve nel senso del rimorso, nell'apprestamento di riparazioni e nella "pena naturale" della sottoposizione allo sguardo pubblico, specialmente a quello delle vittime; ma, inoltre, tale processo ha carattere *preventivo*, rivolto al futuro, *dissuasivo* per il reo dalla commissione di ulteriori reati, ma anche *inclusivo* ed *educativo*⁶³. Se il momento comunicativo avrà esito positivo, allora, il giudice della sorveglianza interverrà sul «progetto», sospendendone l'adempimento, consentendo al reo di reinserirsi nel tessuto sociale. Se l'esito di tale processo sarà negativo, il giudice dell'esecuzione, alla fine del percorso di risocializzazione come delineato nel «progetto» indicato dal giudice della cognizione, dovrà valutare la pericolosità sociale del reo, applicando la misura più idonea, che consisterà in un'estensione del progetto di risocializzazione oltre la misura temporale della pena determinata dal giudice della cognizione.

12.2 *La necessità di un nuovo catalogo di pene riconciliative (o rieducative): le misure «temporale» e «di genere» ed i «criteri di selezione» in un approccio neopositivista.* La pena «rieducativa» si contrappone alla tradizionale pena «retributiva» e mentre per quest'ultima assume un ruolo egemone la *detenzione*, poiché molto duttile nella sua commisurazione proporzionata con la gravità del fatto, di cui costituisce l'*analogo negativo*⁶⁴, la prima necessita di un catalogo di pene principali che, non solo, sollecitino il reo ad intraprendere il dialogo risocializzante, ma abbiano uno speciale e personale significato riconciliativo. In tal modo, la pena da mera inflizione di una sofferenza personale per il reo⁶⁵, passa a empirica riparazione della frattura interpersonale rappresentata dal reato. Per tal via, va suggerita, indubbiamente, la rivalutazione delle pene accessorie (prescrittive ed interdittive)⁶⁶, ma anche le misure alternati-

⁶³ CORNACCHIA, *Funzione della pena nello Statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2009, 197, in cui l'A. (*ibid.*, pp. 233 ss.) analizza, con approfondite argomentazioni, i sistemi di giustizia riparativa nel sistema del diritto penale internazionale.

⁶⁴ EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, cit., 1109 ss.

⁶⁵ ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*, Milano, 2000, 3, secondo cui «la pena è una sofferenza che lo Stato infligge alla persona che ha violato un bene giuridico».

⁶⁶ Corte cost. n. 222 del 2018 significativamente suggerisce che «nulla osta, sul piano dei principi costituzionali, a che il legislatore possa articolare strategie di prevenzione di gravi reati attraverso la previsione di sanzioni interdittive, la cui durata sia stabilita in modo indipendente da quella della pena detentiva; e ciò in ragione della diversa finalità delle due tipologie di sanzione, oltre che del loro diverso grado di afflittività rispetto ai diritti fondamentali della persona. In ottica *de iure condendo*, anzi, strategie siffatte ben potrebbero risultare funzionali a una possibile riduzione dell'attuale centralità della pena

ve e quelle sostitutive alla detenzione, in quanto la duttilità propria della pena detentiva, propria del sistema tradizionale, si ottiene non tanto (o, meglio, non solo) nella misura «temporale» (anni, mesi e giorni), ma accentuando la misura «di genere», avendo ad oggetto solo uno o più aspetti della libertà personale.

L'ipotesi è quella di sostituire al modello tradizionale di commisurazione della pena secondo indici di proporzionalità alla gravità del fatto (di stampo retributivo), un modello che consideri, *in primis*, due aspetti, come detto, del «progetto punitivo»: (1) *misura temporale*: l'efficace realizzazione del progetto impone di adottare diverse prescrizioni finalizzate alla riconciliazione che necessitano di una commisurata cronologia; (2) *misura di genere*: la selezione delle prescrizioni (tra obblighi e divieti⁶⁷) da imporre al reo considerando

detentiva nel sistema sanzionatorio, senza indebolire la capacità deterrente della norma penale, né l'idoneità della complessiva risposta sanzionatoria rispetto all'altrettanto legittimo obiettivo della prevenzione speciale negativa. Finalità, l'una e l'altra, che potrebbero in ipotesi essere conseguite, nel caso concreto, anche senza la pena detentiva, ovvero mediante l'applicazione di pene detentive di durata più ridotta rispetto a quanto oggi abitualmente accade, ogniqualvolta sia previsto, per l'appunto, un robusto ed efficace corredo di pene interdittive, se del caso disciplinate anche come autonome pene principali, secondo quanto suggerito da vari progetti di riforma».

