

## IL PENALE TRA TEORIA E POLITICA

di Domenico Pulitanò

*La teoria del diritto penale ha ad oggetto una tecnica normativa di particolare rilievo per gli equilibri fra società e Stato Leviatano. Le classiche teorie della pena additano problemi, non soluzioni. Per il ben-essere della società c'è bisogno di un Leviatano forte ma incatenato. In quest'ottica vengono impostati, anche alla luce delle esperienze di questo difficile momento, i problemi di costruzione legale e di gestione delle risposte al reato.*

SOMMARIO: 1. Il penale, tecnologia del Leviatano. – 2. L'incatenamento del Leviatano. I principi sulla pena. – 3. Modelli a confronto. – 4. *Excursus* sul linguaggio. – 5. Il penale fra Leviatano e società civile. – 6. Problemi delle pene edittali. – 7. Le risposte al commesso reato. – 8. Risposte al reato e tempi della vita.

### 1. Il penale, tecnologia del Leviatano.

1.1. Le riflessioni che qui propongo riguardano problemi della pena. Stanno al confine fra la teoria del diritto penale e le politiche penali. Intendo per politica del diritto la costruzione di opzioni normative; tali sono gli ordinamenti giuridici positivi di ieri e di oggi.

Ciò che definiamo diritto penale è una *tecnologia del potere*<sup>1</sup>; nel nostro mondo, una tecnologia dello Stato Leviatano, detentore del monopolio della forza. La norma generale e astratta trasmette un messaggio: il precetto da rispettare, e la chiamata a rendere conto per il caso di trasgressione (il profilo sanzionatorio). Teoria e politica del diritto penale hanno ad oggetto questa tecnica, che è una risposta – buona o cattiva - al problema hobbesiano, come garantire la sicurezza di un ordine costituito.

L'approccio realistico, proprio del positivismo giuridico<sup>2</sup>, guarda al diritto “*con occhio disincantato, come l'organizzazione della coazione collettiva, senza far riferimento a valori*”<sup>3</sup>. Per la teoria giuridica, la distinzione concettuale del diritto dalla morale<sup>4</sup> lascia

---

<sup>1</sup> C. FOUCAULT, *Surveiller et punir: Naissance de la prison*, Paris 1975, parla delle punizioni come *tecnologia politica del corpo* (p. 33 nella traduzione italiana, Torino 2014). La tecnologia cui qui mi riferisco è la tecnica normativa in quanto tale.

<sup>2</sup> U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965; N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965.

<sup>3</sup> M. JORI, *Concezioni del diritto vecchie e nuove. Il positivismo giuridico rivisitato sullo sfondo del costituzionalismo*, in *Criminalia*, 2017, p. 69 ss. (citazione da p. 90).

<sup>4</sup> H.L.A. HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, 1964,

aperto il problema dei contenuti. Etiche normative e diritto hanno un comune interesse per problemi di valutazione della condotta umana, secondo criteri di liceità o illiceità obiettiva, colpevolezza o non colpevolezza soggettiva<sup>5</sup>. La pretesa di moralità e di giustizia, sottesa all'ordinamento giuridico positivo, è per definizione discutibile da altri punti di vista anche normativi<sup>6</sup>.

Sono usualmente presentate come idee guida di teorie della pena la retribuzione (*punitur quia peccatum est*) e la prevenzione (*punitur ne peccetur*). In un senso puramente formale (buono per il linguaggio della teoria) la pena può essere definita 'retribuzione' del reato: il paradigma penalistico del Leviatano può essere definito strutturalmente retributivo, quali che siano le ideologie addotte a giustificazione:

Le c.d. teorie della pena - sia retributive, sia preventive - pongono problemi e propongono ragioni rilevanti per la costruzione, il funzionamento, la valutazione delle risposte degli ordinamenti giuridici; problemi di bilanciamento di una pluralità di interessi confliggenti, di ragionevolezza etico-politica di risposte punitive. Propongono l'immagine di un diritto ideale, rispondente a giustizia e/o razionale rispetto a scopi di prevenzione generale e/o speciale. La dottrina giuridica è andata alla ricerca di conciliazioni fra i diversi approcci. La riflessione sulla pena "non ha raggiunto esiti soddisfacenti, neppure in via approssimativa, ma solo stipulativa". Le statuizioni di pena, nelle leggi penali positive, rispecchiano "accordi contingenti sul codice della città"<sup>7</sup>.

Delle teorie della pena può essere fatto un uso critico. Sul piano delle politiche del diritto le idee retributiva e preventiva non additano soluzioni obbligate<sup>8</sup>, ma possono essere articolate come criteri di controllo delle possibili scelte normative ed operative, sia sul piano della razionalità strumentale (prospettive preventive) sia sul piano normativo della giustizia (idea retributiva).

Gli ordinamenti penali positivi sono *risposte locali*<sup>9</sup>, storicamente determinate, a problemi di organizzazione e difesa della convivenza nella *polis*. La necessità politica del diritto criminale/penale quale tecnologia del potere non dà alcuna garanzia sulla qualità dell'ordinamento vigente *hic et nunc* e del suo funzionamento. Il liberalismo politico riconosce spazio e legittimità a concezioni diverse; il confronto e conflitto è accettato in via di principio. La contingente valutazione di un ordinamento giuridico, o la nostra valutazione personale, non hanno titolo a presentarsi come la *giustizia punitiva tout court*, la giusta misura o la migliore di tutte.

---

p. 107 ss.

<sup>5</sup> "Il rapporto fra morale e diritto conserva un valore fondante per il diritto penale: sia per separare che per unire queste due dimensioni": M.DONINI, *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2017, p. 34.

<sup>6</sup> H.L.A. HART, *Diritto, morale e libertà*, Acireale, 1968.

<sup>7</sup> M. DONINI, *Genesi ed eterogenesi moderne della misura e dell'unità di misura delle pene. Commento a Carcere e fabbrica, quarant'anni dopo*, in *DisCrimen*, 2020, p. 18..

<sup>8</sup> "Nessuna teoria della pena – da quelle plurisecolari a quelle più recenti – riesce a spiegare in maniera appagante ed esaustiva il fenomeno del punire considerato nella molteplicità delle sue forme": G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari 2017, p. 38

<sup>9</sup> G.P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, trad. it., Bologna, 2004, p. 16.

1.2. Nel diritto penale moderno si è affermata la pena detentiva, come alternativa al dominio della pena di morte (peraltro tuttora vigente in Stati importanti) e di pratiche punitive crudeli, incidenti sul corpo. La fortuna storica della pena detentiva non è casuale. È frutto del progresso delle idee e dell'addolcimento dei costumi, non d'arbitrio di legislatori, dicevano voci del secolo XIX, citate un secolo dopo da Foucault, il quale aggiunge: *“Conosciamo tutti gli inconvenienti della prigione, e come sia pericolosa. E tuttavia non ‘vediamo’ con quale altra cosa sostituirla. Essa è la detestabile soluzione, di cui non si saprebbe fare a meno”*<sup>10</sup>.

Appunto la pena detentiva è la radice dei problemi più delicati in materia di risposte al delitto. La gravità del problema penale è legata anche all'impossibilità di rinunciare alla pena detentiva in un prevedibile orizzonte storico. I principi sul diritto penale, nella nostra Costituzione, sono pensati per un sistema assestato sulla pena detentiva.

Le restrizioni di libertà, nelle quali consiste l'esecuzione di pena detentiva, integrano un fatto tipico di delitto contro la libertà personale. L'ingresso in carcere segna una rottura esistenziale nel fluire della vita; il carattere spiccatamente offensivo della pena carceraria, tale da integrare un tipo di delitto e una rottura esistenziale, tiene aperto il problema della sua sostenibilità etico-politica. Nella ricerca di un volto costituzionale del sistema penale, la dottrina italiana richiede per la pena detentiva criteri di legittimazione particolarmente stringenti<sup>11</sup>.

L'*appeal* politico del carcere sta anche (soprattutto?) nell'offerta di rassicurazione: il condannato in carcere viene percepito da molti come *più sicurezza*. *Carcer ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*, è una citatissima frase del Digesto.

L'ingresso in carcere può spezzare attività criminali in corso. Nei c.d. anni di piombo, individuare e catturare terroristi in sevizio attivo rispondeva a vitali esigenze di sicurezza, oltre che di giustizia<sup>12</sup>. Esigenze di sicurezza non erano in gioco quando (nel 2018) è stato estradato un condannato all'ergastolo per delitti di terrorismo, dopo 40 anni di latitanza. Era ancora fortemente sentito un problema di giustizia; c'è stata una vistosa strumentalizzazione politica. Basta questo esempio a mostrare che il rapporto fra giustizia e sicurezza non è affatto scontato. Non sempre il condannato, anche per delitti molto gravi, è un pericolo attuale per la società nel momento in cui viene incarcerato. Dopo 40 anni dai delitti (gravissimi) e dalla condanna, qual è il senso dell'esecuzione della pena? Quale misura di giustizia? Sono interrogativi che è bene tenere aperti.

La giustizia del punire è un problema di valutazione etico-sociale; la sicurezza è un problema di razionalità strumentale. Ordinamenti positivi come il codice Rocco distinguono la pena – la risposta 'di giustizia' al reato – da misure la cui sostanza non è di giustizia, ma di sicurezza. Misure *di sicurezza* sono legittimate - non imposte - dalla

---

<sup>10</sup> M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 252.

<sup>11</sup> È l'impostazione risalente a F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov. dig. it.*, XIX, Torino, 1973.

<sup>12</sup> *Il libro dell'incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, a cura di G. BERTAGNA, A. CERETTI E C. MAZZUCATO, Milano 2015, p. 274, ci informa su una discussione nella quale *“alcuni tra gli ex, spiegano che l'arresto e la carcerazione preventiva hanno avuto il merito di fermarli: con il senno di poi, si accorgono che altrimenti avrebbero compiuto altre azioni, di cui oggi porterebbero il grave peso”*.

