

*«Senza dubbio la morte è più grave della detenzione ma la detenzione, ove non mitigata da un trattamento educativo reale, è una morte parziale, l'asportazione di una porzione di vita, così come il mercante di Venezia Shylock pretendeva l'asportazione di una libbra di carne dal corpo del suo debitore insolvente».*

*E. FASSONE, Fine pena: ora.*

# La funzione della pena e alternativa alla detenzione

## Indice

<i>Introduzione</i> .....	5
---------------------------	---

## Capitolo I

### I principi costituzionali del diritto penale

1. Nozione di diritto penale.....	7
1.1 Funzione di tutela del diritto penale: la protezione dei beni giuridici.....	10
1.2 Il concetto di bene giuridico in un'ottica costituzionalmente orientata.....	12
2. Il principio di offensività. Linee generali.....	15
3. Il principio di materialità contro l'impronta soggettivistica.....	18
4. Il principio di legalità.....	19
4.1 Legalità nello Stato di diritto.....	19
4.2 La riserva di legge: funzioni e fondamento normativo.....	23
4.3 Rapporti tra legge e fonti subordinate.....	27
4.4 La legalità penale nella prospettiva europea e internazionale.....	30
4.5 Principi di cornice: tassatività e determinatezza.....	34
4.6 Il divieto di analogia.....	39
5. L'irretroattività della legge penale. <i>Abolitio criminis</i> e successione della legge penale nel tempo.....	43
6. Garanzia ed effettività della tutela frammentaria.....	47
7. Necessità e meritevolezza della penale. Il diritto penale come <i>extrema ratio</i> .....	50
8. Il principio di proporzionalità.....	53

## Capitolo II

### La funzione della pena tra sapere scientifico ed esigenze sociali

1. Il “volto” della pena: la sua dimensione concettuale.....	57
1.1 Le teorie penali pure.....	61
1.1.1 La teoria retributiva di Immanuel Kant.....	61
1.1.2 La teoria del costringimento psicologico di Anselm von Feuerbach.....	65
1.1.3 “ <i>Punitur ne peccetur</i> ”: la special-prevenzione di Karl von Grolman.....	67
1.1.4 Karl C. F. Krause: recuperare il reo, fare emenda.....	71
1.2 Il diritto del reo alla pena: “umanizzare” la sanzione in un’ottica costituzionalmente orientata.....	75
2. La percezione della pena: il “contraddittorio” inevitabile con l’empiria.....	83
2.1 L’odierna situazione della pena: dall’integrazione sociale al “controllo delle paure”.....	85
2.2 La pena in “crisi”: un diritto penale “onnivoro”.....	91
3. L’essenza della tragedia: la centralità della pena detentiva.....	96
3.1 Il “volto” del reo: sepolti vivi, emergenza carcere dopo il <i>diktat</i> della Corte di Strasburgo.....	101
3.2 I diritti (in)violabili all’interno della cella: solo enunciati o anche effettivi?.....	106

## Capitolo III

### Alternativa alla detenzione. Prospettive de iure condendo.

1. Le misure alternative alla detenzione: tra reinserimento sociale e abbattimento della recidiva.....	110
--	-----

1.1 Le statistiche sull'efficacia delle misure alternative e sui tassi di recidiva.....	114
2. Un diverso ideale di giustizia: l'affermazione di modelli consensuali di risoluzione dei conflitti.....	117
2.1 Origine e definizione del concetto di “ <i>Restorative Justice</i> ”.....	120
2.2 La mediazione tra le tradizionali forme di giustizia riparativa.....	128
3. Efficacia e i vizi dei processi riparativi. Il “volto” della vittima tra soddisfacimento e rischi di vittimizzazione secondaria.....	134
3.1 Una nuova ermeneutica della risocializzazione: possibili rischi di strumentalizzazione.....	137
3.2 Il ruolo della comunità nel gestire il conflitto: punto di forza o limite?.....	140
4. Concreta attuazione del processo di mediazione in rapporto ai principi regolativi del processo penale.....	142
5. Giustizia riparativa e funzione della pena: tradimento o lealtà?.....	147
6. La giustizia riparativa nel panorama italiano: gli istituti sospensivi e il nuovo art. 162–ter c.p. ....	150
7. Uno sguardo al panorama internazionale: la penalità “non statale” degli <i>indios</i> e un modo diverso di intendere la risocializzazione.....	156
8. Considerazioni conclusive.....	161
<i>Bibliografia</i> .....	165
<i>Giurisprudenza</i> .....	181

## *Introduzione*

*Il presente lavoro si propone di analizzare i profili di criticità del sistema sanzionatorio vigente ed in particolare della pena detentiva, attraverso una ricostruzione storica della sua ratio e delle sue funzioni, al fine di indagarne la corrispondenza e compatibilità dal punto di vista della disciplina e dei profili applicativi, con i principi del diritto penale di uno Stato di diritto.*

*Negli ultimi decenni, si è assistito ad una vera e propria crisi della risposta sanzionatoria che si è innestata nel fertile humus dell'affermarsi di un diritto penale "onnivoro" che con le sue mire olistiche ha messo alla prova, sempre più, i fondamentali principi costituzionali.*

*L'affermarsi prepotente di una "modernità liquefatta che non sopporta l'attesa" ha sostenuto, invero, un'evoluzione del diritto penale contemporaneo che appare distorta agli occhi dell'interprete poiché ci consegna un diritto sempre più volto a fornire risposte rapide e sempre meno attento ai diritti fondamentali.*

*Accade, allora, che le scelte di politica criminale, in particolare del sistema sanzionatorio, sospinte da ragioni emotive, finiscano per ammanettarsi all'empiria, spogliando così la pena delle sue reali funzioni, con l'unico obbiettivo di per placare le insicurezze e le paure della collettività attraverso l'inflizione di un male certo.*

*Gli interpreti del diritto penale si trovano, quindi, ad affrontare una situazione dilemmatica, in cui devono trovare un corretto bilanciamento tra le esigenze di difesa sociale e il rispetto della cornice garantista dei diritti del reo e della vittima.*

*Da qui, scaturiscono complesse questioni sul quomodo della pena che oggi si trova a vivere in contrasto con le sue stesse finalità.*

*Di fronte a tale stato di cose, si è sentita l'esigenza di partire dal quadro dei principi generali del diritto penale per evitare una fuga da un approccio razionale al fondamento della pena.*

*È sulla pena che si focalizza l'attenzione dell'elaborato, sul suo essere «arma a doppio taglio», capace di garantire la pacifica convivenza ma al contempo rappresentare il mezzo che più di tutti, può incidere sulla dignità umana.*

*La situazione di crisi è poi aggravata dalla centralità della pena detentiva, nonostante i dati statistici raccolti dagli studiosi ne concludano l'inefficienza.*

*Le ragioni di un ricorso smisurato alla detenzione possono essere svariate ma è inutile negare che, ancora oggi, nella coscienza umana, è radicata l'equazione carcere uguale giustizia, a cui si aggiunge l'idea che più dura è la pena e maggiormente si realizzano le istanze di giustizia.*

*Sarà necessario, nel prosieguo del lavoro, evidenziare l'importanza ricoperta dai diktat della Corte di Strasburgo contro un legislatore italiano, carnefice e al contempo vittima delle sue stesse riforme instabili.*

*In merito poi, alle condizioni di vita nel carcere, si analizzerà un celebre caso che ha finalmente acceso i riflettori oltre le sbarre del carcere, portando in scena le condizioni in cui avviene l'esecuzione della pena.*

*È proprio partendo dalla completa inidoneità del carcere a contribuire- nella maggioranza dei casi- ad un percorso di risocializzazione del condannato, che l'analisi condotta si spingerà ad esaminare un diverso paradigma di giustizia: la "Restorative Justice", al fine di riportare l'attenzione della scena processuale sulla persona che si cela dietro al detenuto: per rieducare – davvero – il reo e ristorare la persona offesa dal reato, sempre più dimenticata dal tradizionale processo penale.*

## Capitolo I

### *I principi costituzionali del diritto penale*

SOMMARIO: 1. Nozione di diritto penale – 1.1 Funzione di tutela del diritto penale: la protezione dei beni giuridici. – 1.2 Il concetto di bene giuridico nell’ottica costituzionale. – 2. Il principio di offensività. Linee generali. – 3. Il principio di materialità contro l’impronta soggettivistica. – 4. Il principio di legalità. – 4.1 Legalità e Stato di diritto. – 4.2 La riserva di legge: funzioni e fondamento normativo. – 4.3 Rapporti tra legge e fonti subordinate. – 4.4 La legalità nella prospettiva europea e internazionale. – 4.5 Principi di cornice: tassatività e determinatezza. – 4.6 Il divieto di analogia. – 5. L’irretroattività della legge penale. *Abolitio criminis* e successione delle leggi penali nel tempo – 6. Garanzia ed effettività della tutela frammentaria. – 7. Necessità e meritevolezza della pena. Il diritto penale come *extrema ratio*. – 8. Il principio di proporzionalità.

#### *1. Nozione di diritto penale.*

«Qual è la miglior maniera di prevenire i delitti? Le medesime pene sono elleno egualmente utili in tutti i tempi? Quale influenza hanno esse sui costumi<sup>1</sup>»?

Questi dilemmi impegnavano già il genio del marchese Beccaria ed egli, invero, si proponeva di risolverli con “precisione geometrica”.

Ancora oggi, tuttavia, la dottrina penalistica non ha trovato una pacifica e unanime soluzione alle criticità che la materia delle sanzioni penali pone.

Il diritto penale è una parte del diritto pubblico, costituito dall’insieme delle norme dell’ordinamento giuridico che prevedono e disciplinano

---

<sup>1</sup> In proposito v. BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di VENTURI F., 10<sup>a</sup> ed., Mondadori, Torino, 2011, p. 10.

l'applicazione di una misura sanzionatoria di carattere giuridico – penale, come conseguenza di un determinato comportamento umano<sup>2</sup>.

Rispetto agli altri rami dell'ordinamento giuridico, la materia penale si connota per tre peculiarità<sup>3</sup>. In primo luogo, come viene messo in luce da autorevole dottrina, il diritto penale si avvale di un tendenziale formalismo a cui si ispira la costruzione del sistema e l'interpretazione delle norme. Essendo uno dei rami in cui maggiormente lo Stato utilizza il suo potere per incidere sulla libertà individuale, non può che aspirare a realizzare regole certe, chiare e precise.

Una seconda particolarità del diritto penale è costituita dal porre l'attenzione sulla definizione dei titoli di responsabilità: per attribuire un fatto ad un soggetto è necessaria la presenza della componente soggettiva.

In ultimo, la terza peculiarità del diritto penale è costituita dal tipo di sanzione, principalmente la previsione della pena criminale, strumento tramite il quale, lo Stato interviene per regolare e controllare fatti socialmente dannosi e limitare la libertà personale del singolo individuo.

Ma cosa spinge i singoli individui a cedere una minima porzione della loro libertà personale per metterla al pubblico deposito? La necessità.

La necessità di convivere in modo stabile e sereno, spinge gli individui, stanchi del continuo stato di guerra, a decidere di sacrificare parte della loro libertà con un patto tra uomini indipendenti, unendosi nella società.

Ciò forma la sovranità di una nazione.

---

<sup>2</sup> Sull'argomento FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale: parte generale*, 4ª ed., Utet Giuridica, Torino, 2013, p. 1.

<sup>3</sup> Si vedano sul punto le considerazioni di MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 18; inoltre sugli effetti limitati della libertà scaturiti dall'applicazione della pena pecuniaria si rimanda a BAUMAN Z., *Beschränkung des Lebensstandards statt kurzfristiger Freiheitsstrafe*, Frankfurt am Main, 1968, p. 44. Egli sostiene che attraverso l'applicazione di una pena pecuniaria, l'individuo avrà un effetto limitativo della propria libertà, rispetto ad una detenzione di breve termine, poiché la pena andrà ad incidere sul suo tenore di vita, riducendo le possibilità di azione.



«L'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire; tutto i più è abuso e non giustizia; è fatto, non già diritto»<sup>4</sup>.

Tale potere, infatti, conformemente alla teoria *rousseauiana* del contratto sociale, sarebbe conferito dai singoli allo Stato, al solo fine e nella sola misura in cui il suo esercizio sia necessario a garantire le condizioni di una pacifica convivenza, preservando l'ordine esterno da azioni socialmente dannose<sup>5</sup>.

Si può dedurre che il diritto penale nasca proprio da esigenze di politica criminale<sup>6</sup>: per consentire una pacifica coesistenza tra i consociati<sup>7</sup>.

Affinché lo stato possa intervenire con l'applicazione di una pena criminale, è necessario che, antecedentemente, sia avvenuta la commissione di un reato.

Si intende per reato ogni fatto umano alla cui realizzazione la legge riconnette sanzioni criminali<sup>8</sup>. È reato, in altre parole, il fatto che la legge rende tale mediante la minaccia di una pena criminale<sup>9</sup>.

Il sistema delle sanzioni criminali, non si esaurisce solo con il binomio pena-reato, ma comprende anche sottoinsiemi come le misure di sicurezza e le misture di prevenzione, che rispondono ad esigenza e fini del diritto penale.

---

<sup>4</sup> Sul punto BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, p. 10; sul valore giuridico del pensiero di Beccaria nel diritto penale si rimanda a DELITALA G., *Cesare Beccaria e il problema del diritto penale*, in Riv. It. Dir. proc. Pen. 1964, p. 965. L'autore sottolinea come l'opera di Beccaria abbia messo in luce l'esigenza di avere una scienza del diritto costruita in modo sistematico, «derivante da un superiore principio direttivo».

<sup>5</sup> Alla necessaria dannosità sociale dei reati, faceva riferimento l'art. 5 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo e del Cittadino del 26 agosto 1789, il cui art. 5 recita: «La Legge ha il diritto di vietare solo le azioni nocive alla società». La Costituzione rivoluzionaria francese del 3 settembre 1791, al Titolo I, specificava tale requisito, disponendo, fra l'altro, che «il Potere legislativo non potrà fare leggi che menomino ed ostacolino l'esercizio dei diritti naturali e civili esposti nel presente titolo, e garantiti dalla Costituzione; ma poiché la libertà consiste solo nel poter fare tutto ciò che non nuoce né ai diritti altrui, né alla sicurezza pubblica, la legge può stabilire delle pene contro gli atti che, attaccando o la sicurezza pubblica o i diritti altrui, sarebbero nocivi alla società». Anche il riferimento alla 'stretta necessità' era contenuto nella citata Dichiarazione, il cui art. 8 disponeva: «La Legge deve stabilire solo pene strettamente evidentemente necessarie e nessuno può essere punito se non in virtù di una Legge stabilita e promulgata anteriormente al delitto, e legalmente applicata».

<sup>6</sup> Per un approfondimento sulla funzione politico criminale del diritto penale si rimanda a ROXIN C., *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1970, 2<sup>a</sup> ed. 1973), trad. it. S. MOCCIA, Napoli 1986.

<sup>7</sup> Cfr. MOCCIA S., *Tra essere e valore*, p. 21.

<sup>8</sup> Così FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale: parte generale*, 7<sup>a</sup> ed., Zanichelli, Bologna, 2014, p. 3.

<sup>9</sup> Sull'argomento FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale: parte generale*, p. 2.

Come ha posto debitamente in rilievo parte della dottrina<sup>10</sup>, il concetto di reato ruota attorno a principi cardine. Primo tra tutti il principio di materialità, secondo cui non può esservi reato se la volontà criminosa non si realizzi in un comportamento esterno; *in secundis* compare il principio di offensività o lesività che prescrive ai fini della sussistenza di un reato non è sufficiente la realizzazione di un comportamento materiale, è necessario che tale comportamento leda o metta in pericolo beni giuridici; da ultimo il reato si snoda intorno al principio di colpevolezza: un fatto lesivo di beni giuridici può essere penalmente attribuito all'autore soltanto a condizione che gli si possa muovere un rimprovero per averlo commesso.

Per una disamina più approfondita dei singoli principi, si rinvia al seguito della trattazione, ma si avvertiva, sin da subito, l'esigenza di delineare lo scheletro essenziale che sostiene il potere punitivo dello Stato e contemporaneamente ne fissa i limiti inderogabili.

### *1.1 Funzione di tutela del diritto penale: la protezione dei beni giuridici.*

La funzione del diritto penale consiste nel ridurre al minimo la possibilità che si verificano comportamenti socialmente indesiderati tramite meccanismi dissuasivi che riposano principalmente sulla minaccia di una sanzione criminale e sulla sua concreta inflizione. Nello specifico il diritto penale è lo strumento principale per tutelare i beni giuridici. Il giurista Albin Eser, in un libro dedicato alla distinzione tecnica tedesca tra *Mord* e *Totschlag*, afferma ad un certo punto che il diritto penale non esiste per la pena, ma per la tutela del bene giuridico<sup>11</sup>.

Il concetto di bene giuridico è un concetto abbastanza complesso che da sempre si è assicurato un posto saldo nell'arsenale concettuale del diritto

---

<sup>10</sup> Sull'argomento FIANDACA G – MUSCO E, *Parte generale*, pp. 3 e ss.

<sup>11</sup> Cfr. MOCCIA S., *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Vol. I, Edizioni scientifiche italiane, 2003, p. 38.

penale<sup>12</sup>, nonostante ciò, risulta ancora difficile chiarire la portata del suo significato.

Se si volesse arrivare ad un concetto pacifico di “bene giuridico”, bisognerebbe evitare di cadere in facili apriorismi, dando risposte categoriche e immediate ma si necessita, seppur in forma meramente schematica, di tracciare la genesi storica del concetto di bene giuridico, perché non si può realmente comprendere il presente se non si ha una solida conoscenza del passato: “un principio dommatico, senza la sua storia propriamente non esiste: esso è la sua storia”<sup>13</sup>.

Il concetto di “*Gut*”, come oggetto del reato – da *rectius*, offesa –, è stato coniato in un saggio del 1834 del tedesco Franz Birnbaum. Il giurista ancora gli oggetti di tutela a beni e interessi avvertiti come meritevoli di attenzione da parte della comunità sociale.

Il pensiero di Birnbaum affonda le proprie radici nel clima culturale e sociale dell’Illuminismo, quale movimento di pensiero che per primo emancipò l’universo giuridico dal suo fondamento ancestrale teocratico, ponendo i bisogni dell’uomo al centro del sistema e limitando la potestà punitiva dello stato solo nella misura in cui fosse ‘servito’ all’uomo nei limiti della stretta necessità.

Il contenuto liberale del concetto di bene giuridico si manifestò in modo ancor più evidente con Von Liszt, in connessione con l’idea di scopo e la teoria della pena<sup>14</sup>.

Il giurista tedesco propone un concetto materiale di bene giuridico, individuando il bene come qualsiasi entità di valore preesistente alla valutazione del legislatore, che salvaguardi i fondamentali interessi umani poiché scaturisce dalla vita e dalle relazioni sociali.

---

<sup>12</sup> Sul punto v. MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell’onore*, Giuffrè, 1974, pp. 55 e ss. L’autore riprende il par. 2 dell’*Alternative-Entwurf* si ricava il principio secondo il quale le sanzioni penali sono strumenti per la tutela dei beni giuridici.

<sup>13</sup> Così ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 6.

<sup>14</sup> È celebre l’espressione lisztiana, per cui «la pena è arma a doppio taglio», VON LISZT F., *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1905), trad. it. *La teoria dello scopo nel diritto penale*, a cura di A. A. Calvi, Milano, 1962, p. 46.

Il limite del suo pensiero è stato forse un'eccessiva idealizzazione del concetto di bene, tanto che è stato definito come concetto di confine.

In Italia, invece, fu agli inizi del 900 che Arturo Rocco<sup>15</sup> ad enunciare la concezione di reato come lesione di un bene giuridico. Secondo il Rocco la determinazione del concetto di bene giuridico non poteva infatti prescindere dalle valutazioni normative già compiute dal legislatore, per cui il concetto di bene giuridico va necessariamente col coincidere con l'oggetto di tutela di una norma penale già emanata.

