

## QUALCOSA DI MEGLIO DELLA PENA RETRIBUTIVA. IN MARGINE A C.E. PALIERO, *IL MERCATO DELLA PENALITÀ*\*

di Luciano Eusebi

SOMMARIO: 1. Non esiste alcuna ontologia della pena: sulla scienza della legislazione penale. – 2. L'interrogativo cardine rimane quello che investe i contenuti (e i fini) della risposta al reato. – 3. La prospettiva di una prevenzione generale *reintegratrice*. – 4. Una *chance* per Gustav Radbruch. – 5. Sul rapporto tra pena e violenza. – 6. Rifondare la politica criminale.

### 1. Non esiste alcuna ontologia della pena: sulla scienza della legislazione penale.

La pena è una costruzione giuridica, che dipende nei suoi contenuti da decisioni umane. O, meglio, dipendono da decisioni umane sia i criteri di individuazione e di (conseguente) prevenzione complessiva dei fatti criminosi, sia quelli della risposta specifica al reato. Eppure, già l'utilizzo di un termine, *poena*, tutt'altro che neutro rispetto alle modalità di tale risposta (le quali non per nulla danno luogo all'ambito tipico — al *mercato*, secondo l'espressione utilizzata da Carlo Enrico Paliero — della *penalità*) restringe in maniera drastica il quadro valutativo.

Il concetto di *poena* evoca, infatti, provvedimenti sanzionatori caratterizzati della *sofferenza*, secondo un rapporto di corrispettività verso il reato. E non già nel senso, ovvio, per cui ogni itinerario che una persona sia chiamata a percorrere, in qualsiasi contesto, risulterà umanamente impegnativo e, talora, sofferto. Bensì nel senso che nel produrre sofferenza sia da individuarsi l'essenza stessa delle sanzioni penali: salvo solo modularne il *quantum* e disquisire sulle loro finalità.

Si può ben dire allora che l'aspirazione di Gustav Radbruch a vedere realizzato un «codice penale senza pene» — e pertanto non «il miglioramento [*Verbesserung*] del diritto penale, ma il suo superamento con qualcosa di meglio del diritto penale» — implichi proprio il commiato da tipologie sanzionatorie di tipo ritorsivo, che intendano riprodurre la negatività del fatto criminoso attraverso un danno — un *pain* — inflitto al loro autore. Posto che lo stesso Radbruch non nega l'esigenza di norme mediante le quali si affronti la problematica della criminalità, ma le vorrebbe concretizzarsi in un «diritto

---

\* Il presente contributo è stato pubblicato nel volume collettaneo curato da C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M.M. Scoletta, F. Consulich, *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Giuffrè, 2022. Si ringraziano l'Editore e i Curatori per averne autorizzato la pubblicazione in questa Rivista.

Il contributo riprende, integrandolo, il testo di un intervento nell'ambito della presentazione, tenutasi presso l'Università degli Studi di Milano il 2 maggio 2022, del volume di Carlo Enrico PALIERO, *Il mercato della penalità. Bisogno e Meritevolezza di pena nel rationale della punitività*, Giappichelli, Torino, 2021.

di *miglioramento* [*Besserung*] e di tutela», «che sia più ragionevole e più umano del diritto penale»<sup>1</sup>.

Il fatto è, peraltro, che il suddetto schema classico del punire è riuscito a dissimulare molto abilmente l'aver ricondotto, da sempre, la conseguenza giuridica del reato alla logica — truce e, nel contempo, semplificatoria — del contrappasso, rivendicando per tale schema una legittimazione addirittura morale, in quanto descritto come espressivo di una *giusta retribuzione* idonea a fare da argine garantistico rispetto agli eccessi di entità sanzionatorie finalizzate, in sede edittale o giudiziaria, a obiettivi di deterrenza o neutralizzazione.

Con ciò occultando, da un lato, la circostanza per cui precisamente il modello retributivo del punire implica che la prevenzione generale e quella speciale siano perseguite facendo leva su (ipotetici) effetti intimidativi o incapacitativi, essendo estraneo a quel modello qualsiasi profilo motivazionale, cioè orientato a far sì che l'astensione dal delinquere si fondi su scelte personali di adesione ai precetti legislativi, piuttosto che su dinamiche coattive (purché si abbandoni sul piano della prevenzione speciale, beninteso, l'idea fuorviante — priva di ogni riscontro psicologico eppure reiterata per secoli in modo strumentale — secondo cui la sofferenza deliberatamente inflitta al responsabile di un reato sarebbe in grado di ingenerare *espiazione ed emenda*: termini cari, questi, al retribuzionismo di ogni tempo, che ha sempre cercato di smerciare il male come bene).

Ma dovendosi considerare altresì, d'altro lato, come il pensiero retributivo abbia reso evanescente nel sentire sociale, attraverso la retorica della pena *giusta*, il fatto che non esiste alcuna tipologia o entità di pena la quale corrisponda per sua natura al disvalore del reato commesso: così che l'archetipo retributivo si manifesta suscettibile di suffragare qualsivoglia opzione sanzionatoria. Salvo soltanto il possibile rimando alla configurazione della pena che la maggioranza dei cittadini — secondo un apprezzamento difficile, nondimeno, da effettuare in modo oggettivo — appare ritenere adeguata, in un dato momento, a un certo fatto criminoso: parametro, questo (riconducibile al *bisogno di pena* nella ricostruzione di Paliero), che ben di rado ha operato in un'ottica calmieratrice rispetto alle pene comminabili *ex lege* o applicabili in sede giudiziaria, esprimendo di norma il livello di asprezza della condanna emotivamente *invocato* dalla pubblica opinione, piuttosto che il livello della pena socialmente *tollerato* rispetto all'esercizio della potestà punitiva statale.