Costituzione (art. 25). Formalmente fuori del sistema penale si è sviluppato un mondo di misure di prevenzione, nate come misure di polizia, giurisdizionalizzate nel 1956, ridisegnate dalla legislazione antimafia e da riforme recenti. Interventi della giurisprudenza costituzionale hanno eliminato alcuni vistosi deficit di legalità<sup>13</sup>, ma anche contribuito a stabilizzare istituti che, sotto l'etichetta della sicurezza o prevenzione, fuoriescono dal paradigma cognitivo del garantismo, del quale sono elementi imprescindibili e inscindibili, sul piano del diritto sostanziale il principio di legalità, e sul piano processuale un modello di giurisdizione che ha come condizioni necessarie *“la verificabilità o falsificabilità delle ipotesi accusatorie in forza del loro carattere assertivo, e la loro prova empirica in forza di procedure che ne consentano sia la verifica che la falsificazione”*<sup>14</sup>. Qui mi limito a ricordare che, nel quadro delle tecnologie del Leviatano, gli istituti 'di prevenzione' sono assai più problematici della pena.

## 2. L'incatenamento del Leviatano. I principi sulla pena.

2.1. Per riflessioni 'politiche' sul sistema penale quale tecnologia del Leviatano, è d'interesse un'analisi più generale, sulle condizioni del buon funzionamento e benessere delle società. Su un'ampia base di esempi storici due studiosi (economisti) americani hanno presentato il seguente modello: *“ci vuole uno Stato forte per combattere la violenza, far rispettare le leggi e fornire servizi pubblici indispensabili per garantire alle persone la possibilità di fare scelte e portarle avanti. Ci vuole una società forte e mobilitata per controllare e incatenare uno Stato forte”*<sup>15</sup>. Decisivo è l'equilibrio fra la società civile e lo Stato: serve un Leviatano forte ma incatenato da solide garanzie. È raggiungibile entro uno stretto passaggio, il *narrow corridor* cui lo studio è intitolato. In esso sono entrate le democrazie che hanno avuto successo, a partire dall'Atene antica fino alle moderne democrazie liberali.

*“Il Leviatano può potenziare le sue capacità e diventare molto più forte quando la società è disposta a collaborare con lui, ma per questo bisogna convincere il popolo che può controllare il mostro”*<sup>16</sup>. Sia lo Stato sia la società devono correre per non andare indietro (come la Regina rossa nella favola di Alice). Mantenere l'equilibrio fra una forte società civile e un Leviatano forte ma incatenato, è un problema sempre aperto, come mostra la storia anche dei nostri giorni.

Sia la forza, sia l'incatenamento del Leviatano dipendono anche dal sistema penale, che con i suoi precetti concorre a definire doveri, diritti e aspettative, gli equilibri fra autorità e libertà, le condizioni di funzionamento della società civile. È l'osservanza dei precetti lo scopo primario del diritto criminale/penale, in qualsiasi tipo di

---

<sup>13</sup> Per le misure di prevenzione, cfr. Corte cost. n. 177/1980, n. 33/2018, n. 24 e 25/2019.

<sup>14</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Torino, 1989, p. 6 ss.

<sup>15</sup> D. ACEMOGLU e .A. ROBINSON, *The narrow corridor* - in traduzione italiana *La strettoia*, Milano 2020. Citazione da p. 14.

<sup>16</sup> *Op.ult.cit.*, p. 68.

ordinamento, buono o cattivo). La minaccia legale di pena ha a che fare con le condizioni dell'osservanza di precetti ritenuti importanti.

Rientrano nella competenza del Leviatano, detentore del monopolio della forza, i problemi del *law enforcement*: l'attivarsi di una macchina istituzionale munita di poteri d'inquisizione e di coazione, e la giustizia punitiva, in particolare l'uso della pena detentiva e le modalità di esecuzione.

Nel gergo (e forse nelle teste) dei penalisti, interesse dello Stato e interesse della società tendono ad essere visti come la medesima cosa: unificati nel linguaggio che definisce interessi *dello Stato* gli interessi per i quali è apprestata tutela penale. Nell'analisi dei rapporti fra Stato e società è bene distinguere anche i rispettivi interessi.

2.2. Principio base della tecnologia penalistica di uno stato di diritto è il principio di legalità, la forma di legge generale e astratta. Nell'ordinamento italiano vigente il principio costituzionale di legalità affida la determinazione dei reati e delle pene alla discrezionalità politica del legislatore, rappresentante della volontà popolare. Anche l'apertura politica è un aspetto del principio di legalità.

Con riguardo alle funzioni, al possibile ambito e ai limiti dell'intervento penale, viene in rilievo l'insieme dei diritti, dei doveri, delle finalità cui la Costituzione dà rilievo. La qualità 'di giustizia' del sistema penale dipende da presupposti di fatto e di diritto che vanno ben al di là della tecnologia penalistica.

Dei delitti e dei criteri di attribuzione di responsabilità (l'aspetto precettivo del diritto criminale/penale) si interessa la teoria del reato, fiore all'occhiello della cultura penalistica. Nel nostro mondo c'è consenso su un nucleo di precetti (delitti naturali, dice un lessico tradizionale), sui criteri di attribuzione di responsabilità soggettiva (dolo, colpa) e sulla rilevanza dei diritti e libertà costituzionali, sia quali interessi che pongono problemi di tutela, sia quali limiti all'intervento penale. Sull'ambito complessivo del diritto criminale e sui sistemi di pene (di risposte al reato) la discussione etico-politica è assai più aperta e conflittuale.

2.3. Per le scelte relative alla pena attraversa la storia l'idea della *proporzione*. La ritroviamo, a un livello più generale, nella concezione (non definizione, ma obiettivo problematico) del diritto quale *hominis ad hominem proportio, quae servata servat societatem, et corrupta corrumpit*<sup>17</sup>.

Se fondamento del diritto criminale e delle risposte sanzionatorie è il *principio responsabilità*, la ricerca di proporzione, cioè di un ragionevole rapporto fra colpa e pena, è un passaggio non eludibile per un buon legislatore che si ponga il problema di articolare un sistema di pene edittali<sup>18</sup>.

La proporzione si presta ad essere interpretata in chiavi diverse: rigidamente retributiva, su una linea di continuità con logiche di vendetta, o utilitaristica, come in

---

<sup>17</sup> DANTE, *Monarchia*, II, 5.

<sup>18</sup> L'alternativa teorica sarebbe il paradosso stoico: *Peccare est tamquam transire lineas: quod cum feceris, culpa commissa est: quam longe progrediare, cum semel transieris, ad augendam transeundi culpam nihil pertinet*. CICERONE, *Paradoxa stoicorum*. Nella formale contrarietà alla norma, tutti i peccati sono uguali. Nella sostanza – nella gravità – sono diversi: *Quis paria esse fere placuit peccata, laborant, / cum ventum ad verum est: sensus moresque repugnant*: ORAZIO, *Satire*, libro I, 3, 96-97).<sup>18</sup>

Beccaria<sup>19</sup>. Con riguardo alle minacce legali di pena, come base di partenza l'idea di proporzione, pur non additando soluzioni univoche sulle misure di pena, non ha alternative plausibili: esprime l'esigenza, cioè pone il problema di differenziazioni ragionevoli, tendenzialmente in un'ottica di moderazione, *ne scutica dignum horribili sectere flagello*<sup>20</sup>.

Non è un caso che, nella giurisprudenza costituzionale in materia di pene, l'idea di proporzione abbia un ruolo determinante, agganciato al principio d'eguaglianza.

2.4. Sul senso o funzione della pena, nella Costituzione italiana leggiamo che le pene devono tendere alla rieducazione del condannato (art. 27, comma 3). La valorizzazione di questo principio è avvenuta per passi successivi, non senza resistenze. La giurisprudenza costituzionale ha dato rilievo alle tradizionali finalità di *dissuasione, prevenzione, difesa sociale*: quelle che caratterizzano il diritto penale come tecnologia del Leviatano. Tra le finalità della pena non può “*stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione*”: il legislatore può far prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra delle finalità della pena coerenti col sistema costituzionale, “*nei limiti della ragionevolezza*” e “*a patto che nessuna di esse risulti obliterata*” (Corte cost. n. 264 del 1974, n. 306 del 1993).

La prospettiva di una 'rieducazione' gestita dal Leviatano è intrinsecamente *problematica*<sup>21</sup>. Campi c.d. di 'rieducazione' sono tipici di ordinamenti spiccatamente autoritari. La nostra ammirazione va a personaggi (come Antonio Gramsci o Vaclav Havel) che nelle carceri di regimi illiberali hanno mantenuto la loro libertà di pensiero e di manifestazione del pensiero. Anche entro l'orizzonte di democrazie liberali sarebbe aprioristico e moralistico ritenere che tutti i condannati siano bisognosi di un qualche 'trattamento rieducativo'.

In un ordinamento di democrazia liberale l'idea della 'rieducazione' va incatenata al rispetto dovuto alla libertà morale delle persone. Viene in rilievo (come ha affermato la Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 313/1990) per tutte le scelte relative alla pena: anche per il legislatore e per la commisurazione e applicazione in concreto, non solo per l'esecuzione della pena. La pena deve assicurare le condizioni di un 'rispondere' per il reato commesso (in carcere e/o fuori) che sia umanamente significativo per il condannato. Offerta, non imposizione. Per autori di reato socialmente o culturalmente svantaggiati, è la prospettiva dell'art. 3 cpv. Cost.: rimozione di ostacoli al pieno sviluppo della persona umana e alla partecipazione alla vita sociale.