## *1.2 Il concetto di bene giuridico in un'ottica costituzionalmente orientata.*

Dopo aver tracciato le linee essenziali dell'evoluzione delle tappe fondamentali della teoria del bene giuridico, meglio si comprende come il diritto penale tuteli entità che corrispondono a beni socialmente rilevanti, considerati meritevoli di tutela.

In tempi recenti, la dottrina ha posto l'attenzione sul carattere "dinamico" degli oggetti di tutela, nel senso che non è possibile stabilire una volta per tutte quali siano i beni bisognevoli di una tutela penale, poiché il bene giuridico non corrisponde semplicemente a una *res* o ad un interesse dotato di valore in sé: i beni giuridici esistono solo se, e nella misura in cui, producono effetti utili nella vita sociale<sup>16</sup>.

La definizione più adatta è quella che identifica il bene giuridico come un'unità di funzione: «assurge a bene giuridico soltanto quell'interesse o quell'accorpamento di interessi, idonei a realizzare un determinato scopo utile per il sistema sociale o per una sua parte»<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Nella sua famosa opera ROCCO A., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale: contributo alle teorie generali del reato e della pena*, F.lli Bocca, Milano, 1913.

<sup>16</sup> Tra tutti si veda FIANDACA G. – MUSCO E., *Parte generale*, p. 5.

<sup>17</sup> In questo senso FIANDACA G. – MUSCO E., *Parte generale*, p. 6

Da ciò si deduce che le entità tutelate non sono intangibili e non pretendono una tutela assoluta, anzi in alcuni casi, risulta utile sacrificare un bene, per perseguire altri vantaggi sociali: da qui la tutela cosiddetta “frammentaria” del diritto penale.

Come si è potuto comprendere dall’analisi storica, l’esigenza principale è prospettare criteri giuridici a cui ancorare la concezione di bene ed evitare che il legislatore possa compiere scelte arbitrarie nel definire le condotte penalmente rilevanti. Un autorevole dottrina sostiene che «per rifuggire le evoluzioni concettuali bisogna agganciare il concetto di bene giuridico, inteso come situazione di valore offendibile e tutelabile dal diritto penale<sup>71</sup>, alla Costituzione»<sup>18</sup>.

Proprio per questo, la penalistica italiana<sup>19</sup>, agli inizi degli anni ’70 del Novecento, revisionò il sistema penale e trovò nei principi della Costituzione un terreno in cui affondare le proprie radici<sup>20</sup>. Quelli che erano nati come criteri illuministici si trasformarono in veri e propri parametri normativi su cui fondare l’intervento punitivo dello stato.

“Scoprire la costituzione” ha significato elaborare un concetto di bene che preesista alla valutazione del legislatore ordinario, prospettando criteri di determinazione del bene giuridico, dotati di vincolatività nei confronti del legislatore penale. Non si tratta solo di un’analisi dei singoli istituti o delle singole categorie dommatiche, ma dell’individuazione, su base costituzionale, di una “sintesi a priori” dei tratti fondamentali dell’illecito penale.

È necessario premettere che la teoria del bene giuridico, costituzionalmente orientata si fonda nei principi degli art. 25 e 27 della Costituzione e nella *littera legis* degli artt. 13 e 3 della Costituzione.

---

<sup>18</sup> MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, p. 175.

<sup>19</sup> Tra le altre teorie sul bene giuridico, quella che magistralmente riconobbe al bene giuridico una funzione critica, capace di vincolare il legislatore nella scelta della tutela del bene giuridico fu BRICOLA F., *Teoria generale del reato in Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973.

<sup>20</sup> Per una visione esauriente sul concetto di bene giuridico nella sua evoluzione costituzionalmente orientata si rimanda ad ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.

Nello specifico l'art. 25, comma 2 nell'affidare al Parlamento o al Governo, in casi eccezionali, il potere di legiferare muove dall'esigenza di ridurre il campo dell'illiceità penale; nel comma 1 dell'art 27, si promuove il carattere personale della responsabilità penale, in modo da porre dei limiti strutturali alla tecnica penalistica di tutela e ridurre le *chance* di utilizzo della stessa nei casi in cui risulta più funzionale il ricorso a forme diverse di tutela; ed infine al comma 3 del medesimo articolo, attribuendo alla pena una funzione rieducativa, si presuppone una delimitazione dell'area dell'illecito ai soli fatti lesivi di quei valori che, possono essere assunti a metà del processo di rieducazione del condannato.

La concezione costituzionale dei beni giuridici costituì anche una proposta di ricezione normativa nell'ambito di un progetto di revisione costituzionale approvato dalla Commissione Bicamerale il 4 Novembre del 1997 – non giunto poi all'approvazione definitiva – in cui, si proponeva di inserire nel testo costituzionale che “le norme penali tutelano beni di rilevanza costituzionale”.

La legittimazione in chiave costituzionale della tutela penale si ebbe principalmente rispetto alla sanzione detentiva, ma ciò non toglie che anche nei confronti delle altre sanzioni sia necessaria.

Va inoltre evidenziata la protezione offerta dal legislatore è, però, estensibile anche ai beni che nella Costituzione trovano un riconoscimento solo implicito. Infatti, esistono beni che pur non menzionati dalla Costituzione, rientrano nel sistema sociale dei valori nella comunità sociale, come ad esempio la pietà dei defunti, e ricavano dall'ordinamento una tutela giuridica.

In conclusione, la rilevanza costituzionale del bene è un criterio sicuramente necessario, ma non sufficiente dell'attività di penalizzazione, tanto che non sussiste obbligo per il legislatore di creare fattispecie penali indirizzate alla sua protezione in quanto, non può mai dimenticarsi che il

ricorso al diritto penale rappresenta, in uno Stato di Diritto moderno, un'*extrema ratio*.

## 2. *Il principio di offensività. Linee generali.*

«Il principio di offensività è l'elemento più originale e caratterizzante dell'orientamento costituzionalistico italiano al diritto penale»<sup>21</sup>.

Nell'ordinamento ci sono molte contravvenzioni che figurano come criminali ma nella sostanza sono illeciti amministrati, altresì sempre più spesso il legislatore costruisce fattispecie penali sul modello dei reati di pericolo, questo dimostra come il tanto declinato principio di offensività vive un momento di emergenza, in attesa della sua realizzazione.

Attualmente nel panorama internazionale non esiste un concetto che corrisponde pienamente al principio di offensività, solo in parte è l'idea di "stretta necessità" già storicamente prevista dall'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 che riecheggia il problema della "dannosità sociale" del reato.

Il principio di offensività insieme alle altre garanzie della riserva di legge e della colpevolezza viene richiamato dalla dottrina penalistica prevalente come un basilare principio garantistico, utile a circoscrivere i limiti di un sistema penale liberal – democratico.

---

<sup>21</sup> DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Riv. Dir. Pen. Contemporaneo*, n. 4, 2013, pp. 4 e ss.; in tema d'idoneità lesiva dell'azione e le successive evoluzioni dell'offensività come principio generale dell'ordinamento si rinvia a GALLO M., voce Dolo (dir. pen.), in *Enc. dir.*, XIII, 1964, pp. 787 e ss.; ROMANO M., *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*, Milano, 1967, p. 138 e ss.; STELLA F., *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, pp. 3 e ss.; MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 55 e ss.; MANTOVANI F., *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*. Scritti in onore di Costantino Mortati, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 445 e ss.; VASSALLI G., *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi Pioletti*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 629; PULITANO D., *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in *Aa.Vv.*, *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. Stile, Jovene, Napoli, 1985, p. 134; FIANDACA G., *Considerazioni sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in *Aa.Vv.*, *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M. Stile, Jovene, Napoli, 1991, pp. 61 e ss.

Precedentemente si è avuto modo di soffermarsi, seppur concisamente, sulla nozione di reato intesa come offesa ad un bene giuridico. A questo punto della trattazione vogliamo concentrare l'attenzione sul significato di offesa, e sin da subito si premette che il diritto penale lungi dal considerare l'offesa in termini di mera disubbidienza.

L'opinione prevalente<sup>22</sup>, seppur argomentando differentemente, recepisce nel nostro ordinamento il principio di offensività recepito come un divieto per il legislatore di incriminare fattispecie non caratterizzate dall'offesa di un bene giuridico: se così non fosse si metterebbero a rischio le garanzie del moderno Stato di diritto, con serie possibilità di un ritorno ad un sistema penale di stampo autoritario<sup>23</sup>, dove il legislatore diventerebbe despota con la facoltà di poter considerare una condotta offensiva, a prescindere dalla sua concreta lesione ad un bene giuridico.

Allo stesso modo, postulare la necessaria lesività del fatto è indispensabile per non tradire la portata della riserva di legge, giacché il giudice sarebbe libero di escludere la punibilità di un fatto in base a circostanze ad esso del tutto estranee.

Intorno al principio di offensività ruotano svariate dibattiti, ma il più sentito è relativo al fondamento costituzionale del principio in questione.

Parte della dottrina penalistica<sup>24</sup> ritiene che la Costituzione conterrebbe importanti riferimenti al principio in questione, sia pure in termini non espliciti. Tuttavia, non esiste una totale univocità di posizioni a riguardo, essendo diverse le norme prese in considerazione ed oggetto di

---

<sup>22</sup> Vedasi, in tal senso BRICOLA F., voce "*Teoria generale del reato*", in Nss. Dig. It., vol. XIX, Torino, 1973; FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale: parte generale*; MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, Cedam, Milano, 2017; MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2018.

<sup>23</sup> Un esempio aberrante ci riporta alla scuola penalistica di Kiel, operante in Germania negli anni '30. In quel caso gli Autori appartenenti a tale corrente di pensiero, prospettarono un "diritto penale della volontà", o "dell'atteggiamento interiore", ritenendo che il reato dovesse essere concepito nei termini della violazione del dovere di fedeltà nei confronti dello Stato, e non nei termini di offesa ad un bene giuridico.

<sup>24</sup> In proposito MANTOVANI F., *Diritto penale: parte generale*, p.186; altresì ZUCCALÀ G., *Sul preteso principio di offensività*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, di AA. VV. (tre tomi), Milano, 1984.



interpretazione: le disposizioni su cui tale corrente interpretativa è andata formandosi sono state principalmente gli artt. 25 Cost., 2° e 3° comma, 27, 3° comma Cost., e 13 Cost.

Con l'art. 27 Cost. si esige che la pena debba essere riservata esclusivamente a fatti che siano lesivi per la convivenza civile. A ciò si aggiunge che l'articolo in questione suggerisce di applicare al reo un trattamento rieducativo individualizzato ma affinché l'azione di integrazione possa avere gli effetti sperati, il soggetto deve aver percepito l'antisocialità del proprio comportamento.

Inoltre, i sostenitori della costituzionalizzazione del principio di offensività utilizzano a sostegno della propria tesi, la locuzione «fatto commesso» dell'art. 25, comma 2 Cost., che non può essere letto come un mero status soggettivo o un atteggiamento interiore. Infine, il contenuto dell'art. 13 Cost. impedirebbe la compressione della libertà personale per effetto di pene inflitte a causa di fatti inoffensivi.

A depotenziare gli argomenti di tale posizione, ci sarebbe una parte della dottrina<sup>25</sup>, che ritiene il principio di offensività soggetto a deroghe necessarie per la prevenzione di beni primari, i quali necessitano di anticipazioni di tutela o addirittura di una tutela a prescindere da ogni offesa.

Messi da parte i dibattiti intorno alla costituzionalizzazione principio di offensività, quest'ultimo insieme alla teoria costituzionale dei beni giuridici è sempre più oggetto di una diffusa critica tendente a ridimensionarne la significatività<sup>26</sup>.

Con la postmodernità, il diritto penale è sempre più orientato a tutelare beni giuridici vaghi ed elastici, beni che ben potrebbero trovare tutela in altre

---

<sup>25</sup> Tra questi, v. FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale: parte generale*, secondo gli Autori il principio di offensività, ove pure lo si ritenesse costituzionalizzato, scontrerebbe notevoli difficoltà in relazione ai beni ad ampio spettro sempre più frequenti nel diritto penale postmoderno, i quali sono refrattari ad offese reali e circoscritte; altresì VASSALLI G., *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Giuffrè, Milano, 1982.

<sup>26</sup> Per una riflessione approfondita sul ruolo che svolge l'offensività all'interno della teoria del reato si rinvia a CAVALIERE A., *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, Giuffrè, Macerata, 1998.

norme dell'ordinamento, ciò ha trasformato, come ha scritto un autorevole dottrina, il diritto penale in un «lupo travestito da agnello»<sup>27</sup>, ampliando la tutela anziché restringerla, come esigerebbe un'ottica liberale.

### 3. *Il principio di materialità contro l'impronta soggettivistica.*

Per il diritto penale moderno il reato consiste nel fatto umano tipico ovvero conforme a una fattispecie penale incriminatrice, anti giuridico e colpevole a cui è ricollegabile una sanzione penale.

Essendo un fatto compiuto dall'uomo, ci si interroga se bisogna riferirsi al fatto intendendolo solo come estrinsecazione nel mondo esteriore o invece il fatto è anche quello consumatosi nell'interno della psiche: per il principio di *nullum crimen sine actione* può essere reato solo il comportamento umano munito di una sua corporeità, percepito attraverso i sensi.

Il principio di materialità fissa precisi limiti contenutistici all'utilizzo della sanzione penale, in una direzione in cui si reclama l'utilizzo della pena solo quando ci siano manifestazioni di comportamenti empirici dotati di un disvalore tale da giustificare l'esigenza di risocializzazione con l'applicazione della sanzione.

Se si desse prevalenza ad un diritto del sospetto, al mero proposito interno sebbene criminoso, si trasformerebbe il diritto penale in pura ideologia poliziesca e in un diritto penale del rischio.

Il nostro sistema utilizza invece il principio di materialità, fulcro del sistema liberale, respingendo ogni impronta soggettivistica.

Al fine di giungere all'applicazione di una sanzione il delitto deve configurarsi almeno nel tentativo, come soglia minima di punibilità, al di sotto

---

<sup>27</sup> La metafora è usata da FIANDACA G., *L'offensività è un principio codificabile?* in *Foro it.*, 2001, pp 541 e ss, che ne riporta la citazione da STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, Berlin*, 1998, p. 42.

della quale verrebbero tradite le istanze garantistiche e le tutele della libertà poste alla base del nostro stato di diritto.

Il principio di materialità trova il suo fondamento costituzionale nell'art. 25 della Carta nella quale l'uso della locuzione "fatto commesso" lascia chiaramente intendere l'esclusione dall'area del penalmente rilevante di quei fatti che sono soltanto pensati, sono una mera *Gisinnunge* – sentimento – o delineano uno stato soggettivo di pericolosità sociale<sup>28</sup>.

Il principio di materialità oltre ad arginare istanze illiberali ha notevoli influenze sulla ricostruzione dommatica del diritto penale e costruendo norme dotate di una certa soglia di materialità, si riesce a dare maggiore concretezza ai fatti e ciò aiuta all'interno di un processo, operando a favore dell'imputato e della sua difesa, sia favorendo l'accusa che riuscirà a dimostrare più efficientemente la violazione di una fattispecie concretamente verificabile.

#### 4. Il principio di legalità

##### 4.1 La legalità nello Stato di diritto

«Finché noi ci sforzeremo di tutelare la libertà del singolo cittadino dall'arbitrio senza limiti del potere statale, fino a quando ci atterremo saldamente al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, fino ad allora la difficile arte di un'interpretazione della legge che operi secondo regole scientifiche conserverà il suo più alto significato politico»<sup>29</sup>.

In queste poche righe il von Liszt riuscì, meglio di ogni altro, ad esprimere l'importanza del principio di legalità per il sistema del diritto penale, delineandolo come uno dei massimi strumenti posti a tutela dell'individuo.

---

<sup>28</sup> Al riguardo MANTOVANI F., *Parte generale*, p. 123.

<sup>29</sup> Così VON LISZT F., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Giuffrè, 1962, p. 434.

Si utilizza l'espressione "principio di legalità"<sup>30</sup> con riferimento all'esercizio di un potere in conformità di un ordinamento tipico dello Stato di diritto, in cui il potere non solo è conferito dalla legge, ma è da quest'ultima che viene disciplinato nei contenuti e nei limiti.

In tal modo, dunque, il rispetto del principio di legalità finisce con il fornire una giustificazione etico-politica dello Stato di diritto e quindi col conferire legittimità al suo potere.

La genesi di tale principio non è strettamente penalistica, ma trova la sua matrice ricollegandosi alla dottrina del "contratto sociale"<sup>31</sup> la reazione del pensiero illuministico-liberale di fronte alle ingiustizie e agli eccessi di potere dello Stato di polizia, fu quello di limitare i soprusi, vincolando il potere alla legge e garantendo al cittadino di essere punito, allorquando già fosse predeterminata la sanzione per la commissione di quel tipo di reato.

La traduzione in termini giuridico penali del principio di legalità si vede al lavoro di Anselm von Feuerbach il quale, tra la fine del XVIII e l'inizio del XIX secolo, nel quadro di una vigorosa valorizzazione dei diritti dell'uomo, lo riassunse nel brocardo latino "*nullum crimen, nulla poena sine lege*" e lo considera come estremo baluardo a difesa della libertà dell'individuo dall'ingerenza statale.

L'impegno del von Feuerbach era diretto alla realizzazione, anche, di una seconda esigenza di carattere politico-criminale, connessa alla concezione generalpreventiva della pena nella sua funzione psicologica.

Nel pensiero dell'autore lo Stato deve assicurare una convivenza pacifica tramite mezzi che distolgono il cittadino dal commettere atti di

---

<sup>30</sup> In proposito FOIS S., *Legalità (principio di)*, in Enc. dir., vol. XXIII, Milano 1973, pp. 659 e ss, l'autore considera migliori la legalità il miglior strumento per la realizzazione delle finalità della pena.

<sup>31</sup> Secondo parte della dottrina l'affermazione illuministica del principio si rinviene nella *Magna Charta libertatum* di Re Giovanni d'Inghilterra del 1215, la quale all'art. 39 affermava che pene privative della libertà potessero infliggersi ad un uomo libero solo "per legale *iudicium parium suorum vel per legem terrae*" VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in. Dig. Disc. Pen., VIII, 1994, p. 287; MANTOVANI F., *Diritto penale: Parte generale*. Contra si veda FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale: Parte generale*, gli autori ritengono non corretto far risalire il principio di legalità alla *Magna Charta Libertatum* poichè le garanzie ivi previste sono così sfumate, da risultare poco definite dal punto di vista sostanziale per essere considerato precursore storico.

devianza; non potendo incarcerare tutta la popolazione, bisognerà predisporre strumenti che influiscono sullo stato psicologico dell'individuo, trattenendolo dal commettere delitti attraverso la minaccia legale, che dovrà essere determinata e certa.

L'idea stessa di coazione psicologica è connessa inscindibilmente con quella della prevedibilità e certezza del diritto<sup>32</sup>: la pena in tanto può operare come contropinta alla spinta criminosa<sup>33</sup>, solo in quanto essa sia accessibile conoscenza dei suoi destinatari<sup>34</sup>.

Il principio di legalità si declina in formale e sostanziale. Quello formale esprime il divieto di punire un fatto che non sia previsto, al momento della commissione, come reato dalla legge e con pene che debbano essere preventivamente stabilite; consacrato nella *Petition of Right* degli Stati Uniti d'America nel 1774 e successivamente, nel vecchio continente, nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789; viene recepito dalla Costituzione Francese nel 1791 e, via via in tutte le costituzioni degli Stati di diritto moderno.

Oggi trova patria nell' art. 11 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo nonché nella Convenzioni internazionali all' art. 7 CEDU e all'art. 15 del Trattato internazionale dei diritti civili e politici.