⁶⁷ EUSEBI, *Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale*, in *www.discrimen.it*, 31 marzo 2021, 3, 4, suggerisce: «Questi i possibili *obblighi di fare*: a) la partecipazione a un programma rieducativo consistente in incontri con gli operatori dell'Ufficio per l'Esecuzione Penale Esterna, aventi i medesimi contenuti di cui al terzo comma dell'articolo 13 della legge 26 ottobre 1975, n. 354; b) le restituzioni o il risarcimento, in quanto possibili, con riguardo al danno cagionato dal reato e l'impegno inteso a eliminare o ridurre, in quanto possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato; c) attività aventi rilievo rieducativo con riguardo al reato commesso, in favore del bene giuridico offeso, della persona offesa dal reato o delle vittime di analoghi reati; d) la partecipazione a una procedura di mediazione penale con la persona offesa dal reato, o con un soggetto esponenziale dei beni offesi, presso un Ufficio di mediazione riconosciuto dalla Presidenza della Corte d'Appello nel cui distretto di competenza sia stato commesso il reato; e) la prestazione di lavoro di pubblica utilità presso un ente pubblico o un ente privato disponibile che svolga attività di rilievo sociale; f) lo svolgimento di un programma terapeutico e socio-riabilitativo, secondo quanto previsto dall'articolo 75, secondo comma, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, nel caso in cui il condannato sia assuntore di sostanze stupefacenti o psicotrope ovvero alcolodipendente; g) l'impegno di adeguare alla legge un'attività d'impresa caratterizzata dalla commissione di uno o più reati, in base alle modalità indicate dal giudice e alle indicazioni progressive di una pubblica autorità o di un altro soggetto designato dal giudice. E questi i possibili divieti: a) il divieto di espatrio ovvero di allontanarsi dal comune di residenza ovvero dal territorio di più comuni ovvero dal territorio di una o più province o regioni individuati dal giudice, oppure il divieto di recarsi in uno o più comuni, province o regioni, tenuto conto delle esigenze di lavoro, di studio e di salute del condannato; b) il divieto di frequentare determinati luoghi; c) il divieto di allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora, oppure da un luogo pubblico o privato di cura assistenza o accoglienza, oppure da un luogo non custodiale di dimora sociale, con possibile autorizzazione del condannato ad assentarsi dai medesimi luoghi in determinate giornate o in determinate fasce orarie della giornata per esigenze di lavoro, di studio, di cura o per altre attività utili a favorirne il reinserimento sociale, oppure quando il medesimo condannato non sia altrimenti in grado di provvedere alle sue indispensabili esigenze di vita, sempre che non sussista il concreto pericolo della commissio-

l'intero spettro dei diritti e delle libertà sacrificabili secondo una gerarchia ideale fino al limite delle «azioni lesive della dignità-dote che alla persona naturalmente inerisce»⁶⁸. La selezione del progetto punitivo, in relazione a questi due aspetti da stimare in astratto, resterà di competenza dell'organo democratico *ex art. 25, co.2, Cost.* (momento generatore). In concreto, invece, le prescrizioni progettuali andrebbero individuate dal giudice (momento determinativo) attraverso alcuni criteri di selezione, quali, di certo, la gravità del reato, secondo gli indici già previsti dall'art. 133, co. 1, c.p., a cui aggiungere quelli utili a descrivere la personalità del reo che, nella visione qui descritta, assume un ruolo assolutamente centrale. Dunque, oltre gli indici previsti dall'art. 133, co. 2, c.p., utili a 'fotografare' il sostrato culturale di formazione dell'identità del reo, appare necessaria una più penetrante indagine sulla «pericolosità sociale» del condannato⁶⁹ che, come noto, è una categoria storicamente elaborata dai positivisti a carattere interdisciplinare. Pertanto, tale indagine necessita di una serie di approfondimenti di tipo antropologico, sociologico, psichiatrico e psicologico, che fornirebbero al giudice quegli indici necessari a formulare una seria ed attendibile prognosi di pericolosità del reo. In breve, si tratta di far cadere il divieto di cui all'art. 220 c.p.p., almeno in relazione alla scelta del percorso di riconciliazione che deve intraprendere il condannato.

Seguendo tali criteri è possibile considerare proporzionato (nel significato qui considerato) il percorso riconciliativo imposto al reo al fatto commesso, in relazione allo scopo di ricostruzione della frattura sociale.