Orbene, nel volume di Paliero il rapporto tra richiesta retributiva di penalizzazione e politica criminale viene ristabilito, in effetti, secondo modalità non più rispondenti a un garantismo fittizio, tale da rendere incontrollabili le scelte sanzionatorie, bensì fondate sulla ricerca di soluzioni ragionevoli e motivabili: le uniche in grado di apprestare tutela anche nei confronti di coloro che del sistema sanzionatorio penale risultano destinatari. Posto che *diritto* penale non è il diritto di punire, ma il diritto di tutte le parti coinvolte entro il contesto applicativo degli strumenti penali.

---

<sup>1</sup> Cfr. G. RADBRUCH, *Der Erziehungsgedanke im Strafwesen*, in F. VON HIPPEL (hrsg.), *Der Mensch im Recht*, Göttingen, 1957, p. 57.

Dunque, non è la retribuzione che limita la pretesa punitiva, ma la *ragione* che limita la pretesa di retribuzione. È una politica criminale razionale che, nella prospettiva di Paliero, funge da contrappeso sia rispetto al *bisogno di pena* (*scil.*, alla richiesta di punizione) emergente nella società, sia rispetto a una *meritevolezza* solo formale della pena, riferita al disvalore nel suo complesso del comportamento offensivo.

Il che rende chiaro come la garanzia ricercata con riguardo al timore di un esercizio incontrollato del potere punitivo non è reperibile in controlimiti estrinseci rispetto al disegno preventivo che s'intenda perseguire attraverso il sistema penale, bensì dipende dal tipo di strategia politico-criminale che, vagliato ogni profilo, si cerchi di attuare. Secondo Paliero, del resto, l'orientamento allo scopo (*Zweckrationalität*), che caratterizza la componente deontica, funge da limite, nell'agire dell'idealtipo legislatore razionale, rispetto ai fattori ontici che implementano la criminalizzazione, e che riflettono per ampia parte i bisogni di pena<sup>2</sup>.

Ricondurre il baricentro della prevenzione dei reati alla progettazione politico-criminale, o se si vuole alla scienza della legislazione penale, funge inoltre da argine alla tendenza inveterata dell'identificare l'intera strategia di contrasto della criminalità con la retribuzione a posteriori dei fatti lesivi qualificati come reato.

## **2. L'interrogativo cardine rimane quello che investe i contenuti (e i fini) della risposta al reato.**

Su questa base, del percorso inteso a governare, nel senso chiarificatore predetto, il ricorso alla penalità vengono scandagliati, ad opera di Paliero, i conseguenti parametri valutativi, con l'intento di definire — sul piano della meritevolezza di pena *sostanziale* — il ricorso minimo allo strumentario punitivo da ritenersi di volta in volta indispensabile per fini di tutela dei beni che rilevano penalmente (ferma, comunque, l'esigenza della non sproporzione fra i beni aggrediti e quelli sacrificati in sede sanzionatoria): mediando, tuttavia, l'approdo cui in tal modo sia possibile addivenire avendo riguardo all'attesa di penalizzazione — *Wert-Affekt-orientiert* — proveniente dalla collettività.

L'obiettivo, pertanto, è quello di rendere praticabile una modulazione razionale in merito all'entità delle sanzioni penali. E il fatto che venga intrapreso un simile approccio, così da portare alla luce del sole criteri dosimetrici ordinariamente affidati agli umori politici (viene esclusa dall'orizzonte del volume di Paliero l'analisi della prassi sanzionatoria giudiziaria<sup>3</sup>), risulta d'importanza cruciale, a prescindere dalle stesse opinioni circa le singole criteriologie prospettate.

Rimane aperto, tuttavia, l'interrogativo, ineludibile e preliminare, riguardante il *contenuto* che dovrebbero assumere le pene di cui si vorrebbe arginare l'entità. Quantunque il ruolo pur sempre da riconoscersi, nella prospettiva di Paliero, al *bisogno*

---

<sup>2</sup> Cfr. C.E. PALIERO, *Il Mercato della penalità*, cit., p. 27.

<sup>3</sup> Cfr. C.E. PALIERO, *Il Mercato della penalità*, cit., p. es. pp. X e 44.

*di pena* così come emergente in ambito sociale (espressivo, per sua stessa natura, del modello sanzionatorio classico) finisce, in realtà, per ipotecare il tipo di risposta.

In che cosa, dunque, dovrebbe consistere il suddetto contenuto? A tal proposito assume rilievo un'alternativa di fondo, inerente, soprattutto, alla riforma del sistema sanzionatorio penale.

Si tratta di ritenere *predefinito* simile contenuto, giudicandolo necessitare — com'è tuttora con riguardo alle pene principali — di una quantificazione avente natura aritmetica, così da tener ferma la caratteristica di *corrispettività* della pena inflitta rispetto al reato commesso (in pratica, di mantenersi ancorati all'idea secondo cui la sanzione tipicamente penale non potrebbe che sostanzarsi nella privazione, temporalmente o materialmente quantificabile, di determinati beni, assumendo, in primo luogo, natura detentiva o pecuniaria)?

Oppure si tratta di abbandonare questa visione statica — che attende fideisticamente la prevenzione dalla retribuzione — pervenendo a concepire la pena, piuttosto, secondo contenuti *progettuali*, e pertanto come un programma di risposta al reato che rivesta esso stesso un potenziale significato preventivo, conforme agli scopi dell'intervento penale desumibili dalla Costituzione: di modo che tale intervento possa rivestire fin dove possibile, almeno in prima battuta, la forma di un *fare*, piuttosto che di un mero subire, e che, pur quando la limitazione della libertà o di altri diritti dell'agente di reato sia reputata inevitabile, le modalità esecutive della pena restino progettualmente orientate ai medesimi scopi? Ferma, beninteso, la previsione di massimi edittali, nonché di limiti riferiti alla colpevolezza del fatto circa la discrezionalità giudiziaria, pure con riguardo a sanzioni di carattere prescrittivo: non argomentati, tuttavia, come espressione di un'ineffabile *corrispettività giusta* della pena al reato, bensì con riguardo a esigenze di perseguimento credibile — in termini di configurazione minima ritenuta sufficiente — dei medesimi scopi<sup>4</sup>.