Accolta in questa accezione<sup>35</sup>, il principio di legalità trova richiamo nell'ordinamento italiano e come *incipit* del codice Rocco<sup>36</sup>; ai sensi dell'art.1:

---

<sup>32</sup> Sul punto MOCCIA S., *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001, p. 27, l'autore sottolinea come per dare pienezza al principio di legalità, occorra un'interpretazione sistematica.

<sup>33</sup> Sul punto ROMAGNOSI G. D., *Genesi del diritto penale (1791)*, Giuffrè, Milano 1996, p.119.

<sup>34</sup> Si rimanda alle riflessioni di ROXIN C., *Strafrecht, A.T.*, Bd 3<sup>a</sup> ed., 1997, p. 103: «Se infatti il fine della comminatoria della pena risiede nell'intimidazione di potenziali delinquenti, l'effetto motivante così perseguito può essere raggiunto solo se il comportamento vietato viene fissato nella legge prima del fatto e nel modo più preciso possibile. Se manca una legge preesistente al fatto ovvero se la legge è imprecisa, non può prodursi nessun effetto di intimidazione, perché nessuno sa se il suo comportamento porterà con sé o no una pena.

<sup>35</sup> Una seconda accezione del principio di legalità, parte da una nozione sostanziale di reato, includendo tutto ciò che offende l'ordine sociale di un determinato tipo di stato: il principio di legalità materiale. In questo senso, anche se non espressamente previsti dalla legge, i reati debbono essere considerati tutti i fatti socialmente pericolosi e vanno puniti. Attualmente, il principio di legalità trova l'epicentro nella Russia sovietica, il cui la dottrina marxista demolì il formalismo statico tecnico-giuridico, definendolo "feticismo borghese della legalità" e nella Germania con l'avvento del

«Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite».

Si ritrova, altresì, nelle preleggi all'art 14: «Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e tempi in esse considerati»<sup>37</sup>.

Il più intenso grado di protezione del principio di legalità risiede nella Costituzione rigida. Nella *littera legis* dell'art. 25, comma 2, Cost. si prevede «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso».

Secondo parte della dottrina, l'art 25 è una formulazione di sintesi imperfetta del principio di legalità<sup>38</sup>. Invero, il concetto del principio di legalità è un concetto polivalente, che come si è potuto comprendere, ha fatto da perno per le istanze garantistiche durante il periodo liberale; mentre con il codice Rocco, realizza una funzione autoritaria quale affermazione del primato della legge dello Stato, in cui in un'ottica antigiusnaturalistica, l'unica fonte del diritto era la legge emanata dallo stato: “tutto nello stato, niente contro lo stato, nulla al di fuori dello stato”.

Oggi non si può negare che il principio di legalità formale svolge, sotto il profilo della garanzia, un insostituibile funzione di certezza dei diritti. Nella sua veste formale, considera reato solo quando la condotta posta in essere è descritta formalmente in una legge, che ne valuta la pericolosità. In questo modo sarà solo la legge a poter circoscrivere quei fatti che reputa negativi e punirli. Di conseguenza le azioni che non sono espressamente previste da una legge non possono essere incriminate, anche se antisociali o

---

nazional-socialismo. La legalità sostanziale ha finito per essere espressione del potere totalitario, essendo strumento adattabile alle congiunture politiche, che se da un lato riesce ad adattarsi maggiormente alla realtà, assicurando senza dubbio un'efficace difesa sociale, dall'altro elide la certezza e la stabilità del diritto MANTOVANI F., *Diritto penale: parte generale*, 10<sup>a</sup> ed., Padova, 2017, p. 6.

<sup>36</sup> Per MARINUCCI G. – DOLCINI M., *Manuale di diritto penale: parte generale*, 6<sup>a</sup> ed., Milano, 2017, il principio di legalità nel codice Rocco, continua sulla scia del pensiero liberale, continuando l'ideologia borghese del tardo 800.

<sup>37</sup> Cfr. PALAZZO F., *Corso di diritto penale, parte generale II ed.*, Torino, 2006.

<sup>38</sup> Si veda MANTOVANI F., *Parte generale*, pp. 7 e ss.

pericolose. In sostanza a decidere il carattere criminoso è solo l'espressa previsione normativa. Invero accogliere una visione strettamente formale del principio di legalità potrebbe condurre a dei limiti o in certi casi sollevare tensioni conflittuali: non permettendo di punire fattispecie legislativamente non previste si avvantaggia chi sfrutta l'artificiosità del linguaggio della legge per aggirarla.

Nell'altra accezione del principio di legalità, quella intesa in senso sostanziale è tipica di esperienze totalitarie e consente che siano considerati reati fatti socialmente pericolosi, indipendentemente dalle previsioni di legge. Comporta, pertanto, la punibilità di azioni pericolose e di tutto ciò che offende l'ordine sociale di un determinato Stato.

Un modello del genere non potrebbe essere accolto nel nostro Stato di diritto, che coltiva un diritto penale libero accoglie una visione formale del principio di legalità, poiché va rilevato che l'incompletezza della tutela di un bene, è pur sempre un male minore rispetto ad una ricostruzione sostanziale del reato, che coarterebbe gravemente e maggiormente la libertà personale.

Inoltre, il principio di legalità esplica la sua funzione attraverso quattro corollari: la riserva di legge, il divieto di analogia, il principio di determinatezza, il principio di irretroattività.

#### *4.2 Riserva di legge: funzione normativa e fondamento nel sistema penale italiano.*

«Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge»<sup>39</sup>.

Nella cornice dell'odierno stato di diritto, una prestazione che influisce gravemente sulla libertà o sul patrimonio del singolo, deve essere

---

<sup>39</sup> Art. 23 Cost.

imposta solo dalla legge<sup>40</sup>, che in tal senso, risponde alla più generale funzione di garanzia affidata alla legge stessa.

Circoscrivendo il campo alla materia penale, il principio di riserva di legge riserva il monopolio normativo penale esclusivamente alla legge, stabilendo che pene, reati e misure di sicurezza non possano avere altro fondamento che non sia la legge<sup>41</sup>.

Autorevole dottrina evidenzia<sup>42</sup> che il fondamento della riserva di legge non vada identificato nell'esigenza di certezza, che sta alla base degli altri corollari del principio di legalità, quali la tassatività della legge penale e l'irretroattività della norma penale.

La funzione della riserva di legge è di assicurare la massima garanzia per il cittadino<sup>43</sup> il quale deve essere posto in condizione di sapere, prima di compiere una data condotta, se essa sia considerata penalmente rilevante e idonea a costituire, così, il presupposto per l'inflizione di una pena nei suoi confronti.

Non meno che le antiche grida manzoniane, contorte e indecifrabili, anche la legge adottata con il rispetto delle garanzie previste dal procedimento costituzionale, soventemente risulta imperfetta, cavillosa e oscura, soggetta

---

<sup>40</sup> Per una visione della riserva di legge come monopolio normativo penale si rinvia a MANTOVANI F., *Diritto penale*, p. 41, ma anche BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in Noviss. Dig. It., XIX, 1973, p. 40; BRICOLA F., *sub art. 25, 2° e 3° comma*, p. 231. In senso lato, anche MOCCIA S., *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1989, p. 1016, laddove il legislatore nel compiere la sua opera di criminalizzazione sceglie selezionare quei comportamenti dotati di lesività; in questa operazione l'autore ritrova nella categoria della legalità il *τέλος* della soluzione dei conflitti sociali.

<sup>41</sup> Corte costituzionale, sent. n. 15 del 1962, secondo cui «dai lavori preparatori alla Costituzione si desume che dalla soppressione della frase “e con pene da essa [legge] stabilite” dall'art. 25, comma II, Cost. non può farsi scaturire l'esclusione della fissazione della pena dal principio di legalità».

<sup>42</sup> Sull'argomento si rinvia all'opera di BRICOLA F., *Scritti di diritto penale, Legalità e Crisi*, vol. 1 tomo 2, 1997; altra parte della dottrina la ritiene tra i corollari dotati di una certa autonomia, ferma restando una loro stretta interdipendenza per dare luogo ad una piena espressione del principio, si veda BELLOMO F., *Nuovo sistema del diritto penale*, I, Bari, 2012, p. 150.

<sup>43</sup> Cfr., ex multis, MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, p. 12, in adesione – anche terminologica – alla notissima formulazione contenuta nella sentenza n. 364 del 1988 della Corte Costituzionale; «Meglio sarebbe, parlare della persona, anziché del cittadino, abbandonando anche terminologicamente ogni prospettiva nazionalistica e statualistica» così scrive VIGANO F., in *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016 e in PALIERO C.E., MOCCIA S., DE FRANCESCO G., INSOLERA G., PELISSERO M., RAMPIONI R., RISICATO L. (a cura di), *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, ESI, Napoli, 2016, pp. 213-265.



dunque ad un'opera di interpretazione, non facile da compiere; nonostante ciò il procedimento legislativo risulta il mezzo più idoneo a garantire la libertà personale<sup>44</sup>.

Attribuendo il monopolio della criminalizzazione al potere legislativo si argina non solo l'arbitrio del potere giudiziario, ma si evita l'ingerenza del potere esecutivo, costituzionalmente più pericoloso, escludendo dal novero le fonti formali extra-legislative.

Affinché la ratio democratica sottesa nella riserva di legge non rimanga una mera aspirazione ideologica e teorica, si necessiterebbe di un reale confronto critico e di una discussione costruttiva nelle camere parlamentari: essa abbisogna, invero, di un insieme di condizioni fattuali di contesto, che a seconda delle contingenze storico-politiche possono essere presenti in misura maggiore o minore<sup>45</sup>.

Il principio di riserva di legge si scontra oggi con la situazione di crisi sociale e politico istituzionale, uscendone inevitabilmente sconfitto: si parla di erosione, crisi, o addirittura elissi del principio<sup>46</sup> del monopolio legislativo parlamentare<sup>47</sup>.

Interessanti criticità si sono poste in relazione al concetto di "legge" nell'art. 25, comma 2 Cost. e nell'art. 1 c.p. la dottrina maggioritaria è concorde nell'accogliere il concetto di legge in senso estensivo. Sicuramente incluse, nell'accoglimento in senso formale della riserva di legge, è la Costituzione, le leggi costituzionali e leggi ordinarie.

Nel primo ordine di problema, si tratta di stabilire se le Regioni possano avere potestà legislativa in materia penale.

---

<sup>44</sup> Cfr. DELITALA G., *Cesare Beccaria e il problema penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1964, p. 968, «la sola ragione che giustifica la scelta del potere legislativo come unico detentore del potere normativo in materia penale, risiede nella rappresentatività di quel potere, nel suo essere espressione non di una stretta oligarchia, ma dell'intero popolo, che attraverso i suoi rappresentanti, si attende che l'esercizio avvenga non già arbitrariamente, ma per il suo bene e nel suo interesse».

<sup>45</sup> Sull'argomento FIANDACA G. – MUSCO E., *Parte generale*, pp. 50 e ss.

<sup>46</sup> Sul punto si rinvia a MANTOVANI F., *Parte generale*, p. 43.

<sup>47</sup> Per una disamina delle cause endogene, esogene nazionali e internazionali ci si consenta di rimandare allo studio di MANTOVANI F., *Parte generale*, pp. 44 e ss.

La dottrina<sup>48</sup> ha inteso, da sempre, la riserva legislativa, come riserva statale, escludendo dalle fonti del diritto penale la legge regionale. Tale esclusione è stata poi confermata, con l'art. 117 comma 2 della Costituzione, così come novellato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001.

Quando però la legge regionale si configura come norma integrativa del precetto penale statale, risulta ammissibile una diversificazione di trattamento ed un legittimo potere della regione ad intervenire in materia penale<sup>49</sup>.

Continuando la disamina, ci si interroga sull'inclusione nella riserva di legge delle cosiddette legge materiali<sup>50</sup> cioè atti emanati dal governo ed equiparati alla legge. Nonostante sia un dato di fatto che gli atti aventi forza di legge eludono le garanzie previste dalla riserva di legge, la Corte costituzionale, in diverse pronunce<sup>51</sup> ha avallato la tesi che le finalità di garanzie sottese alla riserva di legge non risultano pregiudicate dall'utilizzo di tali atti.

Nonostante ciò una scelta di criminalizzazione non dovrebbe mai essere frutto di una autonoma determinazione dell'esecutivo: nella legge delega si assiste ad una dimissione del potere parlamentare a favore del governo, sono fatti salvi i principi e criteri direttivi nonché l'oggetto, richiesti

---

<sup>48</sup> Di questo avviso è MANTOVANI F., *Parte generale*, pp. 39 e ss.; altresì BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'art. 25 commi 2° e 3° della Costituzione italiana alla fine degli anni '70*, in «Questione criminale», 1980, p. 179; inoltre FIANDACA G. – MUSCO E., *Parte generale*, pp. 50 e ss., gli autori sostengono che verificandosi un ampliamento della sfera della liceità penale verrebbero meno le ragioni sostanziali tradizionalmente sottese alla riserva di legge statale in materia penale; di diverso avviso era la Corte Cost., sent. n. 104 del 1957, in cui ritenne la regione Sicilia competente ad emanare norme penali a tutela della propria legge elettorale. Con un orientamento mutato sent. n. 487 del 1989, la giurisprudenza costituzionale esclude la potestà normativa penale delle regioni: «la criminalizzazione comporta, anzitutto, una scelta tra tutti i beni e valori emergenti nell'intera società: e tale scelta non può essere realizzata dai consigli regionali per una mancanza di una visione generale dei bisogni ed esigenze dell'intera società».

<sup>49</sup> Sul tema si veda FIORE C. – FIORE S., *Parte generale*, p. 77.; altresì FIANDACA G. – MUSCO E., *Parte generale*, p. 61, in cui ritengono possibile che una norma regionale abbia funzione scriminante.

<sup>50</sup> Di avviso contrario MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, p. 41 che sostengo la natura solo formale della riserva di legge e di fatti, escludono la sua compatibilità con le leggi materiali; Cfr. PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 114, l'autore parla di relativizzazione della riserva di legge in materia penale.

<sup>51</sup> Corte Cost., sent. n. 53 del 1961; sent. n. 169 del 1963; sent. n. 26 del 1966.

dalla Carta costituzionale, che assicurano al Parlamento la decisione finale sui beni fondamentali.

Problemi maggiori, si verificano in relazione al decreto-legge e alla sua *ratio essendi*: le ragioni di necessità e urgenza che fanno da fondamenta per l’emanazione del decreto-legge, mettono in pericolo le garanzie democratiche assicurate dal principio di riserva di legge e che sottendono una ponderazione che non può essere elusa.

La propensione all’utilizzo delle leggi materiale, ci è accentuata nel “periodo dell’emergenza” e contro tale prassi, il giusto sta nel mezzo: non occorrerà l’espulsione totale delle due leggi dalle fonti del diritto penale, ma basterà ricondurli nei limiti degli alveoli costituzionali. Parte della dottrina subordina la legittimità del ricorso a tale strumento alla condizione che la delega legislativa sia improntata a “rigore, analiticità e chiarezza”<sup>52</sup>.

In presenza di tali requisiti, il suo utilizzo risulta conforme al principio di cui all’art. 25 Cost.

#### *4.3 Rapporti tra legge e fonti subordinate*

Accolto il carattere “tendenzialmente” assoluto della riserva di legge penale, si pone il problema di fissare i limiti della riserva, in particolare, per ciò che concerne il rapporto con le fonti subordinate.

Il primo limite invalicabile in cui si incorre concerne la non possibilità delle fonti gerarchicamente subordinate alla legge di poter fissare la pena e conseguenzialmente di non poter determinare la pretesa punitiva.

Secondo un orientamento consolidato della Corte Costituzionale<sup>53</sup>, si distingue tra concetto penale primario e secondario: per la determinazione

---

<sup>52</sup> ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol I, sub art 1, Milano 2004, p. 34.

<sup>53</sup> Corte Cost., sent. n. 26 del 1966: «La dignità e la libertà personale sono, nell’ordinamento costituzionale, democratico e unitario che regge il Paese, beni [tanto] preziosi [da imporre che] il principio costituzionale di legalità della pena sia da interpretare più rigorosamente [rispetto al

della pena vige una riserva assoluta di legge, includendo in questo concetto anche gli atti aventi forza di legge; per meglio definire la fattispecie si ammette la possibilità di un'integrazione del precetto penale tramite fonte secondaria<sup>54</sup>.

Gli interpreti del diritto sono concordi nel ritenere che la consuetudine intesa come fonte di diritto che opera attraverso la reiterazione duratura e costante di un comportamento, accompagnata dalla convinzione della sua corrispondenza ad un precetto giuridico, in diritto penale, in forza della riserva di legge, sia inetta a svolgere una qualsivoglia funzione incriminatrice e aggravante del trattamento punitivo<sup>55</sup>.

Si può pervenire ad una conclusione analoga anche per la cosiddetta "desuetudine" o consuetudine abrogatrice ossia quel fenomeno che indica il venir meno di una prassi consolidata, per mancata osservanza dei comportamenti da essa previsti, in quanto non più percepiti come giuridicamente doverosi.

La reiterata inosservanza dei relativi precetti legislativi, non dà luogo alla abrogazione dei medesimi, occorrendo a tal fine, necessariamente, un atto avente forza di legge che ne dichiari l'abrogazione o la modifica.

Tuttavia, al concetto di consuetudine integratrice può riconoscersi un ruolo in termini di integrazione; si parla di consuetudine integratrice, infatti, per indicare criteri di valutazione morali e sociali al fine di definire un comportamento vietato o per l'applicazione di un precetto<sup>56</sup>.

In tal caso, la consuetudine non si appresta ad essere una fonte di diritto penale, bensì recepisce un giudizio di valore extragiuridico

---

principio di legalità del reato]; la normazione sulle pene deve essere considerata propria ed esclusiva della legislazione statale, la quale non può mai abdicarvi neppure per aspetti marginali».

<sup>54</sup> Di diverso avviso MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Parte generale*, p. 63, in cui sottolineano il carattere rigorosamente assoluto della riserva anche per la definizione della fattispecie più che della sola sanzione, ammettendo, invece, per quest'ultima anche l'integrazione tecnica.

<sup>55</sup> Parte della dottrina ammette una funzione integratrice della consuetudine: come ad esempio l'obbligo di impedire l'evento ex art 40 cpv. c.p., così MANTOVANI F., *Parte generale*, p. 46.

<sup>56</sup> Ne è tipico esempio il rinvio a tali criteri per la definizione del concetto di "osceno" e di "offesa del pudore", in proposito si veda FIORE C. – FIORE S., *Parte generale*, pp. 74 e ss.

appartenente alla realtà fenomenica in un'ottica di una funzione integratrice *secundum legem*<sup>57</sup>.

Alcuni dubbi, infine, ha suscitato in dottrina la figura della “consuetudine scriminante”. Taluni hanno sostenuto la sua natura *contra legem*, poiché si realizzerebbe un *vulnus* del principio di riserva di legge attraverso la creazione di una scriminante non prevista dalla legge, talaltri, invece, hanno evidenziato come la consuetudine scriminante può risultare ammissibile, apportando solo cause di giustificazione che non hanno carattere specificamente penale.

In vista della concreta certezza a cui il diritto deve ispirarsi, in linea di massima, dovrebbe escludersi anche l'ampliamento in *bonam partem* della consuetudine e utilizzarlo come mero canone di interpretazione delle leggi e di orientamento culturale<sup>58</sup>.

La prima ipotesi che fa da cornice ai modelli di integrazione è la norma penale in bianco. Con una celebre pronuncia<sup>59</sup>, la Corte Costituzionale dichiara, con riferimento all'art. 25 comma 2 Cost., infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 650 c.p., paradigmatico esempio di norma penale in bianco che incrimina una generica inosservanza di provvedimenti dell'autorità, nella parte in cui non viola la riserva di legge, essendo lo Stato ad indicare, sufficientemente, i presupposti e i caratteri, nonché limiti e contenuto dei provvedimenti amministrativi, forniti di sanzione penale.