Insomma, la pena detentiva, centrale nel sistema penale contemporaneo, è, da un lato, *anacronistica*, laddove si guardi all'ampiezza della sfera dei diritti e delle libertà riconosciuti al cittadino⁷⁰ e, dall'altro, è conseguentemente *sproporzionata*, nel senso che va a limitare tutti gli aspetti della libertà personale e, dunque, insieme a quello fisico, si aggiungono quelli che afferiscono alle liber-

ne di nuovi reati; d) il divieto di esercitare determinate attività, anche di carattere professionale, oppure di rivestire incarichi nell'ambito di una pubblica amministrazione o delle persone giuridiche, oppure di esercitare attività in regime di autorizzazione, concessione o appalto da parte di una pubblica amministrazione, oppure di concludere determinate tipologie di contratti con una pubblica amministrazione».

⁶⁸ MATTIONI, *Profili costituzionali della dignità*, in Napoli (a cura di), *La dignità*, Milano, 2011, 107.

⁶⁹ Per un'analisi completa dei metodi statistico e clinico di accertamento della pericolosità, con riferimento alle misure di prevenzione e di sicurezza, PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario, Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, 110 ss.; una situazione di incompatibilità tra principio di determinatezza e misure di sicurezza già indicato dalla dottrina, nella manualistica, da ultimo, cfr. MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Milano, 2017, 86-87; CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 975.

⁷⁰ DE FRANCESCO, *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell'illecito*, cit., 5, in ordine all'espansione dei diritti sottolinea il connotato d'insieme da un punto di vista qualitativo, piuttosto che quantitativo.

tà di circolazione e comunicazione (libertà relazionali)⁷¹, che in un sistema di ampio sviluppo della comunicazione interpersonale assumono un significato assolutamente rilevante⁷². Andando, invece, ad individuare un catalogo di pene (*rectius*, prescrizioni) che riesca a coniugare la misura *temporale* con quella *di genere*, attraverso alcuni criteri di selezione, comprese le indagini sulla personalità del reo, è certamente più agevole, da un lato, mantenere il rapporto convenzionale (proporzionato) tra il fatto di reato e la risposta finalistica punitiva, poiché il progetto andrà a limitare uno o più aspetti della libertà personale, ma non necessariamente la libertà fisica, che, in tale prospettiva, andrebbe sacrificata, ove necessaria, per i crimini più gravi ed ove si ravvisino esigenze legate alla personalità del reo. Dall'altro lato, sarà necessario individuare le modalità di approccio personale al reo per una finalizzazione positiva nella sua risposta risocializzante e nel relativo procedimento di autore-sponsabilizzazione.

In definitiva, si deve andare oltre un semplice rinnovamento del catalogo delle pene da applicare al condannato, altrimenti si rimane sempre nell'alveo della medesima logica retributiva.

12.3 *Gli strumenti riparativi*. L'idea dell'intervento del paradigma riparativo nella giurisdizione penale si colloca nell'ampio alveo di un movimento ideologico mosso da alcune istanze, molto spesso anche difficili da conciliare tra loro, che vanno dall'insoddisfazione nei confronti del sistema penale⁷³, alle ricerche antropologiche⁷⁴, dalla rivalutazione del ruolo della vittima⁷⁵, alla criti-

⁷¹ In questi termini, già STEA, *I principi di diritto penale nella giurisdizione europea*, cit., 242 ss.

⁷² Nella Relazione della Commissione Lattanzi cit., in più parti, si evidenzia la necessità di superamento della «cultura del carcere», affermando, fra l'altro, che «il carcere non deve rappresentare l'unica risposta al reato e che, anzi, per gli effetti desocializzanti che comporta, deve essere evitato quando possibile in favore di pene da eseguirsi nella comunità. Se corredate di contenuti sanzionatori positivi, le sanzioni sostitutive possono rivestire il ruolo di vere e proprie pene sostitutive delle pene detentive».

⁷³ ZEHR, TOEWS (a cura di), *Critical Issues in Restorative Justice*, Monsey, New York, 2004; ZEHR, MIKA, *Fundamental Concepts of Restorative Justice*, in *Contemporary Justice Review: Issues in Criminal, Social, and Restorative Justice*, Vol. 1, 1, 47-56, 1998; ZEHR, *The Little Book of Restorative Justice*, Intercourse, PA, Good Books, 2002; ID., *Retributive Justice, Restorative Justice. New Perspectives on Crime and Justice*, 4, Akron, PA, Mennonite Central Committee Office of Criminal Justice, September, 1985; ID., *Changing Lenses. A New Focus for Crime and Justice*, Scottsdale, 1990; VIANELLO, *Per uno studio socio-giuridico della mediazione penale*, in *Soc. dir.*, Milano, XXVI, 2, 1999.