L'opzione di cui al volume di Paliero appare orientarsi nel primo senso. Non in base al presupposto, peraltro, che i contenuti tradizionali del punire risultino idonei a realizzare la prevenzione dei reati. Anzi, secondo Paliero «l'utilitarismo (in qualsiasi suo paradigma)», nell'ambito penale, «ha fallito». Per cui la penalità, che egli riguarda «come un *a priori* storicamente condizionato e condizionante», «privo di uno scopo *suo*, di una *sua* funzione», troverebbe piuttosto la sua vera funzione, con le parole di Émile Durkheim, nel «mantenere intatta la coesione sociale»: così che alla scienza della legislazione penale competerebbe di gestire la «perenne dialettica» tra «i due 'estremi'» rappresentati dal «Legislatore (tanto formale quanto materiale)» e dalla «Comunità», paragonabili «in termini economici al produttore e al consumatore (sia 'attivo' che 'passivo') della *violenza*» punitiva<sup>5</sup>.

Su tale ricostruzione dovremo tornare. Per ora è utile porre in evidenza come, in base ad essa, possa sì estendersi, ove se ne diano certe condizioni, l'ambito dei fatti offensivi non affrontati con strumenti penali e come invece, nell'assenza di tali

---

<sup>4</sup> Cfr., sul tema, C. IAGNEMMA, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale. Un rapporto da rivisitare nella teoria del reato e nel sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, pp. 1341 ss.

<sup>5</sup> Cfr. C.E. PALIERO, *Il Mercato della penalità*, cit., pp. 97 ss.

condizioni, gli strumenti sanzionatori non possano discostarsi da quelli in uso. E infatti Paliero apre, per esempio, a una gestione soprattutto civilistica di reati predatori (ove caratterizzati non da violenza sulle persone, ma da clandestinità) nonché dei c.d. reati d'infedeltà, oppure a modalità socio-conciliative d'intervento circa condotte illecite basate su preesistenti rapporti intra-personali, o ancora alle risorse della c.d. *mediazione penale* con riguardo a conflitti interpersonali<sup>6</sup>.

Entro l'ambito delle sanzioni penali, invece, si tratterebbe di operare in modo da limitarne, *graduandola*, la severità (assumendo ovviamente rilievo, ai fini della criminalizzazione secondaria, anche l'agente concreto)<sup>7</sup>. Così che lo stesso riferimento alla finalità rieducativa ex art. 27, terzo comma, della Costituzione parrebbe esaurire il suo ruolo, almeno sul piano legislativo, come parametro rilevante nel giudizio *one-to-one* di proporzionalità — avulso cioè da un *tertium comparationis* — della comminatoria edittale rispetto alla lesività del fatto<sup>8</sup>.

Una prospettiva, nel suo insieme, non lontana dal paradigma del *diritto penale minimo* ampiamente argomentato nei decenni passati, com'è ben noto, da Luigi Ferrajoli: paradigma rivolto a restringere quanto più possibile l'ambito della penalità, data la sua incidenza retributiva su diritti fondamentali, ma a sostenere l'immutabilità, nel contempo, di tale sua caratteristica (sebbene in Ferrajoli simile conclusione risulti motivata soprattutto da un pregiudizio di fondo, oggi per gran parte superato nella sensibilità penalistica, che ravvisava come tendenzialmente illiberale qualsiasi proposito di interazione, rivolto al suo recupero, con il destinatario di una condanna)<sup>9</sup>.

Bisogna peraltro ammettere che l'incidenza di tale impostazione sul piano legislativo non è stata per nulla conforme agli auspici, se è vero che, a parte qualche marginale intervento di depenalizzazione o decriminalizzazione, l'area e il *quantum* della penalità si sono, piuttosto, notevolmente ampliati.

Il convincimento che se ne deriva, allora, è quello per cui una più realistica considerazione della dignità di chi pure risulti responsabile di un reato rispetto alla potestà punitiva, anche ripensando l'ampiezza e le modalità dell'incidenza sui suoi diritti, passi necessariamente attraverso la problematizzazione riguardante i criteri che informano le modalità del punire.

Ma emerge allora una seconda questione ineludibile per un approccio innovativo alla scienza della legislazione penale: se si tratta di porre in discussione, non reputandolo più un dato immutabile, il contenuto delle sanzioni penali (delle sanzioni che resteranno penali nonostante qualsiasi ipotizzabile scrematatura), allora è necessario riflettere sui fini che li debbano ispirare, vale a dire sul modello di politica criminale che s'intenda adottare.

---

<sup>6</sup> Cfr. C.E. PALIERO, *Il Mercato della penalità*, cit., pp. 55 ss.

<sup>7</sup> Cfr. C.E. PALIERO, *Il Mercato della penalità*, cit., p. 44.

<sup>8</sup> Cfr. C.E. PALIERO, *Il Mercato della penalità*, cit., pp. 64 ss.

<sup>9</sup> Cfr. sul tema, e per i relativi riferimenti, L. EUSEBI, *Oltre la prospettiva del diritto penale minimo*, in U. CURI – G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Donzelli Editore, Roma, 2002, pp. 185 ss.

### 3. La prospettiva di una prevenzione generale *reintegratrice*.

Siamo dunque in grado di delineare un modello della prevenzione generale e speciale alternativo al mero appagamento dei bisogni ritorsivi di pena, che cela tale sua natura accreditandosi capace di deterrenza e di riduzione delle recidive: sebbene tale capacità, come osserva Paliero, sia ben lungi dall'essere comprovata?

Del resto, se appare necessario un contrappeso a simili bisogni, risulta poco credibile che esso possa determinarsi facendo leva soltanto su ponderazioni condotte in sede legislativa o accademica circa la meritevolezza formale e materiale di pena: senza l'offerta, cioè, all'opinione pubblica di una visione convincente della politica criminale, diversa da quella che consista nella risposta a istanze emotive di penalizzazione. Quelle istanze che il legislatore degli ultimi due decenni, invece, ha per lo più assecondato.