Parte della dottrina<sup>60</sup> sostiene l'incostituzionalità della norma penale in bianco, quando il precetto penale è solo un generico rinvio a fonti secondarie e astratte; altra dottrina<sup>61</sup> in linea con l'orientamento della Corte Costituzionale, sostiene che se il precetto penale, allorquando rimandi ad una

---

<sup>57</sup> Dello stesso avviso sono FIANDACA G. – MUSCO E., *Parte generale*, pp. 51 e ss, in quanto ritengono un richiamo ingiustificato al concetto di consuetudine.

<sup>58</sup> Cfr. in proposito MANTOVANI F., *Parte generale*, p. 45, il quale ammette la consuetudine in *bonam partem* per attenuare il fenomeno della fossilizzazione del diritto penale, ritenendo che tale principio tutela il *favor libertatis* del cittadino contro le limitazioni arbitrarie.

<sup>59</sup> Corte Cost., sent. n. 168 del 1971.

<sup>60</sup> Si veda tra tanti, BRICOLA F., *Ult. op. cit.*, pp. 179 e ss.

<sup>61</sup> Sull'argomento MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Parte generale*, pp. 52 e ss.

fonte secondaria sufficientemente determinata, sia compatibile con la riserva di legge.

Sicuramente illegittimo, invece, è il modello di integrazione che permette alla fonte secondaria, di scegliere tra vari comportamenti, quelli punibili; allo stesso modo risulterà essere non compatibile con la riserva di legge, il cosiddetto rinvio mobile, ossia un rimando ad una fonte secondaria ancora non esistente.

Negli ultimi due casi, il rinvio è diretto non alla norma secondaria, bensì direttamente al potere – governativo o amministrativo – subordinato a quello del legislatore, in spregio alla riserva di legge penale.

Quando poi, l'atto subordinato limita la sua funzione ad una specificazione puramente tecnica degli elementi della fattispecie già predeterminati dalla legge, come accade per esempio alle tabelle ministeriali, approvate mediante decreto governativo, circa la determinazione dei valori degli additivi chimici consentiti in alimenti e bevande, o del tasso d'interesse bancario massimo oltre il quale si commette il delitto di usura, la dottrina non evidenzia problemi di contrasto, anzi si ritiene che tale sistema conferisca maggiore efficienza.

#### *4.4 La legalità penale nella prospettiva europea e internazionale*

L'Unione Europea è un'organizzazione sovranazionale che gode unicamente delle competenze attribuitele dagli stati membri attraverso i trattati; non è un ordinamento giuridico originario, ma è derivato dagli stati membri che realizzano un trasferimento di sovranità limitando i propri poteri, a vantaggio dell'Unione.

In Italia, per molti anni, l'unico punto di contatto che permetteva al diritto comunitario di far ingresso nel nostro ordinamento è stato l'art. 11 Cost,

in seguito ad annosi dibattiti giurisprudenziali si è individuato una copertura adeguata e necessaria per assicurare la permanenza del diritto comunitario.

La costituzionalizzazione vera e propria del vincolo per Stato e Regioni del rispetto degli obblighi dell'Unione si è introdotta con il novellato art. 117 Cost.

Uno dei problemi più interessanti, dal punto di vista del diritto penale è il rapporto tra le norme interne e quelle sovranazionali.

Secondo un orientamento ormai pacifico<sup>62</sup>, in caso di contrasto tra diritto comunitario e diritto nazionale, si assicura il primato degli atti europei dotati di efficacia diretta, disapplicando la normativa interna in ottemperanza, sempre che il giudice tramite un'opera interpretativa non elimini l'incompatibilità e sempre che non vi sia un contrasto con i principi fondamentali della nostra Costituzione; in siffatti casi bisognerà invece sollevare questione di legittimità costituzionale.

Dopo questa premessa, si vuole comprendere come il diritto penale si inserisce in questo processo di completamento delle fonti e in che modo i limiti tradizionali della riserva di legge si confrontano con le fonti europee. Certamente, la legislazione comunitaria non può avere potestà di incriminazione diretta in campo penale poiché l'art. 25, comma 2 Cost. non è derogabile.

Allo stesso modo, non essendo gli organi comunitari pienamente legittimati democraticamente, risulta difficile un'unificazione della normativa europea a livello europeo.

Ciò nonostante, si ammette che la norma comunitaria dotata di efficacia diretta possa limitare – in caso di incompatibilità parziale – o

---

<sup>62</sup> Sul punto si vedano Corte di Giustizia, sent. 15 luglio 1964, causa C 6/ 64 *Costa c. Enel.*, pronuncia con risvolti importanti sul principio del primato; Corte Cost., sent. n. 170 del 1984, la pronuncia "*Granital*" è stata importante per aver introdotto la teoria dei controlimiti.

addirittura neutralizzare – in caso di incompatibilità totale – una norma penale<sup>63</sup>.

In un celebre *case*<sup>64</sup> sottoposto alla giurisdizione della Corte di Giustizia nel 1979 un cittadino italiano, applicando alcune disposizioni contenute in due direttive CEE, di cui era scaduto il termine per il recepimento, aveva violato la normativa italiana in materia di etichettature di solventi e vernici.

La Corte fermamente stabilisce che dopo lo scadere del termine per l'attuazione della direttiva, gli Stati Membri non possono applicare il diritto nazionale, se non altro in campo penale, rispetto a chi si è conformato alle disposizioni della direttiva stessa.

Ulteriore questione, riguarda l'utilizzo dello strumento penale come tutela degli interessi comunitari. Ciò può avvenire adempiendo agli obblighi di assimilazione del legislatore interno che adegua le norme penale al quadro comunitario.

Un esempio rilevante, è stata la modifica degli artt. 316-bis e 640-bis c.p. che hanno aggiunto tra i soggetti, un riferimento alla Comunità europea nelle fattispecie di malversazione e truffa. In questo caso si è ritenuto che non sussistono problemi di violazione di riserva di legge.

Maggiori problemi si pongono con gli obblighi di criminalizzazione posti a carico degli stati membri al fine di tutelare beni comunitariamente rilevanti. In questo campo, è facile notare l'ingerenza con cui il legislatore comunitario, passo dopo passo, ha acquisito sempre maggiore competenza in campo penale.

Inizialmente veniva chiesto agli stati membri di adottare misure che fossero proporzionate, effettive e dissuasive dirette alla protezione di specifici beni, rispettando il principio di sussidiarietà del diritto europeo.

---

<sup>63</sup> Riflettendo sul rapporto tra diritto europeo e diritto penale, si veda BERNARDI A., *Europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004.

<sup>64</sup> Corte di Giustizia, sent. 148 del 1978, “*Caso Ratti*”.



Svolta epocale, si è avuta nel 2005 dove seppur formalmente la Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi su un ricorso presentato dalla Commissione contro il Consiglio d'Europa, ha ribadito che, in via di principio, la legislazione penale non rientra nelle competenze della Comunità, ma che il legislatore comunitario potrà adottare provvedimenti che impongono agli Stati membri di utilizzare lo strumento penale per dare piena efficacia e tutela ai beni in questione.

Ampliando poi, il discorso in una prospettiva internazionale, il nostro ordinamento si è adeguato al recepimento delle sentenze CEDU e dei Trattati internazionali grazie alle sentenze Gemelle 348 e 349 del 2007 che hanno ritenuto le norme CEDU integratrici del parametro di costituzionalità ex art 117 comma 1 Cost<sup>65</sup>.

Va anteposto che nessuna fonte internazionale, né le norme della CEDU, possono configurare una responsabilità penale a carico di un individuo: la riserva di legge ex art. 25 Cost. lo impedisce. Quindi, la norma interna che contrasta con un obbligo internazionale, certamente non potrà essere direttamente disapplicata dal giudice di merito, come accade per le norme comunitarie, ma dovrà essere oggetto di un giudizio di legittimità costituzionale, ove un'esegesi adeguatrice alla norma pattizia in questione non fosse possibile. La consulta, poi, dovrà dichiararla illegittima se essa non garantisce un livello di tutela dei diritti contenuti nel nucleo duro della nostra Costituzione che sia superiore o uguale ai medesimi diritti.

---

<sup>65</sup> Per un approfondimento sul tema si veda VIGANÒ F. – MAZZA O., *La procedura penale, in Europa e giustizia penale, Gli Speciali di Diritto penale processo*, in Riv. Dir. pen. Contemporaneo, 2011.

#### 4.5 Principi di cornice: Tassatività e determinatezza

Una cornice c'è, ma come dipingere la tela che vi è contenuta?<sup>66</sup>

Affinché il principio di legalità adempia ad una reale funzione di garanzia, non è sufficiente la predeterminazione astratta della fattispecie legale attraverso la riserva di legge; affinché il cittadino sia al riparo dai soprusi del legislatore e dell'interprete è altresì necessario che le norme generali rispettino i canoni di determinatezza e tassatività.

Ciò che si è appena detto riflette l'ideale giuridico dell'età dei lumi, che chiedeva poche leggi chiare e semplici<sup>67</sup> come presupposto logico per la comprensione e certezza della legge, intesa non come effettiva conoscenza ma come possibilità di conoscibilità della stessa.

Pertanto, si è concordi nel ricercare la *ratio* del principio di determinatezza e di tassatività nell'esigenza di garanzia in funzione del *favor libertatis*: vincola sia il legislatore, nella tecnica di formulazione della legge penale, imponendogli la redazione di una fattispecie vincolata a canoni dettagliati e minuziosi affinché risulta "tassativamente" predeterminato ciò che è vietato e ciò che non rientra nel divieto; sia il potere giudiziario, che vede circoscritti i propri spazi di interpretazione nell'individuazione del significato e dell'ambito di operatività delle norme penali<sup>68</sup> poiché è facilmente intuibile che un'espansione giudiziale incontrollata dell'area del penalmente rilevante, oltre a sacrificare continui spazi della libertà personale, sia inconciliabile con le funzioni di orientamento e di risocializzazione che l'ordinamento costituzionale attribuisce alla sanzione penale.

---

<sup>66</sup> Sul punto PULITANO D., *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in Aa.Vv., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. Stile, Jovene, Napoli, 1985, pp. 134 e ss.

<sup>67</sup> «Quando il giudice sia costretto [a] fare anche solo due sillogismi, si apre la porta dell'incertezza; quando un codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza, che di esaminare le azioni de' cittadini, [...] quando la norma del giusto o dell'ingiusto non è un affare di controversia, [...] allora i sudditi non sono soggetti alle piccole tirannie di molti», BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 16.

<sup>68</sup> Sul tema BRICOLA F., *ult. op. cit.*, p. 1281.

Garantire, attraverso l'applicazione del principio di tassatività, la certezza della legge vuol dire dare efficacia anche al principio di frammentarietà: il diritto penale circoscrive il campo di intervento a determinati beni preservandoli dalle aggressioni, ne discende che la norma penale debba essere sufficientemente precisa per individuare il bene oggetto di minaccia della penale; non solo, la certezza garantisce il più generale principio di colpevolezza, che sottende il presupposto della conoscibilità della norma; ancora, in assenza di una sufficiente previsione della norma, si violerebbero garanzie processuali come l'obbligatorietà dell'azione penale.

Sebbene tassatività e determinatezza siano spesso usati come sinonimi<sup>69</sup>, parte della dottrina<sup>70</sup> propone una triplice distinzione accanto al principio di determinatezza, inteso come esigenza che il fatto descritto sia suscettibile di essere provato in sede penale e a quello inteso come divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici si affianca anche un principio di precisione che sarebbe teso a garantire una descrizione chiara e precisa del fatto e delle conseguenze.

Sicuramente è giusto mettere in evidenza la distinzione concettuale tra determinatezza e tassatività in quanto la prima rappresenta un aspetto concernente la fase statica della formulazione della fattispecie, mentre, la tassatività interviene nel momento applicativo, selezionando tra i vari casi quelli in cui interviene il divieto, evitando l'estensione della norma penale ai

---

<sup>69</sup> Concetti sinonimi ma complementari che agiscono su piani differenti, precisamente la determinatezza sul piano interno e la tassatività sul piano esterno ma che insieme completano plasticamente la fattispecie Cfr. sull'argomento VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in. Dig. Disc. Pen., VIII, 1994, pp. 307 e ss.

<sup>70</sup> Una parte della dottrina, MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto*, pp. 57 e ss., prospetta una triplice distinzione tra «principio di tassatività», «principio di determinatezza» e «principio di precisione»; il terzo principio, quello di precisione, comporterebbe un obbligo per il legislatore di utilizzare la massima precisione per descrivere il fatto costituente reato e le conseguenze sanzionatorie; mentre il principio di determinatezza sarebbe utile, secondo gli autori per vietare un'interpretazione analogica delle norme penali ed infine la tassatività obbligherebbe il legislatore a prevedere come reati solo fatti che siano suscettibili di essere fondati nel processo, attraverso criteri fondati.

casi non previsti: quanto più precisa sarà la norma, tanto più netti risulteranno i limiti del suo ambito applicativo<sup>71</sup>.

Anche se la Costituzione non prevede espressamente l'obbligo di determinatezza e di tassatività, esso può ricavarsi direttamente dall'art. 25 comma 2 Cost. e l'art. 13, comma 2 Cost.

Il principio in questione spesso si trova ad affrontare svariati problemi, primo tra tutti il confrontarsi con una realtà empirica che sempre più lo disattende.

Scritto nelle carte, il principio subisce l'attuale crisi che sta vivendo il sistema penale

Sull'argomento si ritornerà nel prosieguo della trattazione, per ora ci si limiterà a dire che l'attuale politica criminale legandosi al rischio e all'emergenza, anticipa la tutela e ciò stride con le classiche garanzie del diritto penale liberale e con la necessità di certezza.

A tutto ciò si aggiungono svariate pronunce della Corte Costituzionale che hanno respinto le eccezioni sollevate per quanto concerne il profilo della tassatività e della determinatezza<sup>72</sup>: in un primo caso, la Corte Costituzionale utilizzando il criterio del "significato linguistico"<sup>73</sup> ha tenuto in vigore delle morte, stabilendo che a prescindere dalla sfumatura di significato fosse possibile ritracciare un significato corrispondente ad un'espressione sufficiente per individuare un precetto giuridico.

---

<sup>71</sup>Sull'argomento MOCCIA S., *La promessa non mantenuta: ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, p. 13

<sup>72</sup> Un'autorevole dottrina FIANDACA G. – MUSCO E., *Parte generale*, p. 87, in proposito, scrive di un eccessivo *self-restraint* della Corte Costituzionale, inteso quale atteggiamento di chiusura scaturito dalla preoccupazione di creare vuoti di tutela e di entrare in conflitto con il legislatore; con una diversità di accenti sulle ragioni di un tale atteggiamento della Corte v., PALAZZO F. C., *Principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Cedam, 1979, p.401; altresì NUVOLONE P., *La problematica penale della Costituzione*, in *Scritti in onore di Mortati*, IV, Milano, 1977, p. 494.

<sup>73</sup> Corte Cost., sent. n. 191 del 1970, sul concetto di "osceno" si osserva che "il principio di legalità si attua non soltanto con la tassativa e rigorosa descrizione di una fattispecie, ma in talune ipotesi, con l'uso di espressioni sufficienti per individuare con certezza il precetto e per giudicare se una determinata condotta lo abbia, o meno, violato", inoltre la Consulta notava che "quando la legge penale prevede la tutela di beni immateriale il ricorso alla nozione propria del linguaggio e dell'intelligenza comune è inevitabile". Sulla stessa scia sent. n. 42 del 1972; sent. n.169 del 1983; sent. n. 479 del 1989.

Un altro filone giurisprudenziale<sup>74</sup> concentra l'attenzione sul diritto "vivente", utilizzando come criterio di valutazione per stabile la determinatezza e la tassatività, il prodotto e l'interpretazione di una giurisprudenza costante o dominante.

In senso favorevole all'accoglimento della violazione del principio di tassatività e determinatezza, la Corte Costituzionale si è pronunciata con la sentenza n. 96 del 1981 in cui adotta come criterio di valutazione della determinatezza, la "verificabilità empirica"<sup>75</sup>, dichiarando incostituzionale l'art. 603 c.p., sul delitto di plagio: secondo la Corte, l'art 25 comma 2 Cost. è "soddisfatto fintantoché nelle norme penali vi sia riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiono verificabili"; in questo caso l'impossibilità di attribuire un contenuto razionale e verificabile concretamente, porterebbe ad un'applicazione assolutamente arbitraria e imparziale, perciò aprioristica e non costituzionalmente legittima.

Per il concreto realizzarsi delle finalità sostanziali del principio in questione, ruolo fondamentale è svolto dalle tecniche di redazione delle fattispecie penali.

La determinatezza di una fattispecie riguarda principalmente i più ampi rapporti tra diritto e linguaggio, o meglio, la struttura semantica mediante la quale il precetto è enunciato. Si preferisce un codice penale le cui fattispecie incriminatrici siano organizzate secondo un'impostazione analitico-descrittiva, in cui le norme siano esposte in modo meticoloso e dettagliato.

Anche qui si incorre nel rischio di appesantire ulteriormente il sistema penale, già assediato da produzioni sovrabbondanti, si rischierebbe un'ipertrofia maggiore, la sovrapposibilità delle fattispecie nonché un invecchiamento precoce del diritto sempre in costante aggiornamento.

---

<sup>74</sup> Corte Cost, sent. n. 11 del 1988 in tema di armi-giocattolo.

<sup>75</sup> Sulla scorta di un principio già limpidamente enunciato da von Feuerbach, in cui: "ciò che nessun giudice può provare, neppure il legislatore può assumere come oggetto dei suoi divieti". Feuerbach elabora il principio in relazione ai fenomeni, come la stregoneria. Si veda in proposito MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso penale*, p. 75.

Si è soliti riconoscere due tecniche di redazione legislativa: “normazione descrittiva” e “normazione sintetica”<sup>76</sup>. La prima consiste nell'utilizzare elementi descrittivi, il cui significato è colto dalla realtà fenomenica per descrivere un determinato fatto criminoso; anche questi elementi descrittivi possono sollevare incertezze per ciò che concerne la non-intelligibilità del precetto o la genericità del significato.

Si preferisce utilizzare la normazione sintetica, la quale adotta un compromesso impiegando elementi normativi e rinviando ad una fonte esterna alla fattispecie, utilizzata come parametro di giudizio.

Il problema si pone quando gli elementi che necessitano dell'etero-integrazione non siano meri elementi normativi giuridici, bensì elementi normativi extragiuridici<sup>77</sup>, definiti anche *Wertbegriffe*, cioè elementi normativo-sociali che posseggono una soglia minima ineliminabile di elasticità nella determinazione del contenuto che non potrà trovare un significato univoco nei diversi contesti culturali.

L'indeterminatezza di tali concetti, in una società in totale liquefazione<sup>78</sup>, con valori precari e mutevoli potrebbe portare il giudice ad essere incapace di valutare lo stato reale della società. Come ogni medaglia, anche gli elementi normativo-sociali hanno il loro lato positivo, sono indispensabili «organi respiratori» della disciplina penale cui non si potrebbe rinunciare nella descrizione della fattispecie, pena la perdita della praticabilità se non della ricostruibilità del sistema stesso.

In conclusione, l'aspirazione illuministica ad un diritto penale laico, espressione di un democratico contratto sociale, non può prescindere dall'attuazione del principio di determinatezza e di tassatività. La verificabilità empirica della fattispecie, in un momento dove l'oscurità delle norme lascia

---

<sup>76</sup>Cfr. in proposito FIANDACA G. – MUSCO E., *Parte generale*, p. 91.

<sup>77</sup> Ad esempio, l'atto osceno che «secondo il comune sentimento, offende il pudore» ex art. 529, comma I, c.p., o gli «atti contrari alla pubblica decenza» ex art. 726 c.p.