⁷⁴ WEITEKAMP, *Research on Victim-Offender Mediation. Finding and Needs for the Future*, in European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice (a cura di), *Victim-Offender Mediation in Europe. Making Restorative Justice Work*, Leuven, 2000; BRAITHWAITE, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford, 2002; WRIGHT, *Restorative Justice: for whose benefit?*, in European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice (a cura di), *Victim-Offender Media-*

ca abolizionista⁷⁶ dalla religione⁷⁷, alla *restitution*⁷⁸.

Di tale modo di fare giustizia, va evidenziato che vi sono diverse forme o tipologie: da quella integrata con il sistema retributivo, a quelle più drastiche e di rottura con il sistema tradizionale, che auspicano che la giustizia riparativa sia alternativa a quella punitiva (retributiva), ovvero sostituisca il sistema della punizione e del castigo, restituendo la soluzione del conflitto alla composizione tra reo e vittima, in favore del quale lo Stato, detentore del monopolio di punire, abdichi, salvo che il reo rifiuti di cooperare o la procedura fallisca per

tion in Europe. Making Restorative Justice Work, cit., il quale prende in esame le pratiche riparative esistenti nelle comunità Kpelle della Liberia, degli Zapotec in Messico, dei Tiv in Nigeria e le tradizioni coreane e Barotse.

⁷⁵ Sullo studio del ruolo della vittima nel reato esiste una vastissima bibliografia: per esempio, SAPONARO, *Vittimologia, Origini - concetti - tematiche*, Milano, 2004; PORTIGLIATTI BARBOS, *Vittimologia*, Dig. disc. pen., Torino, 1999, 314 ss.; CARIO, *Victimologie, De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, Paris, 2000; KARMEN, *Crime Victims. An introduction to Victimology*, Wadsworth, 2004.

⁷⁶ Solitamente, all'interno dei movimenti abolizionisti, si individuano due correnti: (1) l'abolizionismo radicale, che propone una profonda trasformazione del modo di concepire la pena e che individua nel sistema penale le cause stesse della criminalità, e per questo motivo ne chiede l'eliminazione (CHRISTIE, *Abolire le pene? Il paradosso del sistema penale*, Torino, 1985) e (2) l'abolizionismo istituzionale, che pur non intendendo rinunciare al sistema di giustizia penale, richiede però l'abolizione di tutte le istituzioni totali. A proposito di quest'ultimo orientamento EUSEBI (*La pena "in crisi": il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, cit., pass.) osserva che, «ove non intenda negare aprioristicamente almeno un certo grado di autonomia del fenomeno criminale rispetto ai meccanismi ascrivibili del sistema punitivo, l'altro orientamento disponibile all'abolizionismo [quello istituzionale] per escludere la legittimità del ricorso al diritto penale è quello di disconoscerne, in qualsiasi caso, l'utilità preventiva: la pena assumerebbe, come si è sostenuto, un mero carattere declamatorio e rituale, del tutto incidente, se non nei termini di un incremento della sofferenza, sulla diffusione della criminalità». Probabilmente, da quest'ultimo orientamento prese ispirazione il modello riparativo, come affermato da CIAPPI, COLUCCIA, *Giustizia criminale. Retribuzione, riabilitazione e riparazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, Milano, 1997, 110, secondo cui «fa propria l'esigenza di sopperire ai difetti del modello retributivo, basato unicamente sulla sanzione come risposta statale al fenomeno della criminalità, e di quello riabilitativo, che spesso confonde le reali esigenze della prevenzione con quelle della repressione, le ragioni della scienza con le ragioni del potere e dimostratosi inefficace».

⁷⁷ Cfr. *supra* § 9.

⁷⁸ Se le istanze dei *victims' movements* invocavano un ampliamento del ricorso a forme di risarcimento a favore della vittima, l'approccio incarnato dalla *restitution*, vuole fare del risarcimento il fine stesso della risposta punitiva al reato, facendogli perdere quella che nel diritto penale attuale è la sua "funzione ancillare" rispetto alla pena, sostituendola completamente a questa. TRAMONTANO, *Percorsi di giustizia: verso una nuova modalità di risoluzione dei conflitti*, in *Rass. penit. criminol.*, 2, 2010, richiamando i contributi di Van Ness e Strong, ha evidenziato i principali argomenti su cui si fonda la proposta del movimento per la *restitution*: (a) la vittima è il soggetto autenticamente colpito dal reato; (b) sono necessarie forme di pena meno intrusive, e comunque alternative al carcere; (c) richiedere all'autore di reato di risarcire la vittima può avere un effetto riabilitativo; (d) la *restitution* è relativamente facile da ottenere e garantire (ad esempio attraverso azioni esecutive); (e) un adeguato risarcimento, reso in modo pronto e visibile, riduce istanze "vendicative" da parte di vittime e società civile.

altra ragione⁷⁹. Poi, infine, vi è la proposta che guarda alla giustizia riparativa come complementare a quella tradizionale.