Hanno una rilevanza 'di principio' le condizioni materiali dell'esecuzione delle pene. Il principio che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27 Cost.) addita un legame fra il come e il senso della pena, che ha rilievo in qualsiasi ottica si valutino le ragioni del punire e la loro traduzione in pratiche punitive. Se si ha riguardo alle condizioni concrete della vita carceraria, il *quantum* di afflizione è diverso per pene di uguale durata<sup>22</sup>. C'è un problema di *uguaglianza di*

<sup>19</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, §. 6:

<sup>20</sup> Ancora ORAZIO, *Satire*, I, 3, 119.

<sup>21</sup> G. FIANDACA, *Prima lezione*, cit, p.27.

<sup>22</sup> Per misurare l'afflittività della pena la quantità di pena irrogata dovrebbe essere moltiplicata per un

*trattamento*, oltre che di rispetto di un standard di civiltà che dovrebbe essere legalmente definito ed assicurato nei fatti. Di fronte alla realtà del mondo carcerario<sup>23</sup>, è un'istanza critica la cui valorizzazione è ancora all'inizio.

### 3. Modelli a confronto.

3.1. Un modello che è stato presentato come alternativo assume la *“riparazione di offesa e danno quale base razionale del computo della pena come equivalente del reato”*<sup>24</sup>, e propone il delitto riparato come figura autonoma, con autonoma cornice edittale, punto di partenza per rivedere la teoria del reato. *“In questo paradigma razionalizzante il delitto riparato esige che vi sia una vera rivoluzione epistemologica nella costruzione delle pene e della loro applicazione, anche un programma punitivo presentato a chi ha commesso un reato. Suppone un nuovo orientamento della risposta punitiva dello Stato, dove la pena che semplicemente aggiunge un male al male commesso sia concepita come residuale o successiva rispetto al programma riparativo”*<sup>25</sup>

Questa impostazione si presenta come rilevante sia per la teoria (*paradigma razionalizzante; rivoluzione epistemologica*) sia per la politica penale (*programma punitivo presentato a chi ha commesso un reato*). Svolgerò un'analisi separata di questi due piani, cominciano dall'aspetto comunicativo che li unisce.

Il mio dissenso è sul *design concettuale*<sup>26</sup> e sul significato (anche etico-politico) dei messaggi normativi. Né un paradigma teorico relativo al diritto criminale/penale, né un programma punitivo che abbiano aspirazioni di completezza possono essere compiutamente fondati sull'idea del delitto riparato.

Il modello del delitto riparato non tocca – dà per scontata – la struttura della norma generale e astratta, che mi piace descrivere col linguaggio dell'uomo comune, quello che Manzoni (nipote di Beccaria) mette in bocca a Renzo, vittima d'ingiustizia che si attende dalle leggi protezione e giustizia: *“Nella legge penale ci sono nominate le briconerie chiare, proprio come succedono; e per ciascheduna, il suo buon gastigo”*<sup>27</sup>. Modelli teorici e politiche penali trovano il primo aggancio nel principio di legalità dei reati e

---

coefficiente che corrisponde al diverso grado di afflizione concreta nelle diverse situazioni: E. FASSONE, *Fine pena: ora*, Palermo 2015, p. 157-58.

<sup>23</sup> Una descrizione sintetica della situazione attuale in Italia in M. BORTOLATO e E. VIGNA, *Vendetta pubblica. Il carcere in Italia*, Roma-Bari 2020.

<sup>24</sup> È il titolo del capitolo conclusivo di M. DONINI, *Genesis ed eterogenesi*, cit. Una tesi già proposta in precedenti scritti: per es. in *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici*, in *Studi Dolcini*, cit., II, 579 ss.

<sup>25</sup> M. DONINI, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, dedicato agli Studi in onore di Lucio Monaco. È on line nel sito di *Questione giustizia*.

In precedenza, M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in AA.VV., *Giustizia riparativa*, a cura di G. Mannozi e G.A. Lodigiani, Bologna, 2015, p. 135s; ID., *La situazione spirituale della ricerca giuridica penalistica. Profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1856.

<sup>26</sup> Traggo questa formula da L. FLORIDI, *Pensare l'infosfera, La filosofia come design concettuale*, Milano 2020.

<sup>27</sup> A. MANZONI, *I promessi sposi*, Cap. XIV.

delle pene; si interessano del *programma precettivo e punitivo* da presentare ai soggetti tenuti all'osservanza.

Nel modello concettuale e linguistico d'uso comune (nelle leggi e nella teoria) la minaccia legale di pena è pensata per un tipo di delitto, oggetto del precetto. La politica legislativa, la giustizia costituzionale, i giuristi nell'accademia e anche nel foro discutono di istituti legali, di norme incriminatrici e sanzionatorie. L'idea (condivisibile) che "*poiché la pena nasce dal danno, ha senso che sia diversa in caso di assenza di danno o di danno risarcito*"<sup>28</sup> non dà risposta al problema di che cosa fare quando il danno c'è e non è stato riparato in alcun modo.

Pure il modello che addita nell'idea della riparazione la *base razionale del computo della pena*, e configura il delitto riparato come titolo autonomo, deve farsi carico del problema della misura della pena per i casi in cui una riparazione non vi sia stata. In ordine diverso, e con etichette diverse, ricomponi i medesimi pezzi cui dà rilievo il modello classico.

Una teoria della pena con aspirazioni di completezza ha bisogno di un fondamento che regga l'insieme dell'edificio, quali che siano le concrete conformazioni. È il precetto (non uccidere, non rubare) il primo e più importante messaggio che il diritto criminale ha il compito di trasmettere. La minaccia legale di pena rafforza il messaggio precettivo; concorre ad affermare il *principio responsabilità* come fondamento del diritto criminale/penale, incorpora in prima battuta la valutazione di gravità obiettiva del tipo di reato. (eventuale) questione della riparazione *viene dopo*.

La (eventuale) promessa legislativa di un trattamento più mite a seguito di condotte riparatorie (o di altre condotte successive al reato: per es. la collaborazione con la giustizia) non fa parte del messaggio precettivo fondamentale rivolto alla generalità dei consociati. È un messaggio che ha senso nei confronti dell'autore di un reato già commesso. Suonerebbe disfunzionale se pensato nei confronti di chi si accinga a delinquere.

Sul piano formale il legislatore può tipizzare condotte riparatorie con modalità tecniche diverse: elementi costitutivi di figure speciali di reato, circostanze attenuanti, cause di non punibilità. La riparazione, comunque tipizzata, *non* fa parte della condotta inosservante. La distinzione concettuale dei profili precettivo e sanzionatorio è indipendente da come il legislatore li iscriva nei suoi testi.

Il *design* concettuale della teoria fa bene a rispecchiare il modello comunicativo del Leviatano, per ragioni di chiarezza e completezza del discorso. La forma del messaggio legislativo fa bene a tenere eventuali normative *premianti* (della collaborazione post delitto, o della riparazione) su un piano diverso dalla configurazione del tipo di reato e della pena base, cioè dal primo e principale messaggio che il Leviatano affida alla tecnologia normativa 'diritto penale'. Dentro questo modello, il problema della riparazione può essere preso sul serio, e discusso a tutto campo. Soluzioni ragionevoli, anche molto spinte, possono trovare spazio. Sono questione politica, di contenuti normativi.

---

<sup>28</sup> M. DONINI, *Genesis, cit.*, p. 19.



3.2. “Una riparazione è sempre possibile”, ha scritto Donini<sup>29</sup>; anche per i delitti irreparabili, sotto forme riparatorie per equivalente. È un gioco di parole, del tutto esplicito: riparazione *per equivalente* è altra cosa da riparazione in senso proprio.

*What's done cannot be undone*, Shakespeare fa dire a lady Macbeth, figura tragica del delitto politico. L’uccisione di persone è irrevocabile. Irreparabili possono essere gli effetti di fatti avvenuti, sia materiali sia sul vissuto delle persone. L’uccisione dei figli di Macduff non è ‘riparata’ dalla vendetta su Macbeth, e nemmeno dall’abbattimento della tirannia.

Manzoni caratterizza la scelta del personaggio che si fa frate dopo avere ucciso un uomo, come “una nota di espiazione e di servizio, che potesse, se non riparare, pagare almeno il male fatto, e rintuzzare il pungolo indelebile del rimorso”<sup>30</sup>. Distinguendo dal *riparare* altri modi di *pagare*, cioè di farsi carico del male commesso, il grande scrittore usa un linguaggio più preciso dell’uso allargato del concetto di riparazione, e del delitto riparato come *categoria dogmatica* entro cui collocare tante cose (mediazione, messa alla prova, lavoro di pubblica utilità, *et similia*) in ragione di *valutazioni strumentali dell’ordinamento*, di *declinazioni utilitaristiche della premialità*<sup>31</sup>. Applicata a surrogati più o meno pallidi, la nozione di riparazione risulta annacquata, a rischio di *svuotamento semantico*<sup>32</sup>.

Proprio con riferimento ai delitti più gravi – in particolare il delitto per eccellenza, l’omicidio – l’idea della riparazione non può essere presa alla lettera.

3.3. Fanno parte del sistema di risposte al reato anche istituti che spezzano o modificano la sequenza fra reato e pena<sup>33</sup>, in ragione di fatti (riparazione o altro) successivi al fatto illecito commesso. Nell’ordinamento italiano hanno un fondamento costituzionale nei termini indicati dalla Corte costituzionale (sentenza n. 148 del 1983) per le cause di non punibilità: l’effetto sulla punibilità deve essere previsto dalla legge come frutto di un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco.