<sup>78</sup> L'espressione esprime il concetto di «modernità liquida» elaborato da BAUMAN Z., *Modernità liquida*, 17<sup>a</sup> ed., Bari, 2011, l'autore mette in luce come con la crisi del concetto di comunità, emerge un individualismo sfrenato che aumenta l'incertezza del diritto.

ampio impero alla giurisprudenza creativa, è una premessa indispensabile per realizzare la tanta agonia garanzia dei diritti fondamentali dell'uomo<sup>79</sup>.

#### 4.6 Divieto di analogia

Completamento necessario del principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege stricta et certa* è il divieto di analogia.

L'analogia è quel procedimento tramite il quale vengono risolti casi non previsti dalla legge, estendendo ad essi la disciplina prevista per i casi simili – *analogia legis* – o, desunta dai principi generali di diritto – *analogia juris*<sup>80</sup>.

In un sistema che si propone di garantire la libertà del singolo, in una prospettiva di legalità formale, sarebbero vanificate le aspettative, se oltre a prevedere la fattispecie determinata nei suoi elementi, il conseguenziale divieto di applicarla oltre i casi previsti.

In mancanza del divieto di analogia, ci si troverebbe di fronte ad una legalità sostanziale, in cui si puniscono i fatti di devianza a prescindere dall'esistenza di una predeterminazione di una fattispecie astratta<sup>81</sup>.

Il fenomeno dell'analogia nasce da una sottesa esigenza dell'ordinamento, che sempre più spesso si trova a dover fronteggiare fatti e accadimenti, di cui manca una disciplina. Per rispondere prontamente, è costretto in quest'opera di rattoppo, per evitare la creazione di zone cosiddette franche.

---

<sup>79</sup> Sul punto, MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso penale*, p. 277.

<sup>80</sup> Cfr. MANTOVANI F., *Parte generale*, p. 70; ancora FIANDACA G – MUSCO E., *Parte generale*, p. 118; FIORE C.– FIORE S., *Parte generale*, p. 92.

<sup>81</sup> Non in tutti i sistemi il divieto di analogia è un corollario del principio di legalità formale, ad esempio nell'ordinamento inglese e scandinavo non esiste un tale divieto e nonostante l'assenza il principio di legalità risulta vigente. Questa riflessione ha portato parte della dottrina a sostenere che in un sistema teologicamente orientato ciò che conta non è la mera proclamazione di un principio, ma l'applicazione concreta dello scopo sotteso dallo stesso; in proposito si rimanda alle considerazioni approfonditamente svolte da MOCCIA S., *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teologicamente orientato*, in Riv .it .dir. e proc. pen., 1989, 1006 ss; altresì BRICOLA F., *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in Riv.it.dir.proc.pen.,1988, pp. 15 e ss.

Le modalità attraverso cui si può far fronte alle lacune sono due: l'*argumentum a contrariis*, che si fonda sul principio dell'*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* e il ragionamento per similitudine, completamente opposto al primo, che si fonda sul principio dell'*ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*<sup>82</sup>.

Per il diritto penale tale scelta non è più indifferente, anzi l'applicazione analogica, quella per similitudine, è vietata. Il divieto si coglie esplicitamente dall'art. 14, delle disp. sulla legge in generale, nella parte in cui dispone che "le leggi penali e quelle che fanno eccezione alle regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati".

Il divieto è inoltre deducibile dall'art. 1 c.p., in particolare dall'avverbio «espressamente», che qualifica la previsione legislativa del fatto di reato, escludendo così la punibilità dei fatti che non siano «espressamente» previsti come reati.

Anche se solo implicitamente questo divieto trova fondamento costituzionale nell'art 25 Cost., in quanto teso ad eliminare qualsiasi forma di arbitrio da parte sia del potere giudiziario sia del legislatore nell'interpretare e applicare le norme incriminatrici delle fattispecie penali.

Il principale problema sorge proprio quando ci si trova di fronte ad un'opera di interpretazione estensiva, di cui ne è legittimo l'uso, e quando si ricade nel divieto di analogia?

Sebbene sia facile cogliere la differenza concettuale, la linea di confine si assottiglia sempre più di fronte a norme incriminatrici elastiche. Si noti bene che il limite tra i due concetti è così labile, che l'interpretazione estensiva resta costituzionale fin a quando non si tramuti in analogia "occulta"<sup>83</sup>, ossia quindi l'ipotesi in cui l'interpretazione tende a dilatare al massimo la portata della norma, estendendo al limite le ipotesi interpretative consentite dal tenore letterale della norma, restando collegata ad uno dei

---

<sup>82</sup> Cfr. sul tema MANTOVANI F., *Parte generale*, p. 70

<sup>83</sup> In proposito MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto*, p. 177



molteplici significati che si possa attribuire alla fattispecie; l'analogia vaga al di fuori della norma, poiché il fatto oggetto della questione non rientra nella fattispecie legale, ma adotta il principio della similarità.

In dottrina<sup>84</sup> e in giurisprudenza si discute sulla portata del divieto di analogia in relazione al suo carattere assoluto o relativo: ci si chiede se riguardi anche le norme poste a favore dell'imputato – analogia in *bonam partem* – ovvero sia circoscritto alle sole norme sfavorevoli – *analogia in malam partem*.

Un primo orientamento attribuiva rilevanza assoluta al divieto di analogia, assumendo che nel concetto di norma penale fosse ricompresa ogni norma che disponesse di costituire, modificare ed estinguere la responsabilità penale.

Tuttavia, oggi, la dottrina è generalmente concorde nel ritenere l'ammissibilità dell'analogia in *bonam partem* in funzione di garanzia del *favor libertatis*<sup>85</sup>.

Tale dottrina limita quindi la portata applicativa dell'art 14 disp. prel. alle sole leggi incriminatrici o in genere peggiorative della situazione giuridica del soggetto. Anche l'analogia a favore del reo deve sottostare a dei limiti: è possibile soltanto quando l'analogia desuma l'*eadem ratio* dal diritto scritto e non da fonti sostanziali<sup>86</sup>.

Stabilita la possibilità di ricorrere all'analogia in favore del reo, il già menzionato art 14 disp.prel. c.c., esclude l'analogia anche per le leggi eccezionali. La direzione del dibattito scientifico si sposta sulla definizione del concetto di eccezionalità e sulla relazione esistente tra le fattispecie incriminatrici e le disposizioni scriminanti presenti nell'ordinamento giuridico.

---

<sup>84</sup> Sul tema FIORE C. – FIORE S., *Parte generale*, p. 81.

<sup>85</sup> FIANDACA G. – MUSCO E., *Parte generale*, l'applicazione analogica della norma favorevole al reo non implica alcuna lesione della sua libertà; contra l'inammissibilità dell'analogia in *bonam partem* si veda ROXIN C., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, pp. 52 e ss.

<sup>86</sup> Secondo MANTOVANI F., *Parte generale*, p. 75, le disposizioni a favore del reo debbono essere dotate di un necessario grado di e non rientrare nel divieto generale delle leggi eccezionali. In aggiunta gli autori sostengono che bisognerà aggiungere il requisito della non intenzionalità della lacuna.

Se ci si ferma ad un primo rilievo si potrebbe considerare eccezionale tutto ciò che deroga alle norme generali ma l'estremismo di tale concetto, lo porta ad escludere apriori.

Un autorevole dottrina<sup>87</sup>, porta a soffermare l'attenzione distinguendo il diritto speciale, quale complesso di norme che regolano il minor numero di casi in modo diversificato dal diritto comune; per diritto eccezionale si intenderebbe il disciplinare il minor numero di ipotesi non solo diversamente ma anche in modo opposto al diritto regolare.

Incentrando l'attenzione sulle cause di giustificazione, si è concordi nel ritenere ammessa l'analogia in *bonam partem*, considerandole norme di principi consolidati e non eccezione nei limiti che non sia travalicata la tassatività in cui le disposizioni; nel senso contrario, risulta esclusa l'applicazione analogica, in quanto norme eccezionali, nonché prodotto di «una valutazione di opportunità politica»<sup>88</sup> delle cause di estinzione del reato e della pena delle immunità penali e delle cause – speciali o personali – di non punibilità; è altresì esclusa l'applicazione per via analogica delle circostanze attenuanti della pena.

Quale corollario del principio di legalità, il divieto di analogia è anche essa esigenza irrinunciabile affinché dal governo dei giudici si passasse a quello delle leggi, e, quindi, perché il potere giudiziario fosse soggetto a quello legislativo: perché il giudice fosse «*bouche des lois*»<sup>89</sup>.

Purtroppo, si assiste troppo spesso, ad una prassi che prende le distanze dai principi costituzionali. Si giustifica l'evasività dei fatti spacciandolo per disincantato realismo<sup>90</sup> ma il superamento dell'attuale crisi si può realizzare soltanto – secondo l'idea di “utopia concreta” – attraverso un impegno costante e un lavoro meticoloso di analisi e critica sottolineando luci ed ombre di ogni aspetto dei principi.

---

<sup>87</sup> In questo senso MANTOVANI F., *Parte generale*, pp. 76 e ss.

<sup>88</sup> Corte Cost., sent., n. 487 del 1989.

<sup>89</sup> Espressione coniata da DE MONTESQUIEU C.L., *Lo spirito delle leggi*, UTET, 2005.

<sup>90</sup> Sul punto MOCCIA S., *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello stato di diritto*, *Criminalia* 2012, pp. 300 e ss.

## 5. *L'irretroattività della legge penale. Abolitio criminis e successione delle leggi penali nel tempo*

Enunciato prima dal pensiero illuministico, consacrato poi dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, oggi, il principio di irretroattività è uno dei capisaldi sui cui si regge lo stato di diritto.

“*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali scripta et stricta*” sta a significare che l'applicazione della legge penale può avvenire quando il fatto sia stato commesso dopo la sua entrata in vigore e in modo consequenziale non si applica a fatti anteriori ad essa.

Tale principio appare accomunato alla medesima ratio che anima e concretizza il principio di determinatezza: l'esigenza di certezza del diritto penale.

In una società in continuo cambiamento, il legislatore aspira a dare sicurezza al cittadino, delimita l'area dell'illecito e del lecito, orientando la condotta dei consociati e garantendogli, realizzando finalità di prevenzione generale, la possibilità di conoscere ciò che è penalmente rilevante.

Invero, non si può pretendere che la norma penale funga da orientamento all'azione del cittadino se questi non è messo in condizione di conoscerla.

In uno Stato liberale di diritto, il cittadino deve poter essere certo delle conseguenze penali in cui potrebbe incorrere di ciò che oggi, nell'attuale presente rappresenti un fatto criminoso; se così non fosse, la pena si tramuterebbe in una tutela blanda e un'incognita futura che esporrebbe ad un terrorismo psicologico<sup>91</sup>.

---

<sup>91</sup> Così con motivazioni varie: PECORELLA G., *L'efficacia nel tempo della legge più favorevole*, Cuem, Milano, 2008; VALENTINI V., *Cause di giustificazione e abrogatio criminis*, in Riv. It., 2009, p. 1386; per la manualistica si consulti sull'argomento FIORE C. – FIORE S., *Parte generale*, p. 8; altresì MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto*, p. 253; FIANDACA G. – MUSCO E., *Parte generale*, pp. 94 e ss.; per una posizione dottrinale favorevole all'applicazione dell'art. 25 comma 2 anche alle norme penali processuali sfavorevoli si rimanda a MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto*, p. 291.

In concreto, il principio esprime la più generale forma di *favor libertatis*<sup>92</sup>.

Il principio in esame è previsto in generale dalla legge all'art. 11, comma I, disp. prel. c.c., secondo cui «La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo» ma soltanto in materia penale esso ha vigore costituzionale, attraverso la più volte ricordata formulazione dell'art. 25, comma 2 Cost. e nello specifico, in materia penale si menziona l'art. 2 c.p.<sup>93</sup>.

Va segnalato che differentemente dall'analogia, il divieto di retroattività interessa tutte le norme giuridiche da cui scaturisce l'applicazione di sanzioni penali.

Per comprendere il principio, bisognerà definire a priori il criterio per stabilire il tempo in cui fu commesso il fatto. Si prenda come riferimento la condotta che la norma qualifica come reato; sicuramente da escludere come parametro per definire il *tempus commissi delicti*, l'evento inteso come verificarsi del risultato lesivo: al contrario, se ci si riferisse ad esso, l'autore del fatto potrebbe essere punito dopo che compie il fatto, nel lasso intercorrente tra la commissione dell'azione e il verificarsi a distanza di tempo dell'evento, tradendo in sostanza la ratio del divieto di irretroattività.

Continuando l'analisi del summenzionato articolo, al comma 2 disciplina la c.d. *abolitio criminis* inteso quale divieto di ultrattività della legge penale ove si stabilisce che «Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituiva reato; e se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali»: in base a tale norma l'autore di un reato che successivamente è stato oggetto di abrogazione, non può essere

---

<sup>92</sup> Proprio in tutela del *favor libertatis*, in alcuni casi si è dovuto derogare al principio di irretroattività della legge penale, quando quest'ultima anziché farsi garante dei diritti, faceva da scudo per nascondere e difendere la cosiddetta delinquenza di Stato. Si ricorda i crimini contro l'umanità commessi nel secondo conflitto mondiale e puniti dai Tribunali Internazionali Militari di Norimberga e dell'Estremo Oriente. Nei processi si asserì la violazione del principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege* e dell'irretroattività ma le condanne si fondarono sulla violazione di principi supremi e superiori: quelli di umanità.

<sup>93</sup> Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato. Art. 2 c.p.

punito purché non sia intervenuta una sentenza definitiva: sarebbe lesivo dei diritti di parità di trattamento e di libertà, continuare a punire un soggetto per un fatto che la società e il legislatore penale non percepiscono più come disvalore.

Al fine di stabilire se una norma penale abbia cessato di essere in vigore, si prenda come riferimento le regole stabilite dall'art. 15 delle Disp. sulla legge in generale. La disposizione si pone in armonia con le finalità garantistiche, impropriamente ispirato al *favor rei*.

La dottrina<sup>94</sup> è maggiormente concorde nel riconoscere, all'*abolitio criminis*, la funzione di tutelare esigenze di uguaglianza dei cittadini per evitare disparità di trattamento.

All'art. 2, comma 4 c.p. si sancisce una sorta di irretroattività relativa<sup>95</sup>, in cui è possibile la retroattività<sup>96</sup> e ultrattività della norma penale successiva, per quelle fattispecie che prevedono un trattamento più favorevole per il reo, nei limiti in cui non sia intervenuta una sentenza passata in giudicato.

Può accadere che una legge penale non si limiti ad abrogare la precedente, ma tocchi la fattispecie legale, riformulandone il contenuto e incidendo sugli elementi costitutivi o aggiungendone di nuovi. Risulta spesso difficile comprendere il discrimine tra abrogazione e mera modifica della norma incriminatrice preesistente<sup>97</sup>: se nell'abrogare la precedente norma incriminatrice, il legislatore non si occupa di sostituirla con una nuova, darà luogo ad una *abolitio criminis*; vi è, invece, successione di legge ex art. 2 comma 4 c.p., quando una norma abroga e contestualmente sostituisce

---

<sup>94</sup> Cfr. sul tema FIORE C. – FIORE S., *Parte generale*, p. 9.

<sup>95</sup> Sempre più spesso si è verificato il caso dell'irretroattività occulta: vedi fattispecie (oggi abrogata) dell'art. 2 L. n. 159 del 1976, modificata dall'art. 3 della L. n. 689 del 1976 in tema di costituzione di valute all'estero. Vedi FIANDACA G. – MUSCO E., *Parte generale*, p. 86

<sup>96</sup> nello stesso senso si è espressa la Corte Costituzionale, Sent. n. 393 del 2006 e n. 394 del 2006. La corte giustifica la retroattività della *lex mitior* collegandola all'art. 3 Cost. contrariamente tale principio opera anche come limite, derogabile tutte le volte in cui vi è la necessità di tutelare interessi di pari rilevanza.

<sup>97</sup> Si prenda ad esempio la L. n. 86 del 1990 sulla riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.

l'oggetto della norma precedente ovvero in assenza di un'abrogazione esplicita, la norma successiva modifica il campo di applicazione precedente ovvero, la norma innova la disciplina precedente<sup>98</sup>.

Quando la norma penale successiva si limita a modificare i presupposti di punibilità, ad esempio il diverso termine prescrizione o ancora la rimozione di una condizione di punibilità, in questi casi non sussistono difficoltà per comprendere se ci si trova di fronte ad una modifica o ad un'abrogazione.

La complessità<sup>99</sup> aumenta quando l'innovazione legislativa tocca il precetto penale, in questo caso si adotta il principio della continuità del tipo di illecito: tramite un'operazione ermeneutica occorrerà verificare se il fatto punibile prima, con il mutamento della disciplina risulta ancora punibile, se vi è in sostanza identità del bene protetto e dell'omogeneità modalità di aggressione dello stesso, seguendo l'impostazione della Suprema Corte<sup>100</sup>.

Tale criterio di ascendenza tedesca, enucleato spesso nella formula "prima punibile, dopo punibile, quindi punibile" si presta ad una duplice critica: se lo si intende in senso stretto, necessiterà di una perfetta corrispondenza del fatto di reato; mentre in senso ampio il confronto dipenderebbe da elementi estremamente valutativi, finendo per farne risultare incerta l'applicazione<sup>101</sup>.

Con un maggior grado di affidabilità è da intendere il criterio che si poggia sul rapporto di "continenza"<sup>102</sup> tra vecchia e nuova fattispecie: si valuta che tra le fattispecie in questione viga un'omogeneità strutturale, in relazione

---

<sup>98</sup> Si assiste ad un'ipotesi di successione modificativa del trattamento sanzionatorio con il novellato terzo comma dell'art 2 introdotto con la L. 85 del 2006. Si rimanda ad un'attenta lettura del comma in cui si giunge a derogare anche se solo parzialmente, all'intangibilità del giudicato.

<sup>99</sup> Particolare è anche il caso in cui il rapporto tra norma precedente e quella successiva è di specialità: ci si rifà all'applicazione dell'art. 15 c.p. che stabilisce «Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito».

<sup>100</sup> Cass. Pen., Sez. Un., 20 giugno 1990, Monaco, in Foro it., 1990, II, p. 637.

<sup>101</sup> In proposito FIANDACA G. – MUSCO E., *Parte generale*, p. 89; MANTOVANI F., *Parte generale*, p. 86; FIORE C. – FIORE S., *Parte generale*, pp. 84 ss.

<sup>102</sup> Per un approfondimento sulla continenza di rimanda alla manualistica FIANDACA G. – MUSCO E., *Parte generale*, pp. 79 e ss.

agli elementi costitutivi della fattispecie, in presenza dei quali si potrà parlare di successione di leggi penali, tenendo conto dell'applicazione della disposizione più favorevole. Sicuramente più solido come criterio, l'analisi dei rapporti strutturali è comunque soggetta ad oscillazioni trovando spesso soluzioni nella giustizia "sostanziale" e al caso concreto.

## 6. *Garanzia ed effettività della tutela frammentaria.*

Il principio di frammentarietà, insieme al principio di sussidiarietà e di meritevolezza della pena esprime il principio più generale di stretta necessità, riflettendo l'esigenza che il diritto penale sia circoscritto entro rigorosi limiti di necessità di tutelare beni o interessi socialmente rilevanti.

Un valore, quello della frammentarietà, ancora oggi ritenuto, da larga parte della dottrina internazionale, meritevole di prevalere sull'idea stessa di giustizia sostanziale, in quanto soggettivamente e storicamente variabile.

L'ordinamento giuridico disdegna le lacune, ma non il diritto penale che eleva a valore l'incompletezza. I soli fatti assoggettabili a pena rimangono quelli previsti dalla legge, anche quando ciò comporti l'impunità di condotte pregiudizievoli e cariche di disvalore.

Thomas Vormbaum definisce il diritto penale come *Strafbegrenzungswissenschaft*<sup>103</sup>, distinguendo tra pena e diritto penale, e assegna al diritto penale il compito di delimitare l'anelito della società e della politica a mettere in gioco le pene e le misure di sicurezza quali strumenti di governo ovvi e apparentemente a buon mercato.