Su questa base, parrebbe a chi scrive che il contenuto sanzionatorio maggiormente idoneo a produrre prevenzione generale — fermo l'intervento sui profitti illecitamente conseguiti — coincida con quello che possa dirsi appropriato, secondo i limiti garantistici cui già si faceva cenno, ai fini di un percorso rieducativo (*scil.*, risocializzativo) credibile dell'autore di reato: percorso da intendersi come rivolto a una responsabilizzazione di quest'ultimo nei confronti dei beni offesi e come tale da favorire scelte personali di affrancamento da stili comportamentali criminosi.

Posto che solo una prospettiva di questo tipo — che altrove qualificavamo di *prevenzione generale reintegratrice*<sup>10</sup> — si manifesta in grado di assumere capacità motivazionale, sia rispetto all'agente di reato, sia rispetto alla collettività: cercando di rendere percepibili, già attraverso le caratteristiche delle risposte sanzionatorie definite sul piano legislativo e giudiziario, le motivazioni della tutela di specifici beni perseguita sul piano penale. E posto, altresì, che proprio una tale impostazione sembra quella maggiormente idonea al contrasto della criminalità organizzata, in quanto suscettibile di destabilizzare i legami di appartenenza associativa sui quali essa si fonda.

In altri termini, la prevenzione generale ha a che fare con caratteristiche *motivazionali*, e non *intimidative*, della legge: cioè di appello a scelte autonome, di adesione o di ri-adesione, ai precetti violati. Dunque, con l'autorevolezza del precetto penale e con il *consenso* che esso riesca a guadagnare: il che, a sua volta, trova consolidamento non già attraverso la durezza in sé delle pene, ma in forza della circostanza che venga *fatta verità* sulle vicende criminose, adoperandosi affinché non ne restino occulti, e con ciò forieri di ulteriori condotte illecite, i presupposti, come pure affinché siano resi per quanto possibile inoperanti gli apparati organizzativi utilizzati per delinquere.

Valgano, in proposito, alcune parole pronunciate da Paolo Borsellino nel marzo 1992: «Perché si osservano le leggi? [...] Non certo perché la loro inosservanza cagiona (eventualmente) una sanzione. Se così fosse non basterebbero tanti carabinieri quanti

---

<sup>10</sup> Cfr. L. EUSEBI, 'Gestire' il fatto di reato. Prospettive incerte di affrancamento dalla pena 'ritorsione', in C.E. PALIERO – F. VIGANÒ – F. BASILE – G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, Milano, 2018, vol. I, p. 235.



sono i cittadini. La causa principale di osservanza delle leggi è il consenso che il destinatario del precetto presta al comando»<sup>11</sup>.

La prospettiva suddetta, inoltre, si manifesta coerente rispetto al già richiamato art. 27, terzo comma, della Costituzione, l'unica norma che in essa ha per oggetto il sistema sanzionatorio penale e che sarebbe riduttivo, pertanto, intendere finalizzata soltanto a lasciar aperta una *possibilità di risocializzazione* per ciascun condannato. Tale norma, piuttosto, esprime una scelta strategica di fondo, individuando il disegno politico-criminale cui l'ordinamento giuridico è chiamato a ispirarsi in quello che persegue la prevenzione dei reati attraverso sanzioni penali costruite *per rieducare*, e quindi orientate a *motivare*.

D'altra parte, ogni altro criterio di parametrizzazione edittale delle pene orientato a scopi di prevenzione dei reati finisce per fare appello a presunzioni di efficacia intimidativa del tutto avulse da un substrato scientifico e tali da sfuggire a una verifica empirica attendibile. Tenuto conto del fatto, altresì, che l'intimidazione non è in grado di controbilanciare l'insieme delle motivazioni psico-sociali a delinquere, né soprattutto — proprio perché scevra da profili motivazionali — l'ordinario sussistere della prospettiva ragionevole di delinquere impunemente, così come segnalano gli studi sulla *cifra oscura*.

Il che accredita la conclusione secondo cui le scelte sanzionatorie edittali siano state per lo più espressive, fino a oggi, di una mera gestione dei *bisogni di pena* secondo obiettivi di tenuta del sistema sociale e, in tal modo, di consenso politico: sebbene proposte quali strumenti rivolti a contrastare efficacemente la criminalità.

Il *bisogno di pena*, tuttavia, sottintende in realtà un *bisogno di risposta ai reati*, che, se non trova altra forma di espressione, assume contorni meramente emotivi. Per cui, forse, il rimando a un atteggiamento vendicativo insopprimibile aleggiante nel sociale ha assunto anche i contorni di un alibi, che sovente emargina altri tipi di atteggiamento (si pensi solo alla notevole estensione, in Italia, del volontariato penitenziario o alla reazione scevra da sentimenti ritorsivi espressa da non poche vittime anche rispetto a fatti criminosi gravi) ostacolando una visione diversa del sistema sanzionatorio penale: benché, di certo, il percorso di affrancamento culturale da logiche retributive inveterate risulti non facile. È tempo, peraltro, che si offra una *chance* al monito di Radbruch.

#### 4. Una *chance* per Gustav Radbruch.

Il volume di Paliero da cui s'è tratto spunto delinea una metodologia la quale — così potremmo dire — intende imbrigliare «l'irrazionalizzabile» che ravvisa nella «penalità»: attraverso un'acribia quasi algoritmica, descritta conseguentemente, però, come estranea — nel momento stesso in cui offre un catalogo dei criteri di criminalizzazione significativi sul piano legislativo — a qualsiasi proposito di razionalizzare il dato del punire. L'obiettivo dell'intero percorso è dunque quello di un

---

<sup>11</sup> Cfr. A. BALSAMO, *Mafia. Fare memoria per combatterla*, Vita e Pensiero, Milano, 2022, p. 70.

contenimento della «penalità» (secondo il concetto di *limite*, ampiamente utilizzato negli approcci alla teoria della pena negli ultimi decenni), ma non di un'evoluzione concernente i criteri della medesima. Sebbene, in questa prospettiva, il rimando a esigenze valutative razionali finisca in qualche modo per riemergere, fra l'altro, nelle parole conclusive dello stesso volume: si tratterebbe di «offrire un modello di verifica delle *chances* di accettazione della violenza istituzionalizzata di cui la pena è espressione massima [...], entro i limiti della ragione e dell'etica sociale»<sup>12</sup>.