Dentro la complessiva disciplina delle conseguenze legali del commesso reato, la rilevanza di condotte riparatorie emerge in tanti punti e in vari modi. Rilevanza attenuante hanno il c.d. ravvedimento operoso (art. 56 u. c.) e il risarcimento o condotte riparatorie (art. 62 n. 6). Prospettive di non punibilità sono aperte, nei piani bassi del sistema, dall’oblazione speciale ex art. 162-bis, e da istituti più specifici che ne hanno perfezionato il modello (adempimento di prescrizioni dell’autorità in materia di lavoro e di ambiente). Nei piani intermedi (delitti di gravità non elevata) vengono in rilievo gli istituti costruiti in chiave di sospensione (sospensione condizionale della pena e sospensione del processo con messa alla prova), il meccanismo della procedibilità a

<sup>29</sup> M. DONINI, *Genesi*, cit

<sup>30</sup> MANZONI, *I promessi sposi*, cap. 4. Sulla complessità della riconciliazione con i parenti dell’ucciso, in cui l’autenticità del pentimento coesiste con ipocrisie e sano realismo, cfr. S. NATOLI, *L’animo degli offesi e il contagio del male*, Milano 2018, p. 37 ss.

<sup>31</sup> M. DONINI, in *Studi Dolcini*, cit., p. 596.

<sup>32</sup> S. SEMINARA, *Riflessioni sulla riparazione come sanzione civile e come causa estintiva del reato*, in *Studi Dolcini*, p. 378.

<sup>33</sup> A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, Milano 1998. Di recente, P. CAROLI, [Non punibilità e indirizzo politico-criminale](#), in *Sistema penale*, 2020 (con ampia bibliografia).

querela con possibile remissione della querela, e il più recente istituto dell'estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie (art. 162-ter). Questo pacchetto di istituti collega la non punibilità (o improcedibilità) a scelte e comportamenti di varia natura, che comportano un onere: pagamento dell'oblazione, risarcimento del danno da reato, riparazione di conseguenze dannose o pericolose, prestazioni nella messa alla prova. Cause di non punibilità sopravvenuta sono previste da disposizioni di parte speciale.

La rilevanza di condotte successive alla commissione del fatto illecito (in particolare, ma non solo, condotte riparatorie) non emerge nella norma generale e astratta, ma è per così dire insita nella tecnologia penalistica. Come scrive Donini, *il postfatto aggiunge al fatto una nuova tipicità*<sup>34</sup>. Di più: un'autonoma considerazione nella teoria della pena e nelle politiche penali può (dovrebbe) essere ragionevolmente data al *fattore tempo*, il puro e semplice scorrere del tempo (*infra*, §. 8).

Quale rilevanza possa o debba essere attribuita a questo o quel postfatto, quali le tecniche normative utilizzabili, è questione aperta. Costruire il delitto riparato come titolo autonomo è una possibilità fra le altre: legittimamente proponibile, ragionevolmente discutibile.

Concetti da tempo entrati in uso (*meritevolezza e bisogno di pena*) si prestano bene a inquadrare le due prospettive, quella del rapporto fra tipo di reato e sanzione astrattamente meritata, e quella del bisogno (eventuale) di pena al momento del giudizio.

#### 4. Excursus sul linguaggio.

La scienza ha inizio – ha scritto Norberto Bobbio in uno storico saggio<sup>35</sup> - “*con la formazione del linguaggio scientifico, cioè con quel linguaggio che fa di una conoscenza puramente soggettiva (la mia percezione) una conoscenza al massimo grado intersoggettiva*”. Questa esigenza riguarda anche l'impresa che definiamo scienza giuridica.

Lo studioso del diritto “*conosce non una, ma tutte le risoluzioni dei c.d. più importanti problemi del diritto penale*”, indipendentemente dalle personali preferenze<sup>36</sup>. È oggetto della scienza il linguaggio di ordinamenti positivi; il linguaggio della scienza giuridica lo costruisce la scienza. Come tutte le scienze, la scienza giuridica penale mette a punto il proprio linguaggio e apparato concettuale in funzione di propri interessi di conoscenza, di esperienze acquisite, di tradizioni condivise<sup>37</sup>. Per il linguaggio (anche della scienza) si pongono problemi di *orthotes ton onomaton*<sup>38</sup>, di correttezza e

---

<sup>34</sup> M. DONINI, *Pena agita*, cit., p. 11.

<sup>35</sup> N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*; uno scritto degli anni '50, ripubblicato in AA.VV., *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di U. Scarpelli, Milano 1976.

<sup>36</sup> R. DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole penalistiche*, in *Arch. pen.*, 1958, p. 184.

<sup>37</sup> Interessano anche la scienza giuridica le considerazioni di G. SARTORI, *Logica, metodo e linguaggio nelle scienze sociali*, Bologna, 2011, p. 91 ss.

<sup>38</sup> È la terminologia di Platone, nel *Cratilo*.

adeguatezza dell'apparato concettuale. Problemi *di verità* si pongono per affermazioni di fatto e per teorie scientifiche, non per le parole<sup>39</sup>.

Concetti *teorici* sono costruiti come pezzi elementari del linguaggio giuridico. Teorie 'generali' hanno bisogno di strumenti concettuali *non* dipendenti da contingenti dati normativi, che proprio perciò consentano di parlare dei dati normativi (il linguaggio del legislatore) e degli aspetti della realtà rilevanti per le scelte normative. In questo senso le teorie generali vengono *prima* degli ordinamenti positivi<sup>40</sup>.

Un rischio cui siamo esposti è di costruire sistemi di parole cui non corrispondano concetti significativi. È stato messo in rilievo nell'ironico suggerimento che Goethe, nel Faust, mette in bocca a Mefistofele nel dialogo con l'aspirante allievo, a proposito della teologia: *attieniti alle parole ... proprio là, dove i concetti mancano, s'insinua al momento opportuno una parola. Con le parole si può ben discutere (trefflich streiten), si può costruire un sistema, alle parole si può ben credere (trefflich glauben)*. L'illuminista Goethe affida al diavolo una critica radicale verso costruzioni puramente verbali, presentate come fossero verità importanti.

Talvolta ci affidiamo a *parole magiche*<sup>41</sup>, che suonano bene, hanno valenza retorica. Parola magica è la formula hegeliana della pena come *Aufheben*, rimozione del delitto<sup>42</sup>. Nasce legata all'idea retributiva, ma può essere legata a qualsiasi tipo di risposta al reato. Può essere apprezzata come formula retorica e/o criticata come ideologia.

Sono a rischio d'essere usate come parole magiche le parole pesanti della teoria generale (per es. retribuzione, proporzione, bilanciamento) e in genere i concetti generali che è necessario usare per la formulazione di problemi. Sono parole magiche, là dove le usiamo come fossero la soluzione dei problemi che evocano.

Emblematico il *topos* della proporzione: giusto e opportuno il monito sulla intraducibilità in misure definite di pena, sull'irriducibilità di questo problema a una dimensione scientifica<sup>43</sup>. Ma ciò non esclude affatto, anzi sottolinea l'importanza del problema, quali criteri di razionalità e di giustizia possano venire in rilievo.

Si prestano ad un uso retorico le ambiguità del linguaggio, parole che si prestano ad essere riempite in modi diversi, anche allargandone i significati e/o enfatizzandone l'importanza. Ne sono esempi la *riparazione per equivalente* e il *raddoppio del male*, la formula usata per definire e criticare l'idea retributiva. Certo, la pena è, naturalisticamente, un *male aggiuntivo*, rispetto al *malum* ravvisabile in fatti ritenuti delittuosi. *Aggiungere* e *raddoppiare* non sono sinonimi; diversa è la valenza sia descrittiva sia suggestiva. Anche il modello del delitto riparato ha bisogno (proprio come il modello retributivo classico) di giustificare il *peso aggiuntivo* di risposte diverse dalla non punibilità.

<sup>39</sup> Cfr. K.R. POPPER, *Scienza e filosofia*, 1969, p. 55.

<sup>40</sup> W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München 1981, p. 190.

<sup>41</sup> Traggio questa espressione da un testo di L. EUSEBI, in *Giustizia insieme*, 18 luglio 2020 (una delle risposte a un questionario sul *dialogo Hebermas-Gunther* riletto dalla cultura giuridica italiana). Parola magica sarebbe 'bilanciamento'.

<sup>42</sup> G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie, des Rechts*, Berlin, § 97 ss.

<sup>43</sup> *Ex multis* M. DONINI, *Pena agita*, cit.

A tutto campo si pone l'esigenza di controllo critico e di uso critico (non retorico né dogmatico) dell'apparato concettuale che la nostra cultura ha costruito. *Dogmatica* è una parola carica di storia, estranea al linguaggio della scienza e della filosofia moderna. Sembra dare maggiore dignità a modelli concettuali o a principi normativi ritenuti fondamentali. Rischia di trasformare questioni di linguaggio in questioni di verità (appunto, *dogmi*) e di suscitare falsi problemi. Ne faccio uso come citazione di usi altrui. Potrebbe essere tranquillamente espunta dal nostro linguaggio, e sostituita con parole (modello o *design* concettuale) che abbiano un senso per il lavoro scientifico o filosofico.

Viene usato spesso come formula magica il *topos* della *certezza della pena*. Di *canone costituzionale di certezza della pena* ha parlato il Ministro della giustizia<sup>44</sup>: certezza intesa come *fissità*, immutabilità della pena irrogata, necessità di effettiva e integrale espiazione. Il principio costituzionale di legalità dice *nulla poena sine crimine*; non dice *nullum crimen sine poena*. Legalità della pena significa *predeterminazione legale dei modelli di risposta al reato*. Nulla di meno, e nulla di più. Il lessico della certezza è pura retorica, giocata sull'incertezza dei significati e su slittamenti semantici

La teoria giuridica ha bisogno di un linguaggio *rigoroso e ricco*, idoneo a tematizzare la complessità del reale, a far emergere i problemi della tecnologia penalistica, ad essere utilizzato in chiave critica. Uno spessore concettuale che è giusto il contrario sia della rigidità impoverita di neolingue orwelliane<sup>45</sup>, sia della vaghezza di linguaggi retorici o ideologici, sia del vuoto di costruzioni dogmatiche.