Il principio di frammentarietà è un principio chiave del diritto penale, in cui si esprime l'istanza di limitare la tutela penale solo a fattispecie tipizzate rigidamente dalla legge, in maniera determinata e tassativa, empiricamente verificabili e dotate di connotati di offese intollerabili.

---

<sup>103</sup> «Una scienza dei limiti del punire», così si rinviene nella definizione di VORMBAUM T. *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, Riv. Dir. pen. Contemporaneo, n.1, 2015, p. 51.

L'inventore del termine è notoriamente Karl Binding, giurista tedesco del primo novecento, che per primo ha parlato del "carattere frammentario del diritto penale", il quale implicitamente ha posto due richieste, la prima rivolta al legislatore, per "arrotondare" gli ambiti di disciplina penale secondo criteri di giustizia sostanziale, e l'altra all'interprete, per accettare la possibilità legislativa di recuperare questo arrotondamento, se necessario, mediante analogia. In altri termini, Binding prende atto che esiste la frammentarietà e richiede l'introduzione di misure atte ad eliminarla.

L'illustre penalista tedesco, sottolinea come la frammentarietà fosse un grave limite per il diritto penale, e in linea di massima, il suo orientamento fu condiviso nella prima metà del '900, ove la frammentarietà era sintomo di inefficienza e rozza incompletezza del legislatore.

Attualmente, la frammentarietà ha subito un'eterogenesi dei fini, divenendo pilastro fondante di garanzia e di effettività della tutela costituzionale: diritto penale costituzionalmente orientato impone una tutela sporadica, che non si spinga oltre quanto sia indispensabile per una convivenza civile: la punizione dei cittadini, quale forma più intensa di lesione della loro personalità compiuta dallo Stato, deve rimanere un'eccezione; la norma penale deve restare un'isola nel mare della libertà – così suona la bella formulazione del penalista fiorentino Francesco Palazzo, che pertanto parla anche di carattere "insulare"<sup>104</sup> del diritto penale.

Tradizionalmente il principio di frammentarietà esprime una triplice funzione<sup>105</sup>: innanzitutto distingue l'ambito dei comportamenti penalmente rilevanti da ciò che si considera moralmente riprovevole, rispondendo ad una finalità laica e pluralista della costituzione; in secondo luogo funge da discriminante per differenziare ciò che è qualificato anti-giuridico e da ciò che

---

<sup>104</sup> Citazione elaborata da PALAZZO F., *Strafgesetzlichkeit. Transformation und Vielschichtigkeit eines "Fundamentalprinzips"*, Münster, Berlin, 2010, p. 37.

<sup>105</sup> Cfr. FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale: parte generale*, p. 32 ss.; BELLOMO F., *Nuovo sistema del diritto penale*, pp. 189 e ss.



è penalmente rilevante, poiché non tutto ciò che è illecito per l'ordinamento civile comporta l'applicazione di una sanzione penale.

Altresì il diritto civile conosce l'onnicomprensiva figura dell'illecito aquiliano, il diritto penale moderno sta e cade con la pluralità tassativa degli illeciti, ossia con la frammentarietà dell'intervento punitivo.

Infine, il principio in questione permette di selezionare le modalità di aggressione al bene giuridico, dando modo al criterio di sussidiarietà di operare in favore di soluzioni extra-penali, spesso maggiormente efficaci.

Il legislatore con il principio di frammentarietà mira a dare veste giuridica a poche fattispecie, già socialmente rilevanti, limitando il controllo a specifici comportamenti e riuscendo a contenere le incriminazioni ispirate al diritto d'autore.

Si può definire la frammentarietà come criterio direttivo nella genesi della norma penale, che seppur non ritrova nella costituzione un esplicito referente, funge da perfezionamento della determinatezza e dell'offensività. Spesso, della frammentarietà viene sottolineata in maniera dispregiativa il suo essere limitata a determinate tutele.

Ma la sua natura intrinseca è davvero un limite o è il suo potenziale? In realtà, ciò che è sbagliato è la premessa: si crede che per raggiungere dei buoni risultati, sia necessaria una tutela olistica, ma in realtà un diritto penale che si occupa di tutto finisce per difendere il nulla, divenendo un nemico potenziale di quella stessa libertà che lui stesso protegge.

Se la tutela, invece, fosse riservata a fatti realmente meritevoli di tutela, il diritto penale ne potrebbe guadagnare in termini di effettività e di maggior efficacia della pena.

La pena come ci ricorda l'illustre Beccaria, deve essere circoscritta in confini ben definiti, cosicché il condannato sarà più propenso a mostrare il proprio consenso; i consociati, in vista di una pena pronta e celere, anziché solo severa, percepiranno maggiormente il disvalore della condotta.

Un diritto penale che non sia frammentario in questo significato, che comprenda ogni comportamento umano, non può esistere neppure come sistema religioso, perché neppure gli stessi Sant'Agostino e Lutero, che vedevano l'uomo come un'entità peccaminosa nella sua essenza, ritenevano che questi peccati ad ogni piè sospinto. Un diritto penale totalitario e asfissiante, perde la propria autonomia, divenendo un mero accessorio sanzionatorio; la frammentarietà riesce invece, ad esaltare la sua aspirazione liberale, garantendo la giusta libertà.

#### 7. *Necessità e meritevolezza della penale. Il diritto penale come extrema ratio.*

“La giustizia penale è un male necessario, ma se essa supera i limiti della necessità resta soltanto un male”<sup>106</sup>.

In questo senso lo strumento penale è particolarmente incisivo a proposito dei diritti fondamentali dell'individuo e per questo motivo quando si necessita di un intervento statale, bisogna che esso sia circoscritto alle offese rilevanti, quelle che maggiormente si percepiscono tali per la collettività.

L'idea di sussidiarietà del diritto penale non è affatto una recente conquista di civiltà, a tal proposito, sicuramente emblematica è l'opera di Ugo Grozio che nitidamente enuncia tale principio<sup>107</sup>.

Si parla di carattere sussidiario del diritto penale per esprimere l'idea dello strumento di penale come *extrema ratio*: il ricorso alla sanzione penale deve essere oltre che necessario, adeguato e inevitabile: anzitutto deve essere

---

<sup>106</sup> Sul punto ROXIN C., *Fragwürdige Tendenzen in der Strafrechtsreform*, in *Radius*, 1966, p. 37.

<sup>107</sup> «*Qui delinquit in eo statu est ut puniri licite possit: sed non ideo sequitur debere eam exigi: quia hoc pendet ex connexionione finium, ob quos poena instituta est, cum ipsa. Quare si fines poenae propositi alia via obitnere possint, iam apparet, nihil esse quod ad poenam exigendam praecise obliget.*» MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, pp. 114 ss. Accenni al principio di sussidiarietà li ritroviamo anche in altri capisaldi del pensiero penalistico, tra i quali annoveriamo sicuramente BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, pp. 12 e ss., secondo il quale «ogni atto di autorità di uomo a uomo che non derivi dall'assoluta necessità è tirannico. Ecco dunque sopra di che è fondato il diritto del sovrano di punire i delitti: sulla necessità di difendere il deposito della salute pubblica dalle usurpazioni particolari».

necessario per la salvaguardia di beni tutelati, proponendosi come l'unico mezzo adeguato ai fini di un efficiente controllo sociale di fatti di devianza; perciò bisognerà scegliere tra intervento penale ed extrapenale.

Secondo parte della dottrina<sup>108</sup>, il principio di sussidiarietà, così inteso, risulterà essere un complemento di specificazione del più generale principio di proporzionalità.

La concezione del diritto penale come forma di tutela sussidiaria riceve impulso e maggior solidità attraverso la tesi che aggancia alla Costituzione in maniera vincolante la politica dei beni tutelabili penalmente, selezionando l'oggettività giuridica del reato con riguardo ai soli interessi<sup>109</sup> costituzionalmente significativi.

Raffrontando i principi costituzionali di tutela della libertà e della personalità, artt. 2, 3, 13, 25, comma 2 e 3 Cost., si coglie come, anche se in maniera implicita, il principio di sussidiarietà, abbia nel nostro contesto ordinamentale un rilievo costituzionale.

Gli articoli sopra citati, impongono un ricorso alla sanzione penale esclusivamente lì dove venga lesa un bene almeno di pari rango a quella della libertà personale, sottolineando come la pena statutale risulta il mezzo più invasivo dello stato che necessita di un intervento controllato<sup>110</sup>.

Sembra d'uopo ricordare l'insegnamento dell'Illustre Beccaria, quando accennava al principio di sussidiarietà: secondo il quale «ogni atto di autorità di uomo a uomo che non derivi dall'assoluta necessità è tirannico. Ecco dunque sopra di che è fondato il diritto del sovrano di punire i delitti:

---

<sup>108</sup> In proposito si vedano le considerazioni di FIANDACA G. – MUSCO E., *Parte generale*, p. 30. La proporzionalità è un carattere fondamentale, in quanto limite teleologico di qualsiasi teoria della pena che voglia essere razionale. Cfr. ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, p. 163 ss.

<sup>109</sup> Sul tema, BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, 1974, pp. 14 e ss.

<sup>110</sup> Si apre, a questo punto il problema relativo all'onere probatorio, in relazione alla necessità della sanzione penale, cioè se sia il legislatore a dover dimostrare la non esistenza di sanzioni alternative parimenti efficaci, oppure se sia un eventuale ricorrente alla Corte costituzionale a dover dimostrare il contrario. In realtà il dilemma si risolve mostrando come la sussidiarietà può esplicare la sua funzione essenzialmente come criterio di politica criminale e non invece nella dommatica-critica costituzionale, ANGIONI F., *ult. op. cit.*, pp. 220 e ss.

sulla necessità di difendere il deposito della salute pubblica dalle usurpazioni particolari»<sup>111</sup>.

Ciò premesso, la sussidiarietà trova il suo fondamento sia formale come tutela della libertà, sia sostanziale, divenendo nodo cruciale per la realizzazione dell'efficienza e della razionalità<sup>112</sup>.

La dottrina<sup>113</sup> è solita leggere il principio di sussidiarietà sotto due accezioni: una prima sfumatura che ne limita la portata, facendo divenire la sussidiarietà un criterio di bilanciamento per salvaguardare il bene giuridico, scegliendo tra gli strumenti di tutela, quello che comprime di meno i diritti individuali.

In questo primo caso si tende a privilegiare l'utilità pratica del ricorso alla pena; nella seconda accezione, tipica di un diritto penale simbolico, si estende la portata della sussidiarietà secondo la quale andrebbe privilegiato lo strumento penale anche nei casi di non stretta necessità, laddove si voglia una maggiore funzione stigmatizzante. Tale accezione, non sembra accettabile.

Altresì, un diretto corollario del principio di sussidiarietà è il principio di meritevolezza ovvero di bisogno della pena, solo quando la lesione sia altamente intollerabile da richiedere l'intervento dello strumento penale: quanto più alto è il livello del bene all'interno della scala gerarchica recepita nella costituzione, tanto più basso sarà il livello cui scattare la sanzione penale.

Sussidiarietà e meritevolezza sono criteri informativi di politica criminale e la loro violazione è stata riconosciuta dalla Corte censurabile, nei limiti del più generale principio di ragionevolezza. In linea di massima, la scelta dei beni/interessi/valori suscettibili di tutela penale, così come le tecniche di tutela ammissibili, sono lasciate al libero apprezzamento del legislatore ma non va trascurato il ruolo della Corte che spesso è intervenuta sottolineando come l'utilizzo della sanzione penale debba essere circoscritto

---

<sup>111</sup> Celebre la citazione di BECCACIA C., *Dei delitti e delle pene*, p. 57.

<sup>112</sup> Ampiamente sul tema MOCCIA S., *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1989, p. 1008.

<sup>113</sup> Tra tanti si veda FIANDACA G. – MUSCO E., *Parte generale*, p. 31.

alle ipotesi di stretta necessità, ove ci sia esigenza di fronteggiare “una reale dannosità sociale”<sup>114</sup>.

Si è cercato di fornire una cornice costituzionale sul principio, che necessità però, di essere riempita, stando attenti a non dimenticare la vigenza degli altri principi delimitativi e moderatori. L’ eventuale assenza di qualsiasi sanzione alternativa non autorizza, citando un vecchio adagio riferito da Gallas «a sparare contro i passeri con i cannoni, perché altre armi non sono a disposizione».

In quello che è il clima del diritto penale, oltre ai già menzionati principi, non bisogna poi dimenticare di analizzare la bussola del sistema penale, il principio di proporzione.

## 8. Il principio di proporzionalità

*«A freeman shall not be amerced for a small offence, except in accordance with the degree of the offence and for a grave offence he shall be amerced according to its gravity, without imperilling his status»*<sup>115</sup>.

Già nel 1215 la *Magna Charta Libertatum* faceva menzione del concetto di proporzionalità. Si tratta tuttavia di richiami isolati e, per dir così, episodici.

È a partire dall’età dei Lumi<sup>116</sup> e dalle riflessioni del Beccaria che l’idea di proporzionalità<sup>117</sup> acquisisce centralità, divenendo uno dei criteri

---

<sup>114</sup> Corte Cost., sent. n. 364 del 1988. L’idea che la pena debba costituire l’*extrema ratio* è stata ulteriormente specificata in una pronuncia della Cort. Cost., sent. n. 317 del 1996: «la sussidiarietà è mezzo da riservare ai casi in cui non appaiano efficaci altri strumenti per la tutela di beni ritenuti essenziali»; analogamente, Corte Cost., sent. n. 447 del 1998.

<sup>115</sup> «Per un reato lieve, un uomo libero sarà punito solo in proporzione al reato stesso e per un reato grave secondo la gravità dello stesso, ma non così severamente da privarlo dei mezzi di sussistenza» (convenzionalmente) art. 20 *Magna Charta Libertatum*.

<sup>116</sup> *Déclaration des droit de l’homme et du citoyen* del 26 agosto del 1789, che all’articolo 8 proibisce al legislatore di introdurre pene che non siano «strettamente ed evidentemente necessarie»

<sup>117</sup> Parte della dottrina riconosce il principio di proporzionalità come un principio generale all’interno del quale si inserisce il principio più specifico di sussidiarietà: FIANDACA G. – MUSCO E., *Parte generale*, p. 30.

orientativi e delimitativi dell'area del punibile, oltre i già menzionati principi di necessarietà e idoneità della tutela penale.

Come spesso capita, in dottrina e in giurisprudenza dilagano i richiami a tale principio e ciò suscita l'esigenza di dover chiarire la sua portata, prima su un piano prettamente semantico, per poi analizzarlo dal punto di vista sistematico.

La proporzionalità ha conosciuto un periodo di impressionante ascesa, riuscendo ad imporsi come principio di integrazione<sup>118</sup> tra i vari modelli giuridici e mezzo con cui si è favorita la circolazione del diritto a livello sia europeo che mondiale.

Concetto frequentemente brandito tra le argomentazioni dei giuristi, la proporzionalità è rimasta frequentemente mal compresa nel suo reale significato, a tal punto che si è paventato il rischio che il principio di divenisse «una cornice all'interno della quale è possibile mettere di tutto»<sup>119</sup>.

Lessicalmente il vocabolo “proporzionatezza” implica corrispondenza tra due o più cose che siano tra loro legate in stretta relazione; molto probabilmente l'espressione risale a Cicerone per tradurre il termine greco *ἀναλογία*<sup>120</sup>; ancor prima nel tempo fu, invece, Aristotele a indicare la proporzionalità come misura del giusto mezzo<sup>121</sup>.

Oggi, il principio di proporzionalità trova esplicito riconoscimento sia nel codice penale tedesco<sup>122</sup> sia nell'ordinamento italiano nell'ambito del diritto del lavoro<sup>123</sup>; per la materia penale risulta costituzionalizzato, per implicazione logica, agli art. 25 e 27 Cost.

---

<sup>118</sup> In questi termini, PINO G., *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in Riv. Ragion pratica, n. 2, 2014.

<sup>119</sup> In proposito v. BARAK A., *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, 2012.

<sup>120</sup> cfr. Dizionario enciclopedico della lingua italiana Treccani: dal lat. *proportio -onis*, ricavato dalla locuz. *pro portione* «secondo la porzione», e coniato prob. da Cicerone per tradurre il gr. *ἀναλογία* (v. analogia)

<sup>121</sup> ARISOTOTELE, *Etica Nicomachea*, Libro V, trad. it. MAZZARELLI C, Bompiani, 2000.

<sup>122</sup> Par. 62, in cui si prescrive che ogni misura di sicurezza non possa essere disposta se è sproporzionata alla rilevanza dei fatti commessi da reo.

<sup>123</sup> Si pensi art. 36 Cost.

Invero, tale principio ricopre un ruolo fondamentale nella prospettiva costituzionale limitando l'intervento dei pubblici poteri nella loro portata lesiva della libertà individuale e dei diritti fondamentali: esprime una logica di costi-benefici<sup>124</sup>, in cui i costi sociali, economici e individuali, insiti nell'inflizione della pena, sono messi idealmente a confronto con i vantaggi che ne trae a società, prevenendo fatti socialmente dannosi.

La proporzionalità agisce con riferimento al bene giuridico oggetto di tutela fungendo da parametro applicativo per la pena: in sintesi l'inflizione della pena deve essere non solo equilibrata all'offesa subita ma affinché il fatto sia previsto legittimamente come reato deve porsi al di sopra della soglia minima di gravità.

Non è di facile definizione il complesso di beni giuridici tutela e il rapporto con il principio di proporzionalità, poiché non tutti i beni costituzionali sono fondamentali; ci sono dei beni che appartengono al rango primario e altri che sono circoscritti ad un rango secondario. In questi casi, sarà possibile punire il reato con la pena detentiva solo ove quest'ultimo offenda un valore costituzionale fondamentale oppure un bene primario; si adotterà invece, una pena pecuniaria qualora l'offesa ricada su un bene di grado secondario.

Parte della dottrina<sup>125</sup> riscontra nella proporzionalità il limite teleologico di qualsiasi teoria della pena che voglia essere razionale. Invero, per le teorie retribuzionistiche, dalla gravità del fatto dipende l'entità della pena, operando una sorta di compensazione tra l'illecito e la risposta sanzionatoria dell'ordinamento.

Tale principio è riscontrabile anche nelle teorie preventive, inteso come limite modale della funzione penale. In ossequio invece, alle finalità di prevenzione generale non si può prescindere dalla proporzionalità, in assenza della quale ogni pena troppo severa che verrebbe inflitta, sarebbe percepita in

---

<sup>124</sup> Corte Cost., sent. n. 409 del 1989.

<sup>125</sup> Cfr. ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, pp. 163 e ss.

modo asfissiante e non darebbe modo di riconoscere quali sono i valori e quali i disvalori.

Il faticoso compito del legislatore consiste nel tenersi lontano dal codificare fattispecie legali che possano avere ad oggetto fatti per cui la pena non è realmente sentita o che addirittura possa risultare criminogena<sup>126</sup>.

In conclusione, la proporzione dovrà basarsi su un giudizio di valore al fine di conseguire le finalità della pena, in special modo quando si tende alla risocializzazione del reo. Ma come fa un giudice ad essere obbiettivo nello stabile la proporzionalità? Ciò che è proporzionale per lui, potrà non esserlo per un altro giudice: la proporzionalità è un concetto intrinsecamente limitato.

---

<sup>126</sup> Ne è stato un esempio l'interruzione volontaria di gravidanza, per molto tempo fattispecie di reato ma da sempre violata con frequenti aborti avvenuti in clandestinità. L'effetto di prevenzione generale era pressoché nullo.