Tutto questo ha il merito di rendere chiara la questione di fondo che investe il futuro del sistema sanzionatorio penale: davvero è irrinunciabile l'idea che quella particolare forma di risposta ai fatti illeciti di rilievo sociale che sarà impossibile affidare a settori dell'ordinamento giuridico diversi da quello odierno della «penalità» non possa che proporsi in termini ritorsivi, e pertanto come *violenza* (nella forma prioritariamente detentiva) rispetto alla *violenza* perpetrata contro le esigenze di tutela di determinati beni costituzionali attraverso il reato? Per cui ove così fosse, ad esempio, gli stessi ambiti delle sanzioni sostitutive o delle misure alternative o anche della messa alla prova (constatato, come s'è detto, che la tanto celebrata riduzione al minimo della «penalità» è rimasta una chimera) continuerebbero a essere socialmente percepiti non già come profili di razionalizzazione della risposta sanzionatoria, bensì come rinuncia (per mere ragioni umanitarie o di deflazione penitenziaria) alla pena *giusta ed efficace*?

Si tratta di una tesi, quella appena richiamata, che mette in campo la persuasività di un disincanto colto e illuminato, in grado di acquietare rispetto ad ansietà radbruchiane, conseguentemente relegate, in modo rassicurante, all'ambito utopico delle ingenuità. A monte, del resto, vi è il rimando alla lettura *realistica* del fenomeno punitivo — «la pena è rimasta, almeno in parte, un atto di vendetta» — operata già a fine Ottocento da Durkheim, cui fa riferimento anche Ferrajoli, che nell'*Introduzione a Diritto e ragione* scrive: «la pena, comunque la si giustifichi e circoscriva, è una seconda violenza che si aggiunge al delitto»<sup>13</sup>: non senza osservare, tuttavia, che Durkheim, ravvisando, nella pena, un elemento di assicurazione dei sentimenti collettivi e di cementificazione della solidarietà contro i devianti, «mai ha inteso fornire una giustificazione, ma solo una spiegazione» della medesima<sup>14</sup>.

Si tratta, peraltro, della stessa prospettiva di Paliero: nulla a che fare con le tesi à la Jakobs, o con il neoretribuzionismo penale, che teorizzano come necessario, auspicabile e proficuo il soddisfacimento dei bisogni di pena. Dunque, è dalla riconosciuta *irrazionalità* del punire così concepito che si tratta di riannodare le fila onde condividere un impegno riformistico: non solo di contenimento, ma di reinterpretazione della «penalità».

Ben si può infatti concordare circa il fatto che il punire ha mantenuto, finora, un profilo intrinseco di violenza, avendo per oggetto l'inflizione in forma coercitiva di ciò che è stato teorizzato come un danno per il suo destinatario. Ma nulla *impone* che debba essere così, considerando un dogma l'essere ciò necessario, parafrasando Niklas

<sup>12</sup> Cfr. C.E. PALIERO, *Il Mercato della penalità*, cit., p. 102.

<sup>13</sup> Vd. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, 9a ed., Editori Laterza, Bari, 2008, p. XV.

<sup>14</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 264.



Luhmann, per salvaguardare la coesione sociale: l'idea di una società la quale si regge non già su fattori di consenso al rispetto delle regole in essa sancite — sebbene un consenso imperfetto e sempre *in fieri* — bensì sullo scaricare violenza verso alcuni dei suoi membri perché non si dia sopraffazione e violenza nei rapporti sociali è del tutto illogica, ma anche controproducente, come ben aveva inteso Cesare Beccaria già nel secondo Settecento con riguardo al caso emblematico della condanna alla pena di morte per affermare il rispetto della vita altrui<sup>15</sup>.

Così è anche per la guerra, che ha cercato nei secoli di accreditarsi come giusta in base al medesimo schema della «penalità» retributiva: è naturale agire per il danno, fino alla sua neutralizzazione, di quell'individuo, di quel popolo o di quello Stato, il cui modo d'agire o la cui stessa esistenza siano valutati negativamente rispetto alla salvaguardia del proprio bene. Un modello, questo, a lungo proposto come connaturato a una pretesa dinamica irrimediabilmente conflittuale delle relazioni umane, la quale ha finito per ravvisare nell'ideale di una *pace perpetua* il prototipo, addirittura, delle utopie. Salvo addivenire, oggi, alla consapevolezza del fatto che se non si cessa urgentemente dal ricondurre le relazioni umane a tale schema, esso prima o poi ci condurrà — dati gli strumenti della distruzione totale attualmente disponibili — alla catastrofe<sup>16</sup>.

Vi sono dunque ragioni non solo penalistiche perché i giuristi abbiano la temerarietà di rivisitare lo schema del fare giustizia proprio entro l'ambito, quello del punire, che ha reso paradigmatica la logica della corrispettività retributiva ben oltre i confini della «penalità».

Valga, in proposito, quanto scrivono Grazia Mannozi e Roberto Mancini nell'*Introduzione* al loro volume su *La giustizia accogliente*, mediante parole le quali, significativamente, riecheggiano Radbruch: «occorre dunque un mutamento dello sguardo per ripensare e trasformare la giustizia penale, chiedendo a essa qualcosa di più o forse di meglio della mera applicazione di norme corredate da sanzioni»<sup>17</sup>.