Il processo accusatorio ha modificato profondamente il ruolo del pubblico ministero, così consentendo una lettura evolutiva del principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale⁸⁰, distinguendo la *discrezionalità politica*, che rimarrebbe vincolata all'obbligo costituzionale, dalla *discrezionalità tecnica*, che, invece, in linea con la *ratio* dell'art. 112 Cost., ammetterebbe la previsione di «strumenti di desistenza dall'azione penale, laddove l'indagato scelga liberamente di compensare l'interesse pubblico e privato leso dal fatto di reato»⁸¹.

Allo stato, si ritiene assolutamente precoce e (forse) incompatibile anche con l'esegesi evolutiva dell'obbligo di cui all'art. 112 Cost., soppiantare integralmente la giustizia tradizionale, almeno rispetto ai crimini di una certa gravità e quelli contro interessi impersonali, mentre i tempi sono certamente maturi per prevedere una giustizia riparativa sostitutiva di quella giurisdizionale penale in taluni settori e taluni reati laddove l'interesse privato già condiziona l'esercizio del diritto di punire statale: si pensi all'ampio ambito dei reati a querela o istanza della persona offesa, in cui la volontà della vittima già oggi incide sull'inizio e prosecuzione dell'azione punitiva pubblica⁸². Se a tale giustizia punitiva si sostituisce quella riparativa, l'interesse privato può essere ugualmente (o meglio) garantito, poiché il processo riparativo dialogico, nell'impostazione *duffiana*, conserva tutte le funzioni proprie del diritto punitivo (afflittive, dissuasive, rieducative, secondo le descrizioni suddette), ma garantendo alla vittima un ruolo sostanziale nella responsabilizzazione del reo, che, nell'attuale sistema dei reati ad istanza privata, è limitato alla sola condizione processuale. Tuttavia, non è questo l'ambito in cui si esprime al

⁷⁹ Per una sintesi dell'oggetto dell'abolizionismo, EUSEBI, *Quale oggetto dell'abolizionismo penale? Appunti nel solco di una visione alternativa della giustizia*, in Aa.Vv., *Studi sulla questione criminale*, 2, Roma, 2011, 81 ss.

⁸⁰ CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. Pen.*, 1993, 2658 ss; DOMINIONI, *Interesse alla persecuzione penale e irrilevanza sociale del fatto nel prisma dell'efficienza giudiziaria*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, Modena, 2010, 32; ID., voce *Azione penale*, in *Dig. discipl. pen.*, vol. I, Torino, 1987, 409; ZAGREBELSKY V., *Stabilire le priorità nell'esercizio obbligatorio dell'azione penale*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, Milano, 1994, 10; SILVESTRI, *Relazione*, in AA.VV., *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Associazione tra gli studiosi del processo penale, Milano, 2006, 227; ZANON, *Profili costituzionali dell'ordinamento giudiziario: autonomia e indipendenza della magistratura*, in Biavati, Guarnieri, Orlandi, Zanon, *La giustizia civile e penale in Italia*, Bologna, 2008, 98.

⁸¹ In tali termini la Relazione della Commissione Lattanzi cit., 24.

⁸² In questo senso, sia consentito il rinvio a STEA, *I principi di diritto penale nella giurisdizione penale*, cit., 250.

meglio l'efficacia di un sistema di giustizia riparativa.

In genere, l'approccio preferibile è quello della complementarità tra giustizia riparativa e sistema penale tradizionale, «che include la possibilità di ricorso ai programmi di giustizia riparativa in parallelo o anche in alternativa al percorso processuale o sanzionatorio, quali tecniche di *diversion*»⁸³.

Le norme di indirizzo europeo (e non solo) tracciano chiaramente la priorità strategica dei percorsi di giustizia riparativa, utili sia per le vittime, sia per gli autori di reato, garantendo, certamente alle prime, di evitare la vittimizzazione secondaria e ripetuta, l'intimidazione e le ritorsioni⁸⁴, con una precisa indicazione di incoraggiare il senso di responsabilità degli autori dell'illecito e di offrire loro l'opportunità di riconoscere i propri torti, che garantirebbe il loro reinserimento nel tessuto sociale⁸⁵.