Ben intenzionate idealizzazioni non servono alla comprensione della realtà, e possono essere fuorvianti. Servono modelli concettuali adeguati alla comprensione e descrizione delle tecnologie normative del Leviatano: del Leviatano saggio, ma anche del Leviatano cattivo, autoritario, totalitario. Per le scienze della *polis* serve un linguaggio antiretorico, non edulcorato, idoneo a parlare di ordinamenti buoni o cattivi, dando conto di come sono fatti; idoneo a rispecchiare le tensioni fra contrapposte esigenze o valori, fra diritto e giustizia.

In discorsi non scientifici può servire un linguaggio diverso, anche paradossale. Può indulgere alla retorica Il linguaggio della politica, anche usando parole e metafore che hanno risonanze positive, o formulando concezioni e opzioni politiche in forma assertiva. Un manifesto politico può dire (fa bene a dire) che il diritto penale non può non essere liberale<sup>46</sup>: è l'enunciazione di un programma, di fronte ad una realtà in cui vi sono ordinamenti con tratti illiberali, o francamente autoritari<sup>47</sup>. Una buona (cioè realistica) teoria del diritto penale può (deve) partire dalla realistica presa d'atto che il diritto penale è *strutturalmente autoritario*<sup>48</sup>, tecnologia del potere.

Nei nostri discorsi facciamo talora uso di metafore: il penale come arma o come *farmakon*. La metafora dell'arma si presta a esprimere la funzione precettiva e ad

---

<sup>44</sup> Sintesi della relazione sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2019.

<sup>45</sup> Il riferimento è al noto romanzo *1984*.

<sup>46</sup> Si veda il *Manifesto per un diritto penale liberale*, presentato dall'Unione Camere penali nel 2019.

<sup>47</sup> Cfr. M. DONINI, *Perché il garantismo non rende liberali la pena e il diritto penale, ma solo legittimi. Riflessioni a margine del manifesto dell'Unione delle Camere penali italiane*, in *Cass. pen.* 2019, p. 3132.

<sup>48</sup> *Immer autoritar*, è un'espressione di Th. Vormbaum ripetutamente citata da M. Donini.

enfaticamente politiche di lotta (al terrorismo, alle mafie, alla criminalità in genere); la formula lisztiana dell'arma a doppio taglio (*zweischneidiges Schwert*) pone in luce l'ambivalenza strutturale della tecnologia penalistica. La metafora del *farmakon*, medicina o veleno secondo le dosi e l'uso che se ne fa, è più ricca di suggestioni e più idonea a tematizzare i problemi della giusta misura.

## 5. Il penale fra Leviatano e società civile.

5.1 Per la riflessione sulle tecnologie del Leviatano è quanto mai significativa l'esperienza di questo terribile anno 2020: la pandemia, le restrizioni fino al *lock down*, le difficoltà del ritorno alla ancora lontana normalità.

Per il contenimento del contagio, le istituzioni politiche in Italia e altrove si sono assunte la responsabilità di imporre restrizioni pesanti, che in condizioni normali sarebbero ritenute liberticide e inaccettabili<sup>49</sup>. Noi cittadini ci siamo assunti la responsabilità dell'osservanza di doveri *extra ordinem*. Soddisfacente il livello di osservanza, decisamente contenuti i tassi di disobbedienza nella prima fase. La maggior renitenza, nella seconda ondata, ad accettare limitazioni forti, conferma la preminente importanza della dimensione precettiva e di non facili e non scontate assunzioni di responsabilità da parte di tutti, per la salvaguardia di interessi comuni. Viviamo in una rete di relazioni; per l'esercizio dei nostri diritti – inviolabili in via di principio, ma fragili – abbiamo bisogno dell'osservanza di *doveri reciproci*: doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost).

Condizione della con-vivenza (il minimo etico) è l'osservanza dei divieti che costituiscono il nucleo duro del diritto criminale. Articolazioni del decalogo biblico: non uccidere, non rubare, non ingannare. L'emergenza sanitaria è un'occasione per ripensare i problemi della *sicurezza*: sicurezza *esistenziale*, ben al di là dell'orizzonte della sicurezza che definirei *securitaria*, di fronte a pericoli legati alla criminalità e al terrorismo.

Al Leviatano in versione liberale chiediamo sicurezza e libertà, *“i due pilastri fondanti del servizio che lo Stato deve garantire ai cittadini: le torri gemelle delle nostre società democratiche”*<sup>50</sup>. La pandemia ha posto tutti noi davanti all'evidenza che *“la minaccia e l'insicurezza fanno parte delle condizioni dell'esistenza umana”*<sup>51</sup>. Il problema criminalità è uno, non l'unico. L'emergenza sanitaria, in una situazione generalizzata di rischio, allarga il fronte di problemi, al livello più radicale. A tutto campo si impone l'esigenza di un *Leviatano forte*, capace di agire in modo efficace, a tutela delle nostre vite, insieme all'esigenza di *incatenamento*, a tutela delle nostre libertà.

Situazioni di crisi possono richiedere adempimenti che vanno dall'uso della fastidiosissima mascherina fino a restrizioni eccezionali di libertà. Da tempo siamo

---

<sup>49</sup> Ha toccato questo problema la presidente della Corte costituzionale, Marta Cartabia, nella sintesi della relazione sull'attività della Corte nell'anno 2019.

<sup>50</sup> F. SAVATER, *Le torri gemelle*, in *Micromega*, 2016, n. 3, p. 106.

<sup>51</sup> U. BECK, *Weltrisikogesellschaft*, 2007, traduzione italiana *Conditio humana*, Roma-Bari 2008 (citazione da p. 9).

assuefatti a piccole e fastidiose restrizioni, come il passare per il *metal detector* in luoghi sensibili. La capacità di autodisciplina, d'osservanza di precetti scomodi ma ragionevoli, *hart doch hoffnungserweckend*<sup>52</sup>, caratterizza una società civile forte.

L'esigenza di equilibrio fra Stato e società riguarda anche il diritto che pone precetti e relative sanzioni (dal diritto criminale a normative emergenziali). *Non affidare al Leviatano ciò che la società può fare*, può essere un'idea guida per le risposte al problema di una ragionevole distribuzione del peso delle regole di convivenza, fra Stato Leviatano e società civile.

Anche con riguardo alle norme che costituiscono il nucleo fondamentale del diritto criminale/penale, il ben-essere della società (il convivere in sicurezza) dipende dall'osservanza dei precetti, cioè dalla forza della società. Forza morale, economica, politica. L'*enforcement* penalistico, di competenza del Leviatano, è importante, ma secondario (in senso letterale: *viene dopo*); è strumentale al mantenimento di un adeguato livello di giustizia e di sicurezza.

5.2. La funzione precettiva del diritto richiede capacità comunicativa. Ne tengono conto i principi portanti di ordinamenti penali liberali: principio di legalità/determinatezza, principio di colpevolezza come ricostruito dalla Corte costituzionale (sentenze n. 364/1988, n. 322/2007). Qui interessa la valenza comunicativa del legiferare in materia penale.

Nel mondo reale l'arena politica non è l'ideale sfera pubblica habermasiana, luogo e modo di comunicazione razionale *herrschaftsfrei* (libera da condizionamenti di potere). Nelle democrazie liberali le forze politiche hanno bisogno di cercare e conservare consensi. Mostrare impegno sui problemi della criminalità e della giustizia penale è una risorsa spendibile per la politica contingente, che parla ad emozioni e sentimenti più che alla ragione.

L'estensione del penalmente rilevante (i precetti) dovrebbe essere ragionevolmente ripensata avendo riguardo al senso dell'incriminare e punire. Di questo problema sarebbe bene farsi carico, ogni volta che si pensi all'introduzione di nuove incriminazioni, anche suggerite da buone intenzioni e rispondenti a esigenze di per sé apprezzabili.

Mi limito qui a richiamare un campo di problemi d'attualità. In questi anni, a partire da esigenze ragionevoli, è cresciuto un *politically correct* che chiede tutela di sensibilità soggettive, sia con richieste rivolte alla giustizia penale, sia con comportamenti d'altro tipo: intolleranza, ostracismo verso persone, accanimento contro simboli, per es. abbattendo o imbrattando statue. Si è arrivati a porre criteri *politically correct* per le opere cinematografiche che aspirino a premi Oscar. È stata messa sotto attacco la memoria di personaggi storici importanti. Su rivendicazioni più o meno ragionevoli si è innestata una *cancel culture* che vorrebbe riscrivere la storia alla luce di una propria attuale visione del bene e del male.

È una deriva illiberale motivata da buone intenzioni, di apparente colore progressista, che pone al mondo della politica problemi di politica culturale e di politica

---

<sup>52</sup> Duri ma aperti alla speranza: citazione da A. SCHONBERG, *Moses und Aron*.

del diritto. La lettera *on Justice and Open Debate*, inviata a Harpers il 7 luglio 2020 da numerosi intellettuali, denuncia *the tendency to dissolve complex policy issues in a blinding moral certainty*, e sottolinea *the value of robust and even caustic counter-speech from all quarters*.

Contrastare le tendenze illiberali del *politically correct* è oggi un problema che ha rilievo per le politiche del diritto penale: un problema di controllo e di argine nei confronti di proposte (anche motivate da buone intenzioni) di allargare gli spazi d'intervento del Leviatano penalistico in toga giudiziaria. Fuori di un nucleo ristretto di delitti, far valere il principio responsabilità dovrebbe essere un problema di altre istituzioni e della società civile, la cui libertà e la cui forza chiedono protezione anche di fronte al Leviatano penalistico. Nella società civile è bene che ci sia spazio anche per conflitti 'di principio', in alternativa a logiche di scontro<sup>53</sup>.