Ed è significativo che tali Autori, parlando tuttavia di giustizia *penale*, non ne facciano una questione terminologica. Potrebbe sostenersi, infatti, che una risposta al reato non più costruita specularmente al disvalore del medesimo necessiti d'essere identificata secondo una terminologia diversa da quella di *poena*, la quale — lo s'è detto — rimane strettamente connessa all'idea di una sofferenza retributiva. Ma il non mutare le terminologie può avere il significato nient'affatto irrilevante, oggi, di lasciar intendere che è in gioco un'evoluzione dell'intero sistema penale così come lo conosciamo, e non il mero affiancamento ad esso di qualche istituto innovativo, ma inidoneo a incidere sulla «penalità» nel suo insieme (col rischio, anzi, di accreditarne in tal modo le forme operative ordinarie). Del pari, si tratta di rendere inequivoco che non è in discussione la

---

<sup>15</sup> Secondo parole ben note, ma non mai inutilmente richiamate: «parmi un assurdo che le leggi, che sono l'espressione della pubblica volontà, che detestano e puniscono l'omicidio, ne commettano uno esso medesimo, e, per allontanare i cittadini dall'assassinio, ordinino un pubblico assassinio» (così C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* [1764], § XXVII, in *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria* [diretta da L. FIRPO], vol. I, Milano, 1984, pp. 92 s.).

<sup>16</sup> Si consenta il rinvio, sul tema, a L. EUSEBI, *Il diritto penale e la guerra. Suggestioni da N. Irti, 'Il silenzio del diritto mentre la guerra infuria'*, in *Arch. pen.*, 24 aprile 2022.

<sup>17</sup> Vd. G. MANNOZZI – R. MANCINI, *La giustizia accogliente*, Franco Angeli Editore, Milano, 2022, p. 20.

competenza del diritto e della magistratura circa la gestione dei reati e che, pertanto, non s'intende seguire la via suggestiva — emergente in alcuni approcci abolizionisti, ma tutt'altro che affidabile quanto alle garanzie difensive e ai contenuti — di una generica *riconduzione al sociale* della risposta alle situazioni di conflitto aperte dai reati: sebbene sia certamente da coltivarsi, com'è nell'orizzonte della *restorative justice*, il coinvolgimento della comunità nella configurazione governata dal diritto dei percorsi riparativi o di abbandono, comunque, degli stili comportamentali criminali e, in quanto possibile, di riconciliazione.

Dovendosi altresì tener conto del fatto che l'ambito della possibilità di rinunciare, già nelle previsioni edittali, a pene incidenti sulla libertà personale si manifesta ben più esteso rispetto all'ambito concernente gli illeciti che appaia opportuno estromettere dalla competenza della magistratura penale e affidare a una gestione civilistica o amministrativa. Risulta ben chiaro, infatti, che le attività d'indagine e di giudizio relative a determinate tipologie di violazioni possono rendere preferibile il ricorso alla peculiare indipendenza e agli specifici strumenti di accertamento delle responsabilità e di garanzia propri della magistratura penale pur quando non si tratti di applicare pene detentive: tanto che la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo esige, come ben si sa, il ricorso a discipline penali, sussistendo determinate condizioni, pure con riguardo a illeciti formalmente amministrativi. Né si può trascurare che considerazioni riferibili all'importanza dei beni coinvolti e all'autorevolezza del messaggio sociale che s'intenda diffondere circa il rispetto di determinate regole possono ben consigliare il mantenimento della competenza penale anche laddove non siano applicabili, a loro volta, pene di carattere detentivo.

## 5. Sul rapporto tra pena e violenza.

Rimane nondimeno da affrontare — onde rendere credibile la prospettiva di un'evoluzione *sostanziale* nel modo di concepire la risposta giuridica ai fatti qualificati come reato — un interrogativo di fondo: se la pena rappresenti in effetti, e irrimediabilmente, un'espressione di violenza, e anzi l'espressione massima della «violenza istituzionalizzata». Posto che ove così fosse qualsiasi intervento sulle forme in cui si manifesta il punire correrebbe il rischio di celare l'intima e insopprimibile natura del diritto penale, che ad avviso, ancora, di Luigi Ferrajoli, «per quanto circondato da limiti e garanzie, conserva sempre un'intrinseca brutalità»<sup>18</sup>. Così che di esso sarebbe possibile, soltanto, cercare di restringere i confini.

Ora, in proposito risulta necessario operare un distinguo. È ovvio che nel contesto della *communitas* giuridicamente regolata esiste un potere di obbligare, il quale s'identifica con quello *esecutivo*: di cui costituisce un aspetto anche la potestà sanzionatoria, sebbene le decisioni che incidano sulla libertà personale siano demandate dalla Costituzione, nel rispetto della legge, all'autorità giudiziaria. Ed è ovvio che da

---

<sup>18</sup> Così L. FERRAJOLI, cit., p. XV.

questo punto di vista potrebbe risultare facile l'equiparazione tra costringere ed esercitare violenza.

Eppure i due concetti non sono affatto sovrapponibili, perché molto cambia alla luce del contenuto in cui si sostanzia l'obbligo<sup>19</sup>. Una società senza vincoli giuridicamente sanciti non è immaginabile: e tutta la storia del diritto può sintetizzarsi, in effetti, nella tensione a rendere quei vincoli democraticamente sanciti, conformi a esigenze che non siano soltanto di parte e rispettosi — anzi, secondo la nostra Costituzione, *promozionali* — della dignità umana pure nel momento in cui si tratti di sanzionare. Del resto, il vivere associato esige delle determinazioni su ciò sia da considerarsi appropriato nei rapporti intersoggettivi, in quanto l'agire individuale esente da qualsiasi regola può assumere connotati tutt'altro che solidali.

Altro, allora, è che il potere di obbligare si espliciti nell'esercizio di violenza fisica o morale su chi venga punito e, in genere, nell'agire, attraverso la pena, per il suo danno e per arrecargli — programmaticamente — sofferenza. Altro è concepire il percorso sanzionatorio come rivolto a creare le condizioni per scelte libere nuove dell'agente di reato che siano rispettose di determinate regole basilari per la convivenza civile e, pertanto, a valorizzare attivamente la sua personalità promuovendone la responsabilizzazione, vale a dire l'impegno ricostruttivo di legami personali o sociali più o meno profondamente lacerati: dunque, non già recidendo, ma semmai recuperando il dialogo con il destinatario di un provvedimento penale.