## Capitolo II

### *Le funzioni della pena tra sapere scientifico ed esigenze sociali*

SOMMARIO: 1. Il “volto” della pena: la sua dimensione concettuale – 1.1 Le teorie penali pure. – 1.1.1 La Teoria retributiva di Immanuel Kant. – 1.1.2 La teoria del costringimento psicologico di Anselm von Feuerbach. – 1.1.3 “*Punitur ne peccetur*”: la special-prevenzione di Karl von Grolman. – 1.1.4 Karl C. F. Krause: Recuperare il reo, fare emenda. – 1.2 Il diritto del reo alla pena’: umanizzare la sanzione in un’ottica costituzionalmente orientata. – 2. La percezione della pena: il “contraddittorio” inevitabile con l’empiria. – 2.1 L’odierna situazione della pena: dall’integrazione sociale al ‘controllo delle paure’. – 2.2 La pena in “crisi”: un diritto penale “onnivoro”. – 3. L’essenza della tragedia: la centralità della pena detentiva. – 3.1 Il “volto” del reo: sepolti vivi, emergenza carcere dopo il *diktat* della Corte di Strasburgo. – 3.2 I diritti (in)violabili all’interno della cella: solo enunciati o anche effettivi?

#### *1. Il “volto” della pena: la sua dimensione concettuale.*

«In nessun altro ambito del diritto esiste un concetto, che per importanza storico-culturale possa misurarsi anche solo lontanamente con quello di pena; nessun altro è la fedele immagine riflessa del modo di pensare e di sentire di un popolo in una determinata epoca storica, il metro d’altezza della sua civiltà; nessun’altra nozione, al pari di quella di pena, passa attraverso l’evoluzione morale di un popolo, leggera e flessibile come la cera, nella quale si riflette ogni impronta»<sup>127</sup>.

---

<sup>127</sup> VON JHERING R., *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen, 1867, p. 2 «*Auf dem ganzen Gebiete des Rechts gibt es keinen Begriff, der an kulturhistorischer Bedeutung sich nur von ferne mit dem der Strafe messen könnte, kein anderer ist so wie er das getreue Spiegelbild der zeitlichen Denk- und Empfindungsweise des Volks, der Höhemesser seiner Gesittung, kein anderer macht so wie er alle Phasen der sittlichen Entwicklung des Volkes mit durch, weich und biegsam wie das Wachs, in dem jeder Eindruck sich ausprägt*».

Nonostante la sanzione penale sia un elemento costante dell'organizzazione sociale sin dagli albori della storia dell'umanità, essa, dal punto di vista concettuale, sfugge ai più tenaci sforzi di razionalizzazione.

La sua natura di “arma a doppio taglio”<sup>128</sup>, non può lasciare indifferente l'interprete del diritto che, inevitabilmente, dovrà interrogarsi su come bilanciare l'esigenza di perseguire gli scopi di tutela con la necessità di evitare l'ingenerarsi di tensioni sociali non più ricomponibili.

Ogni modello punitivo richiama infatti valutazioni che, oltrepassando il ristretto mondo del diritto, coinvolgono i diversi campi del sapere e del sentire umano, fino a toccare il nucleo più profondo e mutevole delle scelte di valore.

La pena rappresenta lo strumento per garantire la pacifica convivenza ma al contempo è il mezzo coercitivo più invasivo che maggiormente può incidere sulla dignità umana; invero la sanzione se irragionevole, può diventare essa stessa violenza arrecata all'uomo.

Se da un lato è chiaro che lo Stato non possa assistere come spettatore inerte alla commissione di un delitto, dall'altro deve intervenire con una reazione codificata nei confronti di un'azione fortemente anti-coesistenziale che ha violato il dovere connaturale all'uomo di non dover ledere gli altri<sup>129</sup>.

Nel sistema simmetrico di diritto e doveri, in cui la base dei rapporti umani è fondata sul rispetto della dignità della persona, non si può prescindere dall'osservanza del precetto del *neminem laedere*.

---

<sup>128</sup> VON. LISZT F., *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1883, p. 1 ss. (trad. it. a cura di A.A. Calvi), La teoria dello scopo nel diritto penale, Giuffrè, Milano, 1962; sul tema, inoltre PULITANÒ D., *Politica criminale*, in MARINUCCI G. – DOLCINI E., (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 14, osserva che «la consapevolezza del «doppio taglio» dello strumento penale, e della difficoltà di bilanciarne ragioni e costi, è in ogni caso per la politica criminale un problema di base, perennemente aperto»; Cfr. PACKER H.L., *I limiti della sanzione penale*, trad. it., Giuffrè, Milano, 1978, p.383, «[l]a sanzione penale è, allo stesso tempo, la principale garanzia e la principale minaccia della libertà umana».

<sup>129</sup> Cfr. D'AGOSTINO F., voce *Sanzione (teoria gen.)*, in Enc. Dir., XLI, Milano, 1989, pp. 308 ss.

Quando il soggetto si rende colpevole dell'illecito, viola il principio di equivalenza<sup>130</sup> sul quale si fondano le relazioni umane tra i consociati poiché pone in essere un comportamento teso a massimizzare la propria sfera di libertà a scapito degli altri consociati.

È qui che interviene la pena, non per punire una colpa o restituire un male ma per ristabilire l'ordine violato e comporre il conflitto: la risposta sanzionatoria serve dunque a prevenire i reati, ma anche a prevenire le ingiuste punizioni e la vendetta, tutelando sia la persona offesa dal reato che il reo da reazioni informali pubbliche o private<sup>131</sup>.

Si è concordi nel ritenere che il torto fatto e subito dagli esseri umani è sempre stato presente nella storia dell'umanità, ma nel decorso delle vicende storiche, con l'alternarsi dei diversi regimi, troppo spesso il concetto di pena, per la sua polivalenza, ha subito strumentalizzazioni politico-ideologiche, diventando lo specchio dell'evoluzione o del regresso sociale e culturale della società.

Storicamente, le modalità di repressione degli illeciti sono state diverse. In origine la legge prevedeva la primordiale vendetta privata<sup>132</sup>, in cui per soddisfare gli istinti incontrollati dell'uomo, si tramutavano le vendette in faide infinite tra singoli e gruppi di appartenenza. Questa preistorica forma di giustizia, la cosiddetta "*lex talionis*"<sup>133</sup>, seppur alla luce della Costituzione, ci appare oggi una pratica barbara, rozza e incivile nelle sue forme, ha avuto il merito di contribuire al progresso evolutivo degli strumenti punitivi, orientandoli verso il perseguimento di uno scopo razionale e socialmente utile:

---

<sup>130</sup> Cit. DURKHEIM E., *La divisione del lavoro sociale*, 1893, trad. it., La cultura, Milano, 1996, p.121, pp.125-126.

<sup>131</sup> Si vedano in proposito le considerazioni svolte da FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterna, 8ª ediz., Roma-Bari, 2004, pp. 324 e ss.

<sup>132</sup> «La ragione più elementare che-come si ritiene comunemente- spinge alla vendetta nelle società tribali, vale a dire la necessità, in caso di omicidio, di ristabilire un equilibrio numerico alterato dall'omicidio». CANTARELLA E., *I greci, noi e la pena di morte*, Argos, 2009, versión Online ISSN 1853-6379, p. 1.

<sup>133</sup> Nei delitti contro la persona ad esempio vale la regola vita per vita, occhio per occhio, dente per dente o ancora nei delitti contro la proprietà invece bue per bue, pecora per pecora. Per un approfondimento sull'evoluzione della legge del taglione si rimanda a PERGOLA U., *La legge biblica del taglione: suo significato e valore*, La Rassegna Mensile di *Israel*, terza serie, Vol. 16, 1950, pp. 310-324.

«l'inflizione di una pena non è un processo metafisico, ma un'amara necessità in una società di natura imperfetta come lo sono gli uomini»<sup>134</sup>.

È proprio l'esistenza stessa del diritto penale che, come prodotto dell'evoluzione storica e culturale di ogni società, mostra l'attuale impossibilità di tutelare individui e collettività rinunciando all'impiego di qualsiasi forma di strumento coercitivo<sup>135</sup>. Ciò che risulta ancora poco chiaro, sono le modalità concrete con cui si debba affrontare il problema sanzionatorio, riuscendo a tracciare i limiti dell'azione punitiva<sup>136</sup>.

Partendo dalla dimensione concettuale e funzionale della pena, nel prosieguo della trattazione, ci si soffermerà su quelle elaborazioni delle teorie della pena, proposte tra la fine del 1700 e gli inizi del 1800 per cercare di individuare in essa un *τέλος* per la ricostruzione del sistema del diritto penale.

A tal proposito tra le teorie assolute ci sono alcune che vengono definite assolute, poiché hanno come unico scopo l'inflizione della pena.

Altre teorie invece sono conosciute perché presentano diverse finalità della pena e per questo definite relative.

Un'ulteriore distinzione che è necessario premettere può essere fatta in teorie pure, che si pongono l'obiettivo di perseguire una sola finalità, e teorie eclettiche che combinano più finalità.

All'interno delle teorie pure, si ritrovano sostanzialmente quattro teorie: la teoria della retribuzione, la teoria della prevenzione generale, la teoria della prevenzione speciale, la teoria dell'emenda<sup>137</sup>.

---

<sup>134</sup> Così ribadiva l'*Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches* del 1966, in cui si ribadiva, si riporta di seguito il testo in lingua originale: «*Strafe zu verhängen ist kein metaphysischer Vorgang, sondern eine bittere Notwendigkeit in einer Gemeinschaft unvollkommener Wesen, wie sie die Menschen nun einmal sind*»; in tal senso anche VASSALLI G., *Funzioni ed insufficienze della pena*, in Riv. dir. proc. pen., n. 2, 1961, cit., p. 27; Cfr. STELLA F., *La tutela penale della società*, in MARINUCCI G. – DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 75 e ss.;

<sup>135</sup> Secondo l'indicazione di ROXIN C., *Zur Entwicklung des Strafrechts im kommenden Jahrhundert*, in PLYWACZEWSKI E.W. (a cura di), *Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie*, Bialystok, 1998, p. 447, sottolinea che «l'idea di abolire il diritto penale non è assurda»; assurdo sarebbe al più pensare che questo accada nei prossimi cento anni.

<sup>136</sup> Sull'argomento, fondamentale EUSEBI L., *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in Riv. t. dir. proc. Pen., Giuffrè, Milano, n. 4, 2006, pp. 1157 e ss.

<sup>137</sup> In questo senso di veda MOCCIA S., *tra essere e valore*, op. cit., pp. 40 e ss.

Si rimanda agli approfondimenti delle singole teorie pure ai prossimi paragrafi, con l'intento di giungere all'analisi di una teoria eclettica, che ricostruita in termini normativi, riesca a rispondere alle finalità che richiede il nostro contesto sociale e ordinamentale.

### *1.1 Le teorie penali pure.*

«Cosa legittima il ricorso dello Stato all'arma della pena»?<sup>138</sup>

Tra i temi più dibattuti, il problema del fondamento della pena tutt'oggi, è alla costante ricerche di risposte.

In materia si alternano molteplici e complesse opinioni, le quali spesso perdono di vista il punto cruciale del discorso: per comprendere cosa legittima lo Stato ad intervenire, infliggendo la pena, bisognerebbe partire dallo stabilire quale funzione le si vuole attribuire e per far ciò è necessario ripercorrere, in una prospettiva cronologica, l'evoluzione storica delle funzioni attribuite alla sanzione penale nel corso del secolo scorso.

#### *1.1.1 La Teoria retributiva di Immanuel Kant.*

Negli anni, innumerevoli sono state le funzioni riconosciute alla pena ma un ruolo particolarmente controverso è da sempre quello ricoperto dalla funzione retributiva: conferendo, infatti, alla pena il compito di compensare la colpevolezza del reo, essa è senza dubbio la funzione più antica che affonda le proprie radici fin nell'Antico Testamento.

La pena, nella teoria della retribuzione, trova ragione e giustificazione in sé stessa, andando a colpire il soggetto che ha cagionato il reato per corrispondendogli un male, equivalente al danno sociale procurato. La risposta

---

<sup>138</sup> Cit. MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Parte generale*, p. 3

sanzionatoria è finalizzata esclusivamente all'espiazione, senza lasciar spazio a prospettive di rieducazione né di risocializzazione<sup>139</sup>.

In tal senso, la teoria retributiva si disinteressa di un qualsiasi altro fine da raggiungere e per questo definita teoria assoluta.

Sviluppando coerentemente questa visione della pena, Kant tratta espressamente il problema nella prima parte della *Metafisica dei Costumi*, assumendo una netta impostazione morale.

La sanzione viene vista come un imperativo categorico<sup>140</sup> con la funzione di compensare la violazione di un principio etico, derivante dalla commissione del reato: deve essere dunque punito chi ha infranto la morale, comunemente accettata dall'ordinamento e sintetizzata nelle leggi. In questo modo nasce il diritto del sovrano di poter infliggere al reo colpevole la pena, rappresentando quest'ultima, una "garanzia" che uno "Stato" debba avere per salvaguardare «quella libertà che ha l'uomo di scegliersi anche il male sotto la parvenza di un bene»<sup>141</sup>.

La retribuzione giunge dunque, ad esprimere un'esigenza etico- sociale primigenia di giustizia distributiva (a ciascuno secondo quel che ha meritato) in un rapporto di proporzione tra pena e colpevolezza<sup>142</sup>, le quali fungono da limite negativo al potere punitivo dello Stato<sup>143</sup>.

---

<sup>139</sup> FIORE C – FIORE S, *Diritto penale. Parte generale*, p.13.

<sup>140</sup> «La legge penale è un imperativo categorico, e guai a colui che s'insinua nelle spine tortuose dell'eudemonismo per scoprirvi qualche vantaggio». Cfr. KANT I., *La metafisica dei costumi*, trad. it. VIDARI G., Bari, 1970, p. 164.

<sup>141</sup> Si veda BETTIOL G., *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, Riv. it. dir.pen., 1951, 376. Bettiol fu tra i più autorevoli sostenitori dell'essenza etico-retributiva, il quale ribadiva il collegamento tra retribuzione e colpevolezza; si veda anche DELITALA G., *Prevenzione e repressione nella riforma penale*, in Riv. it. dir. pen., 1950, l'autore ebbe il merito, pur nell'ambito di questa concezione retributiva in chiave cristiana, di tentare un bilanciamento tra retribuzione e prevenzione sociale, mostrandone la non necessaria inconciliabilità; in generale per una ricostruzione del pensiero kantiano è esemplare lo studio di CATTANEO M.A., che in alcune sue opere si è spinto fino a proporre una rilettura del pensiero kantiano, in termini di rispetto della dignità dell'uomo; in senso contrario si segnalano EUSEBI L., *La pena in "crisi", il recente dibattito sulla funzione della pena*, Morcelliana, Brescia, 1990 che si mostra a favore della pena rieducativa.

<sup>142</sup> Per una lucida analisi delle implicazioni, politico-criminali e di teoria del reato, connesse alla dialettica tra colpevolezza e prevenzione, si veda MOCCIA S., *tra essere e valore*, pp. 88 e ss. Si vedano inoltre gli studi svolti da un autorevole critico della teoria retributiva, ROXIN C., il quale tenta un'operazione di recupero del mero principio di colpevolezza, sciogliendolo dai suoi legami con la retribuzione; l'illustre studioso si propone di utilizzare la colpevolezza sia nella sua funzione liberale di limite alla potestà punitiva statale sia come valore di ordine preventivo, tanto generale che

Non si può certamente negare che i caratteri coessenziali della pena retributiva abbiano portato autentiche conquiste alla civiltà giuridica. Dall'evoluzione degli studi sulla teoria retributiva nasce il principio di proporzionalità, per infliggere al reo un male nella stessa misura in cui egli stesso lo aveva compiuto. La teoria retributiva – partorendo il principio di proporzionalità – si è trovata quindi ad essere la colonna portante della teoria rieducativa cristallizzata nella nostra Costituzione all'articolo 27 e riletta dalla Corte costituzionale nella sentenza 364 del 1988: una pena, infatti, per potere rieducare un colpevole non può che essere avvertita come giusta, e la pena è giusta quando proporzionata al reato commesso.

Altro apporto positivo, non trascurabile, che la teoria retributiva ha dato al dibattito penalistico, è il divieto di strumentalizzazione dell'autore del reato a fini preventivi: negando infatti che la pena debba assolvere a scopi preventivi, si è cercato di salvaguardare la dignità del soggetto, altrimenti trasformato in mero strumento volto al perseguimento di finalità che trascendono la responsabilità del soggetto per quel fatto»<sup>144</sup>.

Si è ben consapevoli di non poter negare le aspe critiche rivolte alla teoria penale kantiana, fondate principalmente sul presupposto che uno Stato di diritto non possa ammettere la coincidenza tra diritto e morale: partire dall'assunto che l'unica pena possibile sia quella inflitta in prospettiva di una retribuzione morale, significa legare la pena inscindibilmente ad un aspetto formalistico, quasi metafisico, dandole come unico fine il soddisfacimento di imperscrutabili esigenze di giustizia vendicativa<sup>145</sup>.

---

speciale. L'applicazione del principio della colpevolezza in un'ottica special-preventiva aiuterebbe ad eliminare i rischi desocializzanti scaturiti da una inflizione di una pena eccessiva e per questo percepita come ingiusta; nello stesso modo, in funzione di prevenzione generale, si recupera la colpevolezza con funzione però di stabilizzare la coscienza giuridica dei consociati.

<sup>143</sup> «Tale rapporto, per un verso, sottolinea come il reo sia da considerare persona» anche nel momento della punizione [...] e, per un altro verso, pone un'origine invalicabile alle esigenze della potestà punitiva statale (perché essa non può esercitarsi «oltre» la colpevolezza)». PADOVANI T., *Diritto Penale*, cit., p. 316.

<sup>144</sup> GROSSO C. F. – PELISSERO M. – PETRINI D. – PISA P., *Manuale di diritto penale- parte generale*, Milano, Giuffrè, 2013, cit., p. 588.

<sup>145</sup> MOCCIA S., *tra essere e valore*, cit., p. 46.

Inoltre, la scelta retributiva di Kant è inflessibile ed infatti la stessa pena di morte era ritenuta doverosa per l'assassino e i suoi complici<sup>146</sup>.

Proprio la forte connotazione etica e vendicativa della retribuzione, nonché il suo completo disinteresse sia per i meccanismi che scongiurano la criminalità, sia per quelli di rieducazione e di risocializzazione, garantiscono certamente un rapporto di equivalenza tra il delitto di un uomo e la sofferenza a lui inflitta dallo Stato, ma tali grandezze sono incomparabili a tal punto da rendere fragile il loro equilibrio, rendendosi invece necessario un rapporto uomo-norma teso ad un effettivo recupero dell'umanità presente nel delinquente.

Nonostante le magnifiche suggestioni che offre e i tentativi di talune dottrine di recuperarla il pensiero kantiano sulla pena resta «inequivocabilmente caratterizzato da rozzi e antiumani automatismi retributivi, che ne fanno una sterile ricostruzione intellettuale, inutilizzabile in un ordinamento ispirato ai principi laici, dello stato sociale di diritto»<sup>147</sup> e rappresenta secondo molti «tanti schiaffi sul volto della dottrina illuministica della pena»<sup>148</sup>.

---

<sup>146</sup> Kant introduce il famoso passo dell'isola in procinto di essere abbandonata dagli abitanti: «anche quando la società civile si dissolvesse con il consenso di tutti i suoi membri, l'ultimo assassino che si trovasse in prigione dovrebbe prima venir giustiziato, affinché ciascuno porti la pena della sua condotta, e il sangue versato non ricada sul popolo che non ha reclamato quella funzione: perché questo popolo potrebbe venir considerato come complice di questa violazione pubblica della giustizia». . KANT I., *La metafisica dei costumi*, pp. 166-167.

<sup>147</sup> Si vedano le considerazioni svolte sul tema da MOCCIA S., *tra essere e valore*, p. 41.

<sup>148</sup> Cit. LANDSBERG, in nota S. Moccia, *tra essere e valore*, p. 41.