5.3. Compete alla macchina del *law enforcement* far valere il *principio responsabilità* nel caso di rotture gravi di regole importanti di convivenza. C'è bisogno della forza e autorevolezza del Leviatano (ne sono parte anche inquirenti e giudici); c'è il rischio che diventi un fattore di turbamento per i diritti dei consociati o per l'esercizio di funzioni pubbliche.

Le istituzioni di giustizia penale sono a rischio di errori e di ingiustizie. Nella storia ne hanno prodotte molte e gravi. Indagini e processo comportano costi certi: economici, esistenziali, sociali. Possono incidere su diritti e su libertà in via di principio 'inviolabili': libertà personale, segretezza delle comunicazioni, sfere private. I benefici sono incerti. Discutibile per definizione (al di là della correttezza giuridica e delle buone intenzioni soggettive) il valore di giustizia degli esiti, cioè delle risposte date o non date ad attese di giustizia. Sono problemi cruciali per la convivenza nella *polis*, da tenere presenti come sfondo dei problemi del punire.

L'attuale *momento punitivo*<sup>54</sup>, in Italia e altrove, rispecchia la debolezza etico-politica di società attraversate da risentimenti e difficoltà di varia natura. La crisi della pandemia fa prevedere un aggravamento di problemi sociali ed economici. Un sistema punitivo più severo può essere un più di forza di un Leviatano autoritario. Per un Leviatano liberale può essere una scelta talora necessitata, sempre discutibile. Per gli equilibri fra la società civile e il Leviatano liberale, può essere un arretramento di entrambi, fonte di problemi anche (non soltanto) di giustizia.

Il gioco al rialzo delle pene edittali, con variazioni anche molto forti e a breve distanza di tempo, indebolisce la credibilità delle scelte che via via si susseguono<sup>55</sup>. Non rafforza la società; non la sicurezza dal crimine, non la ragionevolezza (la giusta misura) delle risposte. Svalutando il valore attribuito alla libertà, rischia di risolversi in fattore di corruzione culturale e morale.

Rispetto a derive securitarie, va apprezzata come incatenamento la stessa tecnologia penalistica, fondata sul principio responsabilità: un principio importante per la forza della società civile. Misure diverse dalla pena, fuoriuscenti dal paradigma

---

<sup>53</sup> M. BENASAYAG, *Elogio del conflitto*, Milano 2018.

<sup>54</sup> D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano 2018.

<sup>55</sup> *Wie eine ewige Krankheit*, come un 'eterna malattia, spiega Mefistofele all'aspirante allievo.

cognitivo del garantismo (carenze di tassatività delle fattispecie, standard di giudizio probabilistico), sono una fonte di maggiore pericolo per la sicurezza dei diritti.

Nei paragrafi che seguono propongo (o ripropongo) alcune riflessioni sui problemi di costruzione del sistema di risposte al reato, entro il quadro segnato dai principi costituzionali. Fanno parte di un sistema unitario sia istituti del diritto penale sia istituti dell'ordinamento penitenziario che definirei sostanziali, tali da trasformare la sostanza dell'esecuzione e perciò regolati dai principi costituzionali sul diritto penale, come (finalmente!) riconosciuto dalla Corte costituzionale nell'importante sentenza n. 193/2020. In questa sede interessano i punti critici per gli equilibri fra Stato e società civile. La potestà punitiva è dello Stato Leviatano; il suo rafforzamento, presentato e pensato come rafforzamento di difesa sociale, sposta gli equilibri verso il potere dello Stato.

## 6. Problemi delle pene edittali.

6.1. Prima questione, il sistema di pene edittali. Di forte valenza anche simbolica è il problema della *pena massima*, per i delitti più gravi in assoluto. Oggi in Europa è l'ergastolo. Sul presupposto della non illegittimità costituzionale della pena a vita, entro i limiti segnati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte EDU, resta aperto il problema di politica legislativa: mantenere l'ergastolo, adeguatamente civilizzato, o abolirlo?

Tentativi di espungere l'ergastolo dal nostro ordinamento non sono andati in porto<sup>56</sup>, e non avrebbero oggi alcuna *chance*. La questione della pena a vita è sentita carica di valenza securitaria, come ha mostrato la discussione sul c.d. ergastolo ostativo<sup>57</sup>. Abolire l'ergastolo sarebbe un messaggio di giustizia mite, che si presta a essere interpretato come lassismo. Mantenere l'ergastolo è un messaggio di rigore, nel bene e nel male: esprime un giudizio (anche morale) di gravità massima del delitto, tale da giustificare l'esclusione dell'autore dal consorzio civile. Comprensibile la diversità di valutazioni, anche mutamenti nel tempo.

Nel nostro secolo iniziato l'11 settembre 2001, segnato dall'operare di organizzazioni criminali e terroriste, ha senso affermare la legittimazione etico-politica della democrazia liberale a giudicare gli autori del delitto atrocissimo con la massima

---

<sup>56</sup> Un referendum abrogativo dell'ergastolo, nel 1981, è stato seccamente respinto. Proposte di sostituzione dell'ergastolo con pene detentive molto lunghe sono state approvate da un ramo del Parlamento nella V, VI e XIV legislatura. Di grande interesse sono la relazione su quest'ultimo progetto (del sen. Senese) e l'intervento (contrario alla proposta) del Ministro della Giustizia G.M. FLICK, pubblicati in *Cass. pen.*, 1998, p. 1585 ss. La proposta di abolire l'ergastolo, la Commissione Grosso la ha fatta quasi all'unanimità,; a fronte delle critiche soprattutto nel mondo politico ha poi presentato una alternativa: l'ergastolo come massimo di una forbice edittale. Cfr. Relazione della Commissione in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2001, p. 657. La Commissione Pisapia ha proposto la sostituzione con una pena di lunga durata (massimo 32 anni). Dà conto del paradosso dell'ergastolo e di mutamenti d'opinione G.M. FLICK, *Postfazione* a F. Occhetta, *La giustizia capovolta*, Milano 2016, p. 156 ss.

<sup>57</sup> Tuttora aperta, dopo Corte Cost. n. 253/2019.



severità accettabile, rappresentata dalla pena a vita; tenendo aperta la possibilità, per il condannato, di acquisire il diritto, a certe condizioni, ad un fine pena. Come pena edittale, o limite massimo di una cornice edittale, l'ergastolo non è una minaccia sproporzionata per i massimi delitti: uccisioni premeditate commesse nell'ambito di attività di organizzazioni criminali; delitti che attaccano frontalmente le basi stesse di una possibile convivenza e delle forme di vita di una società aperta, il rispetto della vita come principio regolativo delle relazioni morali fra gli uomini.

Anche una politica complessivamente orientata alla riduzione del penale carcerario può trarre forza (capacità di consenso) dal mostrare rigore nel contrasto alla criminalità più atroce.

In Italia l'ambito della comminatoria della pena a vita è stato ampliato da leggi recenti (nuove ipotesi di omicidio aggravato) e reso più concreto dall'esclusione del rito abbreviato (cioè della conseguente riduzione della pena)<sup>58</sup>. Comprende anche omicidi *d'impeto*, motivati da occasioni particolari. Il problema della pena a vita resta aperto sul piano costituzionale, in particolare alla luce del principio d'eguaglianza / ragionevolezza<sup>59</sup>. E politicamente aperta la questione della restrizione del campo di applicazione: è questa la battaglia che merita di essere combattuta.

6.2. Per quanto concerne il sistema di pene edittali, modello teorico condiviso è la *proporzione sanzionatoria discendente, a partire dalle pene per i massimi delitti*<sup>60</sup>, che per i più gravi in assoluto possono ritenersi sproporzionate per difetto<sup>61</sup>. Sproporzionata per eccesso può ragionevolmente ritenersi la comminatoria di pene detentive per illeciti bagatellari (contravvenzioni<sup>62</sup> e delitti non gravi). Per il legislatore appare comodo mantenerla; è una messa in scena non destinata a tradursi in carcerazioni, un segnale della difficoltà di costruire modelli sanzionatori credibili.

Il trend della legislazione italiana recente, verso una crescente maggiore severità, è espressione di linee politiche in cui prevale la ricerca di consensi. Sono scelte politicamente discutibili. In una società che attribuisca davvero un valore elevato alla 'inviolabile' libertà personale, sarebbe ragionevole – economico sotto ogni aspetto, non solo economico – un drastico abbassamento sia dei livelli massimi di pena detentive, mantenendo adeguate differenziazioni, sia dei livelli minimi, anche in ragione di aperture a percorsi alternativi (in tutto o in parte) all'esecuzione in carcere.

Una riflessione mirata, di politica penale, sarebbe opportuna anche con riguardo alla disciplina del concorso di reati. I progetti di riforma di matrice dottrinale additano strade di superamento del criterio del cumulo materiale.

---

<sup>58</sup> Legge 12 aprile 2019, n. 33.

<sup>59</sup> T. PADOVANI, *Ergastolo in luogo della pena di morte: una eredità giacente*, in *Studi Dolcini*, I, p. 29s

<sup>60</sup> T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, p. 419 ss.

<sup>61</sup> M. DONINI, *Pena agita*, cit.

<sup>62</sup> La proposta di eliminare l'arresto per contravvenzioni è un tratto comune agli ormai non recenti progetti di riforma del codice penale (Grosso, Nordio, Pisapia). Testo e relazione del progetto Grosso in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2001, p. 574 ss. Sul progetto Pisapia, cfr. gli interventi pubblicati in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 565 ss., 1389 ss.

In prospettiva, si pone il problema di una drastica restrizione della previsione di pene detentive: non solo avendo riguardo alla gravità dei tipi di delitto, ma anche avendo riguardo alla gravità della rottura esistenziale dell'ingresso in carcere. In una società davvero sensibile al valore della libertà personale, un tipo d'illecito che possa giustificare la minaccia del carcere e la sua eventuale esecuzione dovrebbe essere caratterizzato da un'offensività elevata.