Un distinguo, d'altra parte, che si evince anche dalla carta costituzionale, laddove per esempio, al quarto comma dell'art. 13, prevede che sia punita «ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà».

Certo, qualcuno vorrà sostenere che il *bene* cui mira l'ordinamento giuridico attraverso i precetti penali potrebbe non essere il bene che ritiene valido, per la sua visione della vita, chi subisca una condanna, e che nessuno, nemmeno l'ordinamento meno dispotico e più solidale (secondo un agnosticismo assoluto il quale però non è proprio delle tradizioni liberali), potrebbe far valere la propria visione del bene se non riconoscendo di ricorrere, per tal fine, a un atto di violenza.

Ma il disconoscere che si dia uno sforzo, pur inevitabilmente imperfetto, a reperire profili condivisibili di bene comune che orientino i rapporti sociali (e lo stesso proposito, formulato all'art. 3 dalla Costituzione, di «rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana») significherebbe disconoscere il ruolo stesso del diritto e il senso della convivenza democratica, rendendo argomentabile ogni regola e ogni sanzione solo con riguardo a contingenti rapporti di forza.

Peraltro, l'elenco stesso dei capitoli (*Relazione – Comunità – Dialogo – Capacità – Responsabilità – Riconciliazione – Cura – Verità – Inclusione – Trasformazione – Giustizia, democrazia, sostenibilità*) in cui si articola il volume già richiamato di Grazia Mannozi e Roberto Mancini, i quali parlano di giustizia riparativa in quanto «paradigma capace di

---

<sup>19</sup> Cfr. *amplius* sul tema L. EUSEBI, *Su violenza e diritto penale*, in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 114 ss. e in *Antigone. Semestrale di critica al sistema penale e penitenziario*, 2, 2015, pp. 51 ss.

promuovere una profonda ridefinizione anche della giustizia penale»<sup>20</sup>, ci offre il quadro realistico di una giustizia che, davvero, appare difficile assimilare alla violenza.

E che la pena possa non essere espressione di violenza rappresenta, probabilmente, lo snodo ineludibile ai fini di un'evoluzione in meglio, in termini di efficienza e di umanità, del sistema penale.

## 6. Rifondare la politica criminale.

Il commiato dall'idea che identifica nel retribuire il *fare giustizia*, ravvisando *a fortiori* in simile dinamica ciò che risulterebbe necessario e sufficiente porre in essere dinnanzi a un fatto illecito, appare necessario, tuttavia, non soltanto con riguardo alla diversificazione nel loro contenuto dei provvedimenti penali, ma anche al fine di rivitalizzare, nel suo insieme, la politica criminale.

La pretesa esaustività del prevedere mere dinamiche ritorsive rispetto alla commissione dei reati fa sì, infatti, che il sussistere stesso del diritto penale finisca per rappresentare un alibi rispetto alla mancata attivazione di presidi o comportamenti indispensabili onde prevenire fatti lesivi dei beni fondamentali. Sia in un orizzonte globale, sia con riguardo ai fatti criminosi.

Il diritto penale, infatti, non ha mai intercettato, se non in maniera del tutto marginale, i fattori che hanno prodotto nella storia dell'umanità (ma, soprattutto, negli ultimi due secoli) morte e sofferenza — a seguito di guerre, genocidi, povertà — in misura infinitamente maggiore, dal punto di vista quantitativo, rispetto alle conseguenze dei reati: pur concretizzandosi nel diritto penale, secondo il sentire comune, la forma più enfatica del *fare giustizia*. Così che esso ha permesso ai cittadini, specie nei paesi più sviluppati, di avvertirsi come *giusti*, col rivendicare l'esercizio della potestà punitiva, pur continuando a disinteressarsi largamente delle ingiustizie di natura economica e degli interessi soggiacenti ai conflitti che affliggono l'umanità.

Parallelamente, poi, il diritto penale, accreditandosi come lo strumento tipico (e, comunque, il più acuminato) della risposta ai fatti illeciti, ha favorito la storica disattenzione, sia sul piano culturale che su quello giuridico, alla prevenzione *primaria*, avente per oggetto il contrasto dei fattori economici, sociali, culturali che favoriscono la commissione dei reati: un capitolo, questo, della prevenzione (l'unico, del resto, *stricto sensu* preventivo, in quanto operante in modo autonomo dalla avvenuta commissione di un reato) il quale non di rado risulta maggiormente idoneo a incidere in concreto su egoismi, illegalità o interessi iniqui con effetti criminogeni di quanto non avvenga attraverso la sporadica punizione a posteriori dei reati (si pensi solo all'importanza che potrebbe assumere l'eliminazione non solo formale dei paradisi bancari al fine di ostacolare i traffici delle grandi organizzazioni criminali).

Il che vale, almeno in parte, anche per quanto concerne la prevenzione penale (o amministrativa) *anticipata*, cioè riferita all'intervento sulle condotte pericolose

---

<sup>20</sup> Vd. G. MANNOZZI – R. MANCINI, cit., p. 7 e quarta di copertina.

antigiuridiche, indipendentemente dall'esserne derivato in concreto un evento lesivo. Ambito che dovrebbe essere quello elettivo delle sanzioni non detentive, ma a loro volta incidenti sugli interessi in gioco, e che invece per lungo tempo non è stato adeguatamente coltivato, in forza della correlazione inveterata tra una pena da intendersi come sofferenza personale e una *sofferenza* parallelamente patita in termini lesivi da un certo bene tutelato. Con il risultato per cui si sono applicate le pene retributive tradizionali, fino ad avvicinarle in alcuni casi a quelle previste per i delitti dolosi, anche con riguardo ai reati colposi di evento: trascurando che in quest'ultima ipotesi si punisce, ordinariamente, il soggetto *più sfortunato* tra molti soggetti agenti secondo il medesimo disvalore della condotta, come pure che la prevenzione efficace di tali reati è legata, di conseguenza, al contrasto delle condotte pericolose e non alla esemplarità della pena applicata dopo il verificarsi dell'evento (di fatto, lasciando ampiamente praticabili in concreto le medesime condotte, che risultano per lo più caratterizzate da una bassa probabilità unitaria di produrre l'esito lesivo)<sup>21</sup>.