Gli strumenti riparativi, insomma, si innestano pienamente in quell'aspetto della pena che si è definito «progetto» volto a segnare il percorso di risocializzazione dialogica, anche nell'ipotesi (non remota) in cui la vittima non voglia partecipare al programma di risocializzazione del reo o non riesca a superare il torto subito e l'istinto vendicativo, mentre il reo abbia dato prova di comprensione del danno conseguente al suo comportamento criminale e, dunque, di pentimento e responsabilizzazione⁸⁶. L'uso degli strumenti riparativi impone la formazione del personale di polizia, ma anche dei magistrati, magari prevedendo nell'ambito del nuovo ufficio del processo⁸⁷ (ovvero nel già esistente ufficio dell'esecuzione penale esterna), figure professionali che riescano ad intercettare gli ostacoli alla ricomposizione dialogica della frattura sociale (psicologi, sociologi, antropologi, assistenti sociali, etc.). Questo personale sarà capace di fornire gli stimoli giusti e la più corretta informazione agli interlocutori del percorso (vittima e autore del reato), al fine di intercettare le loro aspettative e così offrire la possibilità di rielaborare il conflitto con-

⁸³ Relazione della Commissione Lattanzi, cit., 75.

⁸⁴ Direttiva 2012/29/UE, Considerando 46.

⁸⁵ Raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/REC(2018), Considerando VIII.

⁸⁶ Nella Relazione della Commissione Lattanzi, cit., si sottolinea la necessità di «disciplinare la formazione (...) [degli] operatori di servizi di giustizia riparativa», l'opportunità di prevedere la creazione di «centri di giustizia riparativa affinché forniscano servizi omogenei, atti a garantire percorsi di giustizia riparativa affidabili, qualitativamente elevati e che non inducano vittimizzazione secondaria», le indicazioni sovranazionali evidenziano che «i servizi di giustizia riparativa costituiscono un diritto per le vittime di reato» da garantire senza distinzione in relazione al reato commesso, con «la necessità di adottare un approccio generalista alla giustizia riparativa».

⁸⁷ L'istituto dell'ufficio per il processo è stato previsto per la prima volta dall'art. 50 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 114), che ha introdotto l'art. 16-*octies* nel d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221. Sul punto, cfr. la Relazione della Commissione Lattanzi, cit., 46 ss.

seguito al reato «alla stregua di una ‘razionalità discorsiva’ in grado di segnare il percorso della vicenda mediatrice»⁸⁸.

12.4 *Il risarcimento del danno come servizio riparativo pubblico.* Un ruolo centrale dovrebbe assumere il risarcimento del danno patito dalla vittima, senza, tuttavia, svilire la *ratio* sottesa al sistema riparativo che non è un ‘affare’ o una ‘trattativa’, ma l’alta finalità di ri-composizione della frattura sociale determinata dal reato, tutelando un interesse indubbiamente superindividuale. Il ruolo della compensazione del danno subito dalla vittima, comunque, rientra nella logica per cui il «reato non paga».

In quest’ottica, si ritiene che il risarcimento del danno sofferto dalla vittima debba avere una sorta di *funzione pubblica*, così come, un tempo, propugnato dalla scuola positiva, che per prima ha posto interesse sul terzo protagonista della giustizia penale⁸⁹, individuando proprio nel ristoro compensativo l’unico rimedio attraverso il quale lo Stato possa attuare una tutela immediata a favore dell’offeso⁹⁰. In tal maniera, il pregiudizio subito dal singolo è ristorato dalla comunità che non ha saputo o potuto evitare la commissione del reato. Lo strumento risarcitorio, pertanto, assume un evidente connotato riparativo, poiché finalizzato a restituire alla vittima, per scopo *solidaristico*, il pregiudizio patito e, comunque, reinserendola in una posizione di tutela e di riguardo da parte dell’ordinamento. Così, certamente, si favorisce la partecipazione della persona offesa al percorso di risocializzazione dell’autore del reato, ma, ugualmente, non si discrimina il reo in condizioni economiche disagiate, che, diversamente, vedrebbe venir meno la possibilità di un positivo reingresso in società, non avendo l’occasione (incolpevole) di soddisfare la vittima dal punto di vista restitutorio, a differenza di quanto potrebbe fare il reo in condizioni economiche vantaggiose⁹¹. La previsione, dunque, del risar-

⁸⁸ DE FRANCESCO, *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell’illecito*, cit., 13.

⁸⁹ *Ex multis*, FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, 581.

⁹⁰ GAROFALO, *Riparazione alle vittime del delitto*, Torino, 1887; FERRI, *Il diritto di punire come funzione sociale*, Arch. psych., II, 1182, 76 ss.; ID., *Relazione sul Progetto preliminare di codice penale italiano per i delitti (1921)*, in *Appendice ai Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, 732. Nel settecento, il Granduca Leopoldo di Toscana aveva istituito la Cassa per il risarcimento dei danni a favore delle vittime che non potevano beneficiare del risarcimento diretto del reo perché fuggito o in stato di insolvibilità. Del pari, analoga Cassa era prevista nel codice penale del Regno delle Due Sicilie del 1819. Per una dettagliata ricostruzione storica della riparazione pubblica alle vittime del reato, cfr. CASAROLI, *La riparazione pubblica alle vittime del reato fra solidarietà sociale e politica criminale*, Ind. pen., 1990, 277 ss; AMODIO, *Solidarietà e difesa sociale nella riparazione alle vittime del delitto*, in *Vittime del delitto e solidarietà sociale*, Milano, 1975, 41 ss.