Un campo particolarmente spinoso è quello della responsabilità per colpa, caratterizzato dallo scarto fra la gravità obiettiva degli eventi delittuosi per i quali la responsabilità per colpa è prevista (morte, lesioni personali, disastri tipizzati come delitti contro l'incolumità pubblica o l'ambiente) e il coefficiente di colpevolezza. Da ciò derivano differenze fortissime di valutazione, tra richieste di severità in nome del dolore delle vittime e ragioni di moderazione avendo riguardo alla meno grave (talora sfuggibile) forma di colpevolezza: *amartema*; non *adikia*<sup>63</sup>; errore, non ingiustizia in un senso forte. Il trend legislativo recente è stato segnato da picchi di severità (omicidio stradale) comprensibili ma assai discutibili.

Per le politiche penali la risposta a delitti colposi obiettivamente gravi, ma non gravi sul piano soggettivo, è un banco di prova significativo, obiettivamente difficile, che meriterebbe un'attenzione mirata, una seria discussione etico-politica.

Fuori del diritto *criminale* in senso stretto, c'è spazio per modelli sanzionatori diversi dal ricorso alla pena detentiva, e meno stigmatizzanti. È un problema politicamente aperto.

## 7. Le risposte al commesso reato.

7.1. Veniamo al passaggio dalla disciplina legale delle risposte al reato alle applicazioni in concreto. "È nel carattere della sanzione penale che essa sia prefissata dal legislatore in maniera da consentirne l'adeguazione alle circostanze concrete" (Corte Cost. n. 15/1962). Individualizzazione della pena, si usa dire<sup>64</sup>. Nel passaggio dalla pena edittale alla risposta a un concreto fatto-reato, l'idea di proporzione trova nel fatto concreto un riferimento più specifico della gravità del tipo di reato, valutata in astratto.

La 'giustizia' della commisurazione della pena dipende non solo dai criteri di commisurazione, ma innanzi tutto dal sistema delle pene edittali, la cui giustizia è per definizione sempre discutibile. Il distacco dalla legalità/determinatezza è fonte di problemi particolarmente delicati. Alcuni limiti sono stati segnati dalla giurisprudenza costituzionale, in relazione all'ampiezza delle cornici edittali fra i due estremi della pena fissa (Corte cost. n. 50 del 1980; n. 222/2018) e della eccessiva dilatazione del divario tra il minimo e il massimo edittale (Corte cost. n. 299 del 1992).

A cavallo fra la tipizzazione legale e la commisurazione giudiziale sta il sistema delle circostanze. Nella sostanza normativa è una mera variante tecnica nella costruzione

---

<sup>63</sup> È la terminologia di ARISTOTELE, *Retorica*, 1373b, 1374b.

<sup>64</sup> M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Torino 2020.

di modelli sanzionatori<sup>65</sup>. Per la *politique politicienne*, la previsione di circostanze aggravanti è un modo di esibire severità su fronti specifici, e ciò ne spiega la proliferazione. Nell'insieme, la disciplina delle circostanze è un fattore di espansione - e talora di distorsione<sup>66</sup> - degli spazi di commisurazione della pena<sup>67</sup>.

Una valenza forte, nel variegato mondo delle circostanze, hanno le attenuanti premiali, del tipo introdotto nella legislazione antiterrorismo e poi in quella antimafia. L'esperienza ne ha mostrato l'utilità (il grande contributo alla distruzione delle bande armate degli anni di piombo) e i pericoli (strumentalizzazioni o affidamenti ingiustificati). La giurisprudenza costituzionale ha stagiato l'importanza che condotte susseguenti al reato possono avere, come segnali di discontinuità negli atteggiamenti della persona e nei suoi rapporti sociali<sup>68</sup>.

In una revisione di sistema, meriterebbe considerazione la prospettiva di trasformare le circostanze in criteri nominati di commisurazione della pena, dentro (non fuori) la cornice edittale, mantenendo una autonoma rilevanza alle (sole?) attenuanti premiali (sia della collaborazione processuale, sia di condotte *lato sensu* riparatorie).

Quanto ai criteri a disposizione del giudice per la commisurazione della pena<sup>69</sup>, sono ben noti i problemi posti dalla disciplina vigente: l'art. 133 c.p. non dà indicazioni esplicite di criteri finalistici. Indica criteri fattuali, elementi di fatto di cui tenere conto. La giurisprudenza di legittimità tende a salvare standard motivazionali molto generici, in particolare là dove la commisurazione sia prossima al minimo edittale; ma anche in altri casi delicati, come gli aumenti di pena per la continuazione.

La formula della pena equa, che esprime e spesso esaurisce le motivazioni, non è una vera motivazione. L'appiattimento sui minimi edittali trova spiegazione, e può trovare giustificazione, nella severità eccessiva delle cornici edittali. Resta aperto il

---

<sup>65</sup> Discutibile, dunque, l'usuale inquadramento del il reato circostanziato come forma di manifestazione del reato;

<sup>66</sup> L'inserzione, nel bilanciamento *ex art. 69*, di circostanze che comportano autonomi limiti di pena può condurre all'apertura di spazio che si può definire di *discrezionalità discontinua*, nel senso che il giudice, secondo gli esiti di un discrezionale bilanciamento, può andare o al di sopra o al di sotto di certe soglie, con esclusione di possibilità intermedie. In casi del genere viene spezzata la corrispondenza fra la scala delle possibili valutazioni di gravità, in ragione del peso relativo assegnato agli elementi da bilanciare, e la scala delle possibili sanzioni. Un tale buco nero nella scala delle possibili scelte sanzionatorie (ampliato nei giudizi abbreviati dalla diminuzione un di un terso) è incoerente con stessa logica del bilanciamento e col principio di uguaglianza-ragionevolezza. Questo problema riguarda delitti gravi, *in primis* l'omicidio.

<sup>67</sup> F. BASILE, *L'enorme potere delle circostanze sul reato e l'enorme potere del giudice sulle circostanze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2015, p. 1743 ss.

<sup>68</sup> Corte cost. n. 183/2011: dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 62-bis, comma 4, nella parte in cui stabilisce che, ai fini delle attenuanti generiche, non si possa tenere conto della condotta del reo susseguente al reato. Tale esclusione contrasta col principio di ragionevolezza (art. 3) e con la finalità rieducativa della pena (art. 27, 3° comma): la condotta susseguente al reato "*può segnare una radicale discontinuità negli atteggiamenti della persona e nei suoi rapporti sociali*"; e l'obiettivo della rieducazione del condannato "*non può essere efficacemente perseguito negando valore a quei comportamenti che manifestano una riconsiderazione critica del proprio operato*". In materia di bilanciamento fra circostanze cfr. anche Corte Cost. n. 74/2016.

<sup>69</sup> Testo di riferimento è tuttora E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979.

problema di principio: secondo quali criteri, e a quali livelli, possiamo arrivare a una pena accettabile come equa?

7.2 Nei tempi in cui si è posto il tema del superamento del codice Rocco, appariva naturale contrapporre al rigorismo del codice fascista una linea di moderazione, sentita come attuazione di principi costituzionali. Da giovane magistrato (fine anni '60) ho sentito il disagio del dovere applicare aggravanti non bilanciabili ex art. 625 (pena da 3 a 10 anni) a furti aggravati commessi da immigrati dell'epoca, 'terroni' venuti al Nord, o la reclusione non inferiore a sei mesi per parole oltraggiose rivolte a un pubblico ufficiale. La novella 'di parte generale' del 1974 fu il punto di svolta, rispetto al rigore e alla rigidità del modello Rocco: un forte ampliamento della discrezionalità giudiziale, bene intenzionato ma problematico a fronte del principio di legalità. Da allora in poi, la legislazione penale è stata segnata da una comoda (per i legislatori) schizofrenia: rigorismo delle pene edittali e paternalismo affidato al giudice, con equilibri variabili. Nell'attuale fase prevale la tendenza al rialzo e all'irrigidimento, al di sopra dei livelli originari del codice Rocco.

L'apertura di spazi di discrezionalità affida al giudice un potere decisionale che va oltre la controllabilità *in diritto* da parte della Corte suprema. È una modulazione del sistema che definirei *legalità debole*, ben lontana dalla legalità/tassatività. Se il codice della città non offre risposte univoche, quale criterio di determinazione della pena equa può (deve) essere adottato dal giudice? Apertura a una valutazione soggettiva?

Particolarmente marcate sono le differenze di valutazione in materia di responsabilità per colpa in relazione ad eventi gravi. Di fronte a condanne ritenute non abbastanza severe, abbiamo sentito dire che la vittima del delitto è stata uccisa una seconda volta. La gravità obiettiva degli eventi trascina verso l'alto le emozioni delle persone coinvolte e del pubblico; spinge verso la severità, anche in presenza di un basso (talora evanescente) grado della colpa.

In una società aperta, retta da principi liberali, c'è spazio legittimo per concezioni diverse sulla moralità, le ragioni, la giusta misura del punire. Nello spazio aperto a valutazioni discrezionali, concezioni diverse dell'equità nel punire hanno diritto di parola, qualsiasi scelta può essere messa in discussione alla luce di altre concezioni. Di fatto, sulla giustizia delle pene coesistono nella nostra società valutazioni molto differenziate.

Il principio di legalità della pena richiederebbe cornici edittali poco dilatate, e criteri di commisurazione più selettivi, o quanto meno più precisi dal troppo generico art.133 c.p. Più in radice, si pone il problema di una concezione d'insieme della *giusta misura* delle pene: un recupero di razionalità tecnica e di ragionevolezza etico-politica del sistema.