Il superamento, pertanto, di un modello predeterminato dell'agire *giusto* in rapporto ai reati — modello che rimanda al paradigma della corrispettività retributiva, suscettibile di modulazioni ma ritenuto non sconfessabile — appare in grado di restituire ai giuristi e alla cultura contemporanea la percezione della *relatività* dei percorsi intesi a prevenire la commissione dei reati e a ripristinare rapporti conformi alla legge dopo il loro verificarsi. Una relatività che esige profili *progettuali*, anche in rapporto al mutare dei quadri criminologici nel tempo e alla caratteristiche contingenti delle casistiche concrete, sia con riguardo alle scelte legislative intese a garantire limiti garantistici e criteri omogenei di giudizio, sia con riguardo alla determinazione giudiziaria delle sanzioni: in luogo di un'immagine astratta e statica del reato, che troverebbe risposta in una fredda corrispettività aritmetica, aperta soltanto ad ambiti di oscillazione quantitativa.

Con il che si riapre il capitolo negletto di una politica criminale non appiattita sulla legislazione penale e, nell'ambito di quest'ultima, non appiattita sulla condanna detentiva. Considerando, fra l'altro, che il grosso della prevenzione (primaria) dei reati compete a settori dell'ordinamento giuridico diversi da quello penale e che, sullo stesso piano sanzionatorio, necessita un coordinamento stretto tra provvedimenti penali e amministrativi (senza escludere un'eventuale estensione dello stesso ricorso a sanzioni pecuniarie civili): sebbene, a quanto consti, non sussista in Italia una sola cattedra universitaria, né uno specifico ufficio nell'ambito delle pubbliche istituzioni, che siano dedicati alla pianificazione politico-criminale.

Ciò dovrebbe poter condurre, altresì, a superare il fatto stesso per cui, in non pochi casi, la rinuncia, presenti certe condizioni, alla tutela penale (finora identificata con quella detentiva) di un dato bene ha finito per sottintendere una rinuncia *tout court* all'impegno preventivo. In altre parole, la prevenzione deve risultare credibile, ed essere

---

<sup>21</sup> Cfr. sul tema S. Dovere, *Colpa e sanzioni: verso un nuovo paradigma?*, in *Arch. pen.*, 6 giugno 2022; L. EUSEBI, voce *Sistema sanzionatorio e reati colposi*, in *Enc. Dir.*, I tematici, vol. II, diretto da M. DONINI, *Il reato colposo*, Milano, 2021, pp. 1200 ss.

socialmente percepita credibile, anche quando, per le più diverse ragioni, non sia di tipo penale.

La problematica relativa ai casi di non punibilità dell'aborto, cui fa riferimento Paliero, resta paradigmatica<sup>22</sup>. L'assenza di un impegno tangibile pur sempre preventivo, in quei casi, ha finito per non contrastare le situazioni che a priori possono favorire un esito il quale risulta drammatico per il feto, ma anche incidente sul vissuto futuro della donna, e per privare la donna stessa in difficoltà per una gravidanza di quelle forme d'aiuto che sono dovute alla sua dignità<sup>23</sup>. Col rischio che il rimando, in materia, a un'esigenza di prevenzione, sebbene non penale, finisca per costituire un ossequio di principio all'impossibilità di argomentare giuridicamente l'indifferenza verso i beni coinvolti, coprendo nel contempo, tuttavia, l'indifferenza pratica dei più rispetto a un evento che non li potrà ormai colpire nella loro stessa vita.

In sintesi, riflettere sul sistema sanzionatorio penale significa prendere le distanze, ad avviso di chi scrive, da forme retributive simboliche, che rispondono solo fittiziamente all'esigenza sociale di vedere preservata la collettività da comportamenti lesivi di beni fondamentali e dal loro ripetersi. Operando, piuttosto, in senso finalmente progettuale: secondo una strategia integrata volta alla prevenzione dei fatti illeciti rilevanti ai fini sociali, comprensiva di strumenti diversi, attenta a contrastare i fattori criminogenetici, ma anche gli interessi sottesi all'agire criminoso, nonché memore dell'orientamento costituzionale secondo cui l'agire preventivo verte essenzialmente sulla capacità di motivazione.

Questa scommessa era già al centro del mio dialogo con Carlo Enrico Paliero, quando varie volte, negli anni Ottanta, mi invitò a discutere con i suoi studenti di Pavia, come giovane ricercatore, circa le correnti c.d. neo-retributive che all'epoca erano state oggetto di qualche mio approfondimento<sup>24</sup>. Un'opportunità di cui gli resto molto grato. Come ancor più gli sono grato per aver continuato a ritenermi un interlocutore, fino all'occasione dell'incontro sul suo volume, che ha fatto da traccia per questo scritto. Ben volentieri, dunque, e con amicizia le riflessioni fin qui condotte gli sono dedicate.

---

<sup>22</sup> Cfr. C.E. PALIERO, *Il Mercato della penalità*, cit., pp. 59 ss.

<sup>23</sup> Valga in proposito la prima parte del documento del Comitato nazionale per la bioetica approvato il 16 dicembre 2005, con un solo voto contrario e con la convergenza delle diverse componenti culturali in esso presenti, su *Aiuto alla donna in gravidanza e depressione post-partum*.

<sup>24</sup> Cfr. L. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione, I: Pena retributiva e teorie preventive, II: L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 914 ss. e 1315 ss., testi ripresi con modifiche nell'omonimo contributo *La "nuova" retribuzione*, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 93 ss.