⁹¹ La questione relativa alle condizioni economiche del reo per poter usufruire di determinati benefici è

cimento *riparativo* anticipato dallo Stato, in favore della vittima del reato, sarebbe (quasi) imposta dal combinato disposto degli artt. 2 e 3 Cost., nel senso che tale strumento avrebbe una finalità solidaristica in favore della vittima e di eliminazione delle differenze economiche in favore del reo, allo scopo di favorirne la rieducazione ai sensi dell'art. 27, co. 3, Cost.

L'indennizzo per le vittime di crimini intenzionali violenti, in caso di insolvenza del reo, oggi, è previsto dagli artt. 11 - 16, l. 7 luglio 2016 n. 122, integrata dall'art. 6, l. 20 novembre 2017 n. 167 e, da ultimo dall'art. 1, co. 593 - 597, l. 30 dicembre 2018 n. 145, che presuppone l'intervenuta condanna dell'autore del reato, nella logica retributiva che informa l'attuale sistema penale⁹². Nella visione riparativa, appare necessario prevedere l'ipotesi dell'intervento dello strumento compensativo indennitario già nella fase mediatrice anticipata del giudizio, certamente, ad oggi, nel procedimento di messa alla prova.

13. *Epilogo. Il fine pubblico nel Befriedungseffekt della pena rieducativa co-*

stata sollevata innanzi alla Corte costituzionale in relazione all'art. 3 Cost. e con riferimento all'art. 165 c.p., nella parte in cui attribuendo al giudice la facoltà di concedere la sospensione condizionale della pena subordinatamente all'effettiva riparazione del danno comporterebbe una discriminazione a carico di quel condannato il quale, a causa delle sue condizioni economiche, non fosse in grado di prestare il dovuto risarcimento. La Corte cost. n. 49 del 1975 ha dichiarato tale questione infondata, affermando, fra l'altro, che «la facoltà del giudice di imporre la condizione in esame, risponde ad una apprezzabile esigenza di politica legislativa penale, in quanto costituisce uno strumento diretto, da un lato, a tutelare, con l'interesse della persona offesa, quello, pubblico, alla eliminazione delle conseguenze dannose degli illeciti penali e, dall'altro lato, a garantire che il comportamento del reo, successivamente alla condanna, si adegui concretamente a quel processo di ravvedimento, la cui realizzazione, come si evince dall'art. 164 c.p., costituisce lo scopo precipuo dell'istituto stesso della sospensione condizionale della pena, ed è indubbiamente testimoniato, fra l'altro, dalla circostanza, di per sé rivelatrice, dell'effettuato risarcimento del danno. Ed è appena il caso di osservare che tutto ciò costituisce ragionevole giustificazione della fattispecie normativa in esame. D'altra parte, è da porre in evidenza che lo stesso art. 165, la cui legittimità è qui in esame, riconosce al giudice il potere di subordinare o meno all'adempimento dell'obbligo del risarcimento del danno la sospensione condizionale della pena: ciò come effetto di una valutazione, motivata ma discrezionale, della capacità economica del condannato e della concreta sua possibilità di sopportare l'onere del risarcimento pecuniario. E tale valutazione può intervenire, secondo giurisprudenza della Corte di cassazione, sia nel momento del giudizio di condanna, sia anche nel momento successivo di incapacità che sopravvenga entro il termine fissato per l'adempimento della condizione. Questi principi forniscono chiaramente al giudice un mezzo idoneo per evitare che si realizzi in concreto un trattamento di sfavore a carico del reo, in funzione delle sue condizioni economiche, ed escludono, pertanto, anche sotto questo profilo, la violazione dell'invocato principio di eguaglianza». In altri termini, la subordinazione al risarcimento è imposta dal giudice a seguito di una valutazione della capacità economica del condannato di sopportare l'onere.

⁹² Per un affresco del quadro normativo internazionale ed europeo, sia consentito il rinvio a STEA, *I principi di diritto penale nella giurisdizione europea*, cit., 260 ss.

me social reintegration. La necessità di regole risocializzanti non può che avere un significato di pacificazione in una società democratica. Così una proposta di riconciliazione non deve avere solo un «senso normativo», secondo la razionale impostazione hegeliana (per cui la pena retributiva è «conciliazione del diritto»)⁹³, ma va diretta al condannato, secondo una lettura anche teleologica (o, meglio, culturale) del significato della punizione, che coinvolga anche la vittima.