Nella attuale situazione è in ultima analisi decisiva la concezione del giudice, sottesa alla formula magica 'pena equa'. È una situazione problematica a fronte del principio di legalità, tanto più in un clima esposto a suggestioni populiste. In scenari segnati dalla compresenza e dal conflitto di valutazioni diverse, il pluralismo di concezioni dell'equità nel punire, che si confrontano nella società e nella cultura dei giuristi e giudici, è un punto critico che abbisogna di essere espressamente tematizzato.

7.3. Nell'ordinamento vigente, le cornici edittali di pena hanno rilievo anche in relazione ad istituti diversi dalla commisurazione della pena in concreto. I massimi edittali concorrono a disegnare i limiti di applicazione di istituti che escludono la punibilità, o comportano modifiche della risposta al reato. È una tecnica di disciplina che pone delicati problemi.

È il collegamento alla pena 'meritata' in concreto il modello adottato dal legislatore del 1930 nella disciplina della sospensione condizionale della pena. È coerente con i principi che esigono una ragionevole corrispondenza o proporzione della risposta giudiziaria con il fatto concreto.

Negli istituti introdotti dal legislatore del 2014 (sospensione del processo con messa alla prova, non punibilità per particolare tenuità del fatto) un limite di applicabilità è segnato dal massimo edittale. I massimi edittali incorporano valutazioni di gravità (del legislatore storico) relative a fatti collocabili nella fascia più alta di gravità d'un dato tipo di reato; se assunti a limiti di applicazione di istituti del sistema sanzionatorio, proiettano sulla risposta al fatto concreto valutazioni di gravità relative non al fatto concreto, ma all'ipotetica gravità massima di fatti rientranti nella medesima fattispecie.

Nella giurisprudenza costituzionale questo problema è emerso in relazione al non doversi procedere per particolare tenuità del fatto. La Corte costituzionale ha ritenuto non illegittimo il limite d'applicabilità legato al massimo edittale, ma ha presentato (sentenza n. 156/2020) argomenti relativi ai limiti edittali nella motivazione sull'illegittimità costituzionale dell'art. 131-bis c.p., *nella parte in cui non consente l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ai reati per i quali non è previsto un minimo edittale di pena detentiva*.

Rispetto al regime di fatti lontani dalla gravità massima entro il tipo di delitto, il riferimento al massimo edittale appare incongruo sul piano assiologico. Il limite del massimo edittale può avere senso, se e in quanto possa essere considerato significativo rispetto alla valutazione di gravità dell'insieme dei fatti rientranti nel tipo di reato. In relazione ad istituti che selezionano 'alla base' fatti di gravità minore, criterio ragionevole sarebbe il riferimento al minimo edittale, pensato per fatti di gravità minore e minima nell'ambito della fattispecie.

Problematica, sotto questo aspetto, è la disciplina della sospensione del processo con messa alla prova (art. 168-bis c.p.). Il limite generale di applicabilità, segnato dal massimo edittale di quattro anni per il reato per cui si procede, preclude l'applicabilità dell'istituto anche in casi in cui il minimo edittale è inferiore a tale soglia. Il riferimento ai massimi edittali comporta un *surplus* di limitazione che non ha alcun rapporto con la gravità di fatti per i quali sarebbe pena adeguata, risultante da una corretta commisurazione, una pena inferiore ai quattro anni.

La possibilità di tale commisurazione dipende dai minimi edittali di pena. Dal limite di applicazione segnato dal massimo edittale, deriva una differenziazione di trattamento tra fatti che, secondo la valutazione in concreto espressa nella commisurazione della pena, sono di uguale gravità. Appare meritevole di considerazione il dubbio di legittimità costituzionale, per violazione sia del principio d'eguaglianza che del principio c.d. rieducativo.

È costruito con riferimento ai massimi edittali l'istituto della prescrizione. Forse non vi sono alternative plausibili, ma c'è bisogno di ripensare il sistema vigente, che identifica *tout court* il tempo di prescrizione con il massimo edittale (novella del 2005). È una scelta assiologicamente insensata, che ha reso frammentato e fragile il sistema, ed è d'ostacolo a riforme *in mitius* dei massimi edittali. Il ritorno al modello originario delle fasce di gravità sarebbe forse il meno peggio.

Al di là delle questioni specifiche, le riflessioni qui svolte additano un'esigenza di drastico ridimensionamento della rilevanza attribuita alle cornici edittali, rispetto a problemi diversi dalla commisurazione della pena in senso stretto.

## 8. Risposte al reato e tempi della vita.

Su tutti i punti fin qui passati in rassegna emerge la rilevanza del fattore tempo per la teoria della pena e le politiche penali. È una rilevanza a tutto campo, non limitata al problema delle condotte successive al reato.

Dopo il reato e la notizia del reato c'è il tempo delle indagini, e del processo nei diversi gradi. Dopo la sentenza definitiva di condanna ci sarà l'esecuzione della pena, a distanza di tempo più o meno lungo, spesso di molti anni.

Il significato di giustizia di una risposta punitiva può mutare nel tempo. *“Il senso di ciò che è accaduto non è fissato una volta per tutte<sup>70</sup>, il corso del tempo modifica i modi e le prospettive del rapportarsi al passato.*

L'ingresso in carcere è una rottura esistenziale; l'esecuzione della pena detentiva occupa tempi di vita, sconvolge la normalità del vivere. La dimensione temporale della pena detentiva apre spazio alla costruzione della pena come percorso *flessibile* nel tempo<sup>71</sup>; articolato in possibili alternative, rispondente a un progetto 'rieducativo', in carcere o fuori.

Lo scorrere del tempo viene in rilievo per un giudizio sulla personalità non bloccato al momento della sentenza di condanna: *“la personalità del condannato non resta segnata maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, foss'anche il più orribile, ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento”*. Da ciò l'esigenza di costruire (e disciplinare) la pena detentiva quale percorso idoneo per il possibile cambiamento, finalizzato alla funzione rieducativa di cui all'art. 27 Cost., al *“principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena”* (Corte Cost. n. 149/2018).

Fanno parte del quadro anche istituti imperniati sulla pura e semplice dimensione temporale. Tali sono gli istituti della clemenza (amnistia e indulto) che nella storia della giustizia penale italiana si sono succeduti per lungo tempo, con frequenza

---

<sup>70</sup> P. RICOEUR, *Ricordare, dimenticare, perdonare*, Bologna, 2004, p. 92.

<sup>71</sup> L. EUSEBI, *Gestire il fatto di reato. Prospettive incerte di affrancamento dalla pena ritorsione*, in *Studi Dolcini*, p. 223 ss.; ID., *Introduzione a I. Marchetti e C. Mazzucato, La pena 'in castigo'*, Milano 2006, p. XXXV; F. PALAZZO e R. BARTOLI, *Certeza o flessibilità della pena?* Torino, 2007.

ciclica<sup>72</sup> e con campo d'applicazione molto ampio. Tale è l'istituto della prescrizione del reato, che anche a seguito del ritrarsi di quegli istituti ha assunto una crescente incidenza. Nelle politiche e nelle discussioni sul penale in questa XVIII legislatura, il problema prescrizione ha acquisito una posizione centrale, centrata sul blocco della prescrizione dopo la sentenza di primo grado (introdotto dalla legge c.d. Spazzacorrotti, n. 3 del 2019)<sup>73</sup>.

L'estintore della prescrizione non è la strada del trionfo della giustizia. Può essere il modo di evitare l'ingiustizia e/o insensatezza di condanne e/o punizioni fuori tempo massimo. Un fare realisticamente i conti con il funzionamento di un diritto penale ipertrofico e di una giustizia imperfetta, troppo lenta o fuori misura.

Calata nei tempi di vita delle persone e nel tempo storico, la pretesa di giustizia che colleghiamo al *law enforcement* penalistico va ragionevolmente problematizzata. Non ha senso pensarla sul modello astorico di un *dies irae* nel quale *quicquid latet apparebit, nil inultum remanebit*. Ha senso pensare al *law enforcement* penalistico come risposta ad esigenze del con-vivere, storicamente situata, strutturalmente a rischio.

La potestà punitiva, che *giudica e manda secondo s'avvinghia*, gestita da uomini del Leviatano non può pretendere di essere *somma sapienza*<sup>74</sup>. I criteri del suo avvinghiarsi possono tutt'al più aspirare ad essere di passabile equità e ragionevolezza; i costi del punire possono essere accettati come male minore. Quanto alle proposte di politica del diritto, nessuno può pretendere di essere il portatore privilegiato delle soluzioni più adatte nelle concrete, mutevoli situazioni storiche. L'irriducibile discutibilità dei modelli punitivi dovrebbe essere tematizzata dalle teorie della pena, come premessa di uno stile di riflessione e discussione che tenga conto del pluralismo di concezioni di giustizia (anche di giustizia penale) presenti nella società, e della differenza concettuale fra diritto e giustizia

Il gioco a cui partecipiamo, nella nostra arena penalistica, fa parte di un gioco assai più complesso, quello della vita della *polis*. Il contributo che la cultura giuridica può dare è innanzi tutto di chiarezza, a partire dal linguaggio e dal *design* concettuale: un contributo di razionalità nell'impostazione e discussione di problemi aperti.

---

<sup>72</sup> Nei primi decenni della Repubblica vi sono state concessioni di amnistia e di indulto nel 1953, nel 1959, nel 1963, nel 1966, nel 1970, nel 1978, nel 1981, nel 1986, nel 1990. Su problemi e prospettive di una possibile rivalutazione, previa riforma dell'art. 79 Cost., cfr. AA.VV., *Costituzione e clemenza*, a cura di S. Anastasia, F. Corleone, A. Pugiotto, Roma 2018

<sup>73</sup> Ho discusso di questi temi in [Il dibattito sulla prescrizione](#), in *Sistema penale*, febbraio 2020.

<sup>74</sup> Citazioni da DANTE, *Inferno*, V, 5; III, 4.