La giustizia riparativa ed il precauzionismo⁹⁴, ma la stessa predisposizione di una tutela penale della prevenzione, volta ad evitare vittime, come l'indirizzo della giurisprudenza convenzionale sull'elaborazione degli obblighi *positivi* di penalizzazione⁹⁵, sono un carattere innovativo del diritto penale contemporaneo, rispetto a quello tradizionale che ruotava intorno al solo autore del reato ed alla punizione di comportamenti, di regola, dannosi⁹⁶. Oggi, il percorso di avocazione della tutela dei diritti offesi, da parte del sistema penale, è giunto ad un punto di (necessaria) inversione: dall'avocazione statale della tutela della vittima che aveva portato alla sua completa marginalizzazione e spersonalizzazione⁹⁷, infatti, si è passati ad un indirizzo opposto caratterizzato dal reingresso della vittima nell'*iter* di responsabilizzazione del reo e, come visto, di sua risocializzazione, come una sorta di restituzione della gestione del conflitto nelle mani dell'offeso. È un'evidenza che «connota in maniera netta il diritto penale moderno in contrapposizione al passato: le necessità delle vittime divengono «visibili» e assurgono in qualche modo a funzione della stessa giustizia penale»⁹⁸. Tuttavia, va escluso ciò che, negli ultimi tempi, appare essere una deviazione preoccupante del modo di 'fare giustizia': la persecuzione pubblica dei reati non deve assumere un ruolo vicariale «rispetto ai disagi collegati alla lesione subita ed alle conseguenze derivanti dallo stesso esercizio dello *jus puniendi*»⁹⁹. La giustizia statale deve mirare sempre alla tutela di un interesse pubblico che non è quello della vittima, ma va identificato nella pa-

⁹³ HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it. di Messineo, Roma-Bari 1979, 380 ss.

⁹⁴ Tanto è acutamente evidenziato da VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale*, Milano, 2012, 9

⁹⁵ Fra i tanti, sul punto, BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Milano, 2003, 149 ss.

⁹⁶ VENAFRO, *Brevi cenni introduttivi sull'evoluzione della tutela della vittima nel nostro sistema penale*, in Venafro, Piemontese (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2004, 12.

⁹⁷ BOVINO, *Problemas de derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, 1998, 71 ss.; HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en el Derecho penal*, Bogotá, 1999, 110 ss.

⁹⁸ CORNACCHIA, *La vittima nel diritto penale contemporaneo. Tra paternalismo e legittimazione del potere coercitivo*, Roma, 2012, 37.

⁹⁹ DE FRANCESCO, *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell'illecito*, cit., 15.

cificazione sociale¹⁰⁰, quale affermazione della vigenza della norma, della fiducia della collettività e del senso di sicurezza. Pertanto, il re-ingresso della vittima nella gestione del conflitto attraverso gli strumenti riparativi deve giovare, indubbiamente alla stessa vittima, escludendo la relativa marginalizzazione o vittimizzazione secondaria, ma anche al reo, che vede così favorirsi il percorso di risocializzazione e, pertanto, alla società democratica.

La frattura sociale rappresentata dal reato va ricomposta con la proposta di un percorso espiativo e riconciliativo, assumendo senso lo scopo risocializzante delle prescrizioni imposte al condannato, piuttosto che la durata del vincolo segregativo che, indubbiamente, caratterizza la pena moderna e contemporanea. In altri termini, il tempo regge la pena retributiva e, di contro, quella rieducativa deve fondarsi sul significato intrinseco della prescrizione imposta al condannato, cioè sull'effetto di responsabilizzazione che si intende raggiungere per una vera ricostruzione del legame sociale. Il significato personale (o personalizzazione) della sanzione può avere un'efficacia immediata di recupero conciliativo, rispetto ad una mera espiazione duratura, di certo solo neutralizzante ed escludente. Si potrebbe obiettare che la segregazione retributiva del condannato ha un'indubbia funzione di sicurezza sociale, seppur non garantendo il recupero del rapporto sociale con il reo. Di contro, si crede che la rieducazione del condannato attraverso la pena rieducativa ha un pari effetto di neutralizzazione controllata della recidiva e, dunque, di sicurezza sociale, assumendo il significativo scopo di ricostruire il rapporto solidaristico con il reo, coinvolgendo anche la vittima.

¹⁰⁰ MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2015, 352, 404, 405.