### 1.1.2 La teoria del costringimento psicologico di Anselm von Feuerbach.

Partendo dalla preliminare valutazione, secondo cui la speculazione kantiana resta un «insolubile enigma»<sup>149</sup>, e dalla fondamentale e presupposta necessità di distinguere tra diritto e morale, Feuerbach collega lo scopo della pena alla finalità utilitaristica dello stato di garantire a tutti i cittadini la possibilità di esercitare i propri diritti, al sicuro dalle offese. Il compito del diritto sarà reperire un mezzo necessario affinché si possano prevenire le offese.

A differenza di Kant, il suo allievo von Feuerbach, elabora un concetto di pena di tipo general-preventivo: alla pena viene affidata infatti, la funzione di trattenere tutti i consociati dal cedere alle ragioni del delinquere, attraverso la minaccia della sanzione, la quale deve profilarsi come la naturale, certa ed inflessibile conseguenza del reato.

La pena, dunque, nel pensiero del penalista diventa un ostacolo di ordine psicologico all'ingiusta lesione di un diritto altrui, prima tra tutte le minacce di castigo, viene ad essere la pena civile.

La “*Bürgerliche Strafe*”, la pena civile<sup>150</sup> è l'unica di competenza dello Stato e per questo motivo non può identificarsi con la pena morale, e allo stesso tempo lo stato non può punire alcuna azione solo perché contraria al dovere: «il principio supremo per tutto ciò che è diritto richiede solo che la libertà di ognuno coesista con la libertà degli altri»<sup>151</sup>.

Secondo la teoria general-preventiva, nata anch'essa sotto l'influsso dell'ideologia illuministica, ogni azione delittuosa è originata dalla volontà di realizzare un beneficio e, nel momento in cui si forma il proposito criminoso, l'agente farà un calcolo probabilistico, avente ad oggetto il rapporto tra il

---

<sup>149</sup> L'espressione risale a FEUERBACH A., *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 2 vol. Erfurt-Chemnitz, 1799/1800, r.a. Aalen, 1973, p. 34, il quale ritenendo che l'inflizione del male possa risiedere solo nella legge dello stato, ritiene impossibile che un'istanza metafisica, possa determinare la presenza e il grado della colpa morale per infliggere una punizione giusta.

<sup>150</sup> FEUERBACH A., *Anti-Hobbes (1797)*, trad. It. CATTANEO M.A., Milano, 1972, p.13.

<sup>151</sup> Cfr. FEUERBACH A., *Revision*, cit., I, p. 25.

beneficio derivante dall'attività delittuosa e la sofferenza minacciata dalla pena: il delitto è secondo i giurista tedesco «un mezzo che serve a procurare piacere a chi lo commette», per questo sarà necessario che alla «spinta criminosa» venga contrapposto un dolore, di intensità superiore al piacere – «una contropinta criminosa» - il quale inibisca gli altri possibili delinquenti a compiere atti criminosi.

Infatti, deve mettersi in evidenza che l'inflizione della pena nei confronti del singolo ha, in questo ordine di idee, funzione di intimidazione anche nei confronti dell'intera categoria dei consociati.

Il sistema sarà tanto più efficiente, quanto più certa sarà inflizione della pena in caso di violazione<sup>152</sup>, e per questo bisognerà operare nella più stretta legalità: nessuna discrezionalità è riconosciuta al giudice nella determinazione e nell'esecuzione della pena.

La sanzione risulterà inderogabile, ma non per questo debba essere dura e crudele. Si respinge, in tal proposito, la rozza e grossolana teoria del castigo esemplare, in cui, al fine di trattenere la generalità dei consociati dal commettere un delitto, si infliggerebbero pene severe e per quanto possibile pubbliche, giungendo ad una spettacolarizzazione delle medesime nonché strumentalizzazione del reo.

L'esperienza insegna che, per assolvere ad un reale scopo preventivo, la pena deve essere equa nella sua commisurazione, giusta ed umana nella sua percezione, mai spietata.

Così come la teoria della retribuzione, anche la teoria general-preventiva ha dei limiti intrinseci dal punto di vista ontologico il primo di essi

---

<sup>152</sup> Si parla in questo caso di "effettività della minaccia", cfr. MOCCIA S., *tra essere e valore*, cit., p. 51. Si vuole qui segnalare un'altra concezione general-preventiva di tipo relativo che anziché il tradizionale effetto intimidatorio, privilegia la possibilità per i consociati di accogliere i contenuti precettivi delle norme penali. A tale risultato si giunge, non solo, tramite una formulazione chiara e precisa delle norme da parte del legislatore, ma l'effetto aggregativo verrà favorito soprattutto, da una pronta inflizione di una sanzione, che rispetti comunque i diritti della persona. Questa variante moderna della teoria general-preventiva, intesa nell'accezione integratrice, oltre ad essere stata oggetto degli studi di ROXIN C., *Zur jüngster Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im strafrecht*, in *Festschrift für P. Bockelmann*, München, 1979, p. 306., in MOCCIA S., *tra essere e valore*, p. 62. - è stata oggetto di un approfondito dibattito dottrinale: tra molti si veda EUSEBI L., *la pena "in crisi"*, p. 19.

consiste nel rischio che la pena minacciata e inflitta sia sproporzionata al danno sociale arrecato, che vi sia quindi, una degenerazione del sistema in un eccesso repressivo e la conseguente strumentalizzazione del reo che finisce per fungere da “esempio” per tutti i consociati, affinché questi si astengano dal delinquere.

Il sistema appena esaminato espone inoltre l’ordinamento alle oscillazioni dovute a vicende contingenti: l’intensificarsi di determinate categorie di reati comporterà in quest’ottica l’inasprirsi delle pene, in spregio dei principi di offensività e proporzionalità.

Nonostante i limiti della teoria appena esaminata, non si può negare l’apporto che Feuerbach abbia dato alla scienza penalistica, riuscendo a ricostruire un equilibrio più solido, tra le esigenze di tutela dei diritti dei singoli e le necessità di tutela sociale, «dal quale la scienza penalista, ispirata ai primordi della democrazia, non poté più prescindere»<sup>153</sup>.

### *1.1.3 “Punitur ne peccetur”: la special-prevenzione di Karl von Grolman.*

Uno degli studiosi che più lucidamente ha contribuito ad approfondire la teoria special-preventiva è stato Karl Grolman, un penalista di ispirazione kantiana, che apertamente ha criticato la concezione retributiva della pena, prendendone nettamente le distanze.

---

<sup>153</sup> In proposito MOCCIA S., *Tra essere e valore*, cit., p. 52; contra si veda MANTOVANI F., *Parte generale*, cit., p. 722., nello stadio della minaccia legale prima, e dell’inflizione della sanzione dopo, l’idea retributiva, esigenza insopprimibile e ineliminabile anche in uno stato sociale di diritto. Essa svolge una funzione insostituibile di garanzia: «discostandosi da essa e dalla sua coesistente proporzionalità, si scivola sulla china delle pene sproporzionate o indeterminate, al fondo della quale si ritrovano la crudeltà del castigo esemplare ed il terrorismo penale dei regimi totalitari o le degenerazioni liberticide della prevenzione speciale e della profilassi sociale».

Come Feuerbach, alla base dell'elaborazione<sup>154</sup> di Grolman c'è la distinzione tra sfera morale e sfera giuridica.

Egli affida al giudice penale statale la competenza a giudicare le azioni, lasciando i giudizi morali ed eticizzanti al "giudice della coscienza", consapevole che «solo relativamente ad effettive minacce può la legge ordinare la pena. In ordine a pensieri non può disporre alcunché»<sup>155</sup>.

Gli studi di Grolman furono, inoltre attenti a tutelare la dignità umana e il rispetto della persona, sia nella fase precettiva che in quella giudiziale ed esecutiva, indirizzando l'attenzione verso la psicologia e la personalità dell'autore<sup>156</sup>.

Differentemente dalla teoria generale, nella teoria special - preventiva l'attenzione dello Stato, non si rivolge alla generalità dei consociati che ancora non hanno commesso alcun reato, ma è indirizzata al singolo autore del reato già commesso, affinché quest'ultimo non torni a commetterne altri in futuro: "*punitur ne peccetur*".

Coerentemente con ciò, nel lavoro di Grolman, il reo si è dimostrato un essere non ragionevole, il quale ha anteposto il proprio interesse personale ai diritti degli altri consociati. A fronte di questa irragionevolezza, lo Stato altro non può fare, se non infliggere una pena a scopo preventivo, evitando il compimento di ulteriori delitti.

---

<sup>154</sup> GROLMAN K., *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, 1<sup>a</sup> ed. Giessen 1798, r.a. Glashütten im Taunus, 1970, 3 ed., Giessen 1818. Cfr. in proposito Moccia S., *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 52 ss.

<sup>155</sup> Cfr. GROLMAN K., *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, cit., p. 59. La terminologia grolmaniana contiene l'antico brocardo latino del «*nullum crimen sine lege*», il quale inseguito alla polemica con Feuerbach, (a cui si farà cenno nel prosieguo della trattazione) giungerà al «*nulla poena sine lege*». La sintetica espressione rappresenta uno dei principi caposaldi del diritto penale, secondo cui nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge. Più precisamente, benché si ritenga che l'art. 25 della Costituzione contenga una riserva di legge assoluta, ciò è vero senz'altro per quanto riguarda la sanzione; per quanto concerne il precetto, invece, si ritiene valido il principio della "sufficiente predeterminazione".

<sup>156</sup> Grolman nel valutare la minaccia, si sofferma accuratamente sulla personalità del reo, equiparando il tentativo e il delitto commesso. Nonostante l'attenzione importante che nei suoi studi abbia riservato all'aspetto soggettivo dell'autore del reato, precisò di tenere estranee al suo discorso le parole moralità e immoralità, le quali appartengono all'etica e non al diritto; non fu dello stesso avviso Feuerbach, che denunciando l'infiltrazione di argomenti eticizzanti negli studi di Grolman, lo criticò duramente.

Secondo l'Autore, è probabile che all'*actio sceleris* possa rappresentare un campanello di allarme per la commissione di successivi delitti e per questo è lecito "influire" sul reo.

In questo senso, la sanzione che verrà inflitta, affinché possa efficacemente realizzare la sua funzione, dovrà essere soggettivamente imputabile al reo e al contempo, risultare un'*extrema ratio*, ossia l'ultimo mezzo rimasto all'ordinamento per recuperare il colpevole, quando tutti quelli meno afflittivi saranno risultati vani<sup>157</sup>.

La pena, dunque, viene qui vista come un "anestetico" che blocca la capacità di delinquere del condannato, un impedimento fisico o giuridico che previene il rischio di recidiva.

Un simile obiettivo può essere perseguito attraverso diverse tecniche sanzionatorie.

L'influenza inizialmente consisterà nell'intimidazione individuale, dopodiché, se l'effetto deterrente non ha sortito gli effetti sperati, si utilizzerà la tecnica della neutralizzazione del soggetto potenzialmente pericoloso, la quale si ottiene grazie all'impiego della coercizione fisica – ad esempio colui che è sottoposto ad una pena detentiva non può più compiere almeno determinati tipi di delitti – ovvero tramite forme di interdizione giuridica, che impediscono al reo di svolgere l'attività che ha occasionato la commissione del delitto come ad esempio il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, come sanzione accessoria inflitta all'autore di certi tipi di reato commessi nell'esercizio di attività imprenditoriali<sup>158</sup>.

Grolman si premura di precisare che, in ogni caso, non soltanto il fatto, ma anche la previsione della pena debba operare nel più rigoroso rispetto del principio di legalità.

Il merito dell'autore è stato anche quello di introdurre ciò che con la terminologia moderna chiameremo principio di sussidiarietà: la pena verrà

---

<sup>157</sup> GROLMAN K., *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, I ed. Giessen 1978, p. 44 in MOCCIA S., *tra essere e valore*, p. 55.

<sup>158</sup> In proposito si rinvia al lavoro di FIANDACA G. – MUSCO E., *Parte generale*, pp. 754 e ss.

inflitta qualora non si possibile applicare provvedimenti meno invasivi, nella stessa misura dovrà essere adottata una sanzione che sia il frutto di un un ragionevole giudizio di proporzione tra intensità della minaccia e misura della pena<sup>159</sup>.

Limite di questa impostazione teorica è però quello temporale: se è certamente vero che i rischi di recidiva durante il periodo di permanenza in carcere o durante le interdizioni sono minimi se non addirittura nulli, una volta cessate la coercizione tali rischi non sono più neutralizzabili o controllabili dall'ordinamento.

Questa valutazione critica è figlia del pensiero secondo cui non può più essere accettabile la permanenza in carcere *vita natural durante*, che certo comporterebbe l'eliminazione definitiva della pericolosità sociale del reo, ma questa a danno della possibilità del suo reintegro nella società.

Un'altra lucida critica rivolta alla teoria special-preventiva può però ritrovarsi nel pensiero di quella dottrina<sup>160</sup> che evidenzia come se correttamente applicata, tale teoria giungerebbe a rendere inutile il codice penale.

Infatti, per garantire la sicurezza di fronte al singolo delinquente, non bisogna che le leggi siano precise nella loro astratta formulazione, ma si necessita che i mezzi vengano valutati in concreto, sulla base delle specifiche e peculiari circostanze di fatto.

Un sistema siffatto, renderebbe impossibile le leggi penali, poiché il legislatore non sarebbe mai in grado di prevedere ogni possibile caso da regolare: la teoria della prevenzione speciale scopre il fianco al proliferare di ingiustificati arbitri.

A ciò si aggiunge che, nonostante la modernità dell'impostazione, la visione di Grolman resta comunque limitata al solo lato "negativo" della

---

<sup>159</sup> Cfr. GROLMAN K., *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, cit. pp. 44-45 in MOCCIA S., *tra essere e valore*, p. 55.

<sup>160</sup> Sul punto CATTANEO C., *Il problema filosofico della pena*, Editrice universitaria, Ferrara, 1879, pp. 65 e ss.

prevenzione speciale non occupandosi dell'aspetto "positivo" della medesima, ossia la rieducazione del condannato.

Bisognerà per questo, aspettare la dottrina penalistica del XX secolo ed in particolare la dottrina lisztiana che insieme agli aspetti di intimidazione individuale e della neutralizzazione, introdurrà quelli della risocializzazione.

#### *1.1.4 Karl C. F. Krause: recuperare il reo, fare emenda.*

Si dice che la teoria dell'Emenda di Krause sia la diretta precorritrice dell'idea della risocializzazione del reo. Invero, tra le diverse teorie utilitaristiche, la teoria dell'emenda parte dal postulato secondo cui nel soggetto che delinque è riscontrabile un'incapacità di espressione della personalità, che quando cerca di esprimerla, è portato a sbagliare. In quel momento, interviene lo Stato con una sanzione che deve incidere, quanto più possibile sui motivi interni che spingono la persona a delinquere.

Mentre le teorie prese in considerazione sinora esaminano la sanzione penale, sottolineandone il suo carattere afflittivo – un male che serve o a riparare un altro male compiuto oppure a intimidire per distogliere dalla commissione dei delitti – con la teoria dell'emenda, invece, si è giunti a mettere in ombra questo aspetto, per dare rilievo al fine educativo nonché correttivo della pena che proprio per questo porta a considerare tale teoria come antecedente dell'idea di risocializzazione, così come è stata accolta nella nostra attuale Costituzione.

Si vuole dunque rieducare il condannato, volgendo lo sguardo esclusivamente al suo futuro e non più al suo passato.

Secondo Krause, in un essere dotato di razionalità, l'origine del male risiede in una corruzione nell'attività che regolano i processi legati, rispettivamente, alla conoscenza, alla sensibilità e alla volontà.

In questo stato di carenza, il soggetto che delinque manifesta un sintomatico stato di incapacità di esprimere la propria personalità: come un minore o un incapace deve essere aiutato nell'esprimere sé stesso, poiché se lasciato solo danneggia gli altri.

L'obbiettivo è riuscire a sollecitare quegli aspetti della volontà che sono conformi alle esigenze etico-giuridiche: «Mai, quindi reprimere come d'usuale, meccanicamente, e spesso anche brutalmente, il male, tenendo nel debito conto in questa azione, il ruolo di primo piano che svolgono nell'eziologia criminale gli esempi, gli stimoli esterni e le relazioni interindividuali»<sup>161</sup>.

In questo modo, l'Autore concepisce il diritto come un mezzo per consentire la massima esplicazione della personalità dell'individuo e la pena criminale come lo strumento di «correzione»<sup>162</sup> dei motivi interni del delinquere.

Nella teoria penale correzionalistica, l'opera di emenda annulla i motivi interiori che spingono il delinquente a compire il male; per raggiungere un risultato di questo tipo, è necessario, anzitutto suscitare la naturale buona volontà del reo; fatto ciò, occorrerà isolare il reo per puntare al suo recupero morale.

Krause, raggiunto tale obbiettivo, si propone, attraverso l'educazione e l'istruzione, di eliminare ogni proposito criminoso del soggetto; in un secondo tempo, l'eliminazione di qualsiasi condizionamento esterno negativo, valendo, se necessario, anche l'isolamento dagli altri detenuti; il recupero morale è il massimo risultato a cui aspirare, ma, ove non fosse possibile, è sufficiente anche il solo ritorno alla legalità del reo.

Infine, è necessario indirizzare tutte le energie e le capacità del soggetto verso attività gratificanti e costruttive, al fine di favorirne il completo

---

<sup>161</sup> KRAUSE K., *Abriss des Systems der Philosophie des Rechts oder des Naturrechts*, Gottingen, 1828, p. 187. Cfr. in proposito MOCCIA S., *tra essere e valore*, cit., pp. 59 e ss.

<sup>162</sup> KRAUSE K., *Abriss des Systems der Philosophie des Rechts*, p. 113. Cfr. in proposito MOCCIA S., *tra essere e valore*, p. 57.



reinserimento sociale e guidarlo verso la pratica del bene: ciò significa, in linea generale, avviare il reo al lavoro retribuito equamente, quanto più creativo possibile, in modo tale da esaltare le peculiari attitudini del delinquente.

In questi quattro punti del programma krausiano, l'ordinamento giuridico ricopre una funzione squisitamente utilitaristica: il sistema legale ha il precipuo compito di garantire ai consociati la massima realizzazione delle aspettative individuali senza porsi, però, in contrasto con le esigenze della intera comunità.

Molti studiosi hanno rilevato una profonda correlazione tra la teoria dell'emenda e la teoria della prevenzione speciale. Tuttavia, un'assimilazione può essere compiuta solamente se si considera l'emenda nella sua accezione oggettiva, non in quella soggettiva. La prima infatti agisce meramente sul comportamento esteriore del colpevole, facendolo ritornare un buon cittadino; la seconda opera una conversione morale nel colpevole, agendo nella sua interiorità. La prevenzione speciale, dunque, può ammettere soltanto una correzione in senso giuridico e politico, non in senso morale; infatti le basterà che il reo si attenga alle leggi, volente o nolente. Viceversa, il significato più pregnante della teoria dell'emenda è proprio quello di rieducazione del reo.

Si delinea così una distinzione concettuale tra prevenzione speciale ed emenda. La distinzione potrà non essere rilevante sul piano pratico, poiché il risultato che si vuole ottenere è il medesimo, ossia la futura astensione del reo dalla commissione di nuovi delitti; essa è però importante sul piano teorico, nonché per quanto concerne l'atteggiamento da assumere verso il colpevole<sup>163</sup>.

È ammirevole l'attenzione dell'Autore nel precisare l'importanza del rispetto della persona umana, ipotizzando inoltre, l'uso della sanzione penale come *extrema ratio*.

---

<sup>163</sup> Cfr. sul punto CATTANEO M., *Il problema filosofico della pena*, p. 89.

Nelle proposte di Krause si esige l'individuazione e la massima umanizzazione del trattamento<sup>164</sup>: solo educazione, istruzione e lavoro consentono di giungere alla risocializzazione dell'individuo.

In quello che sembrerebbe un idillio rieducativo, non mancano però lati oscuri: si va a forzare la volontà del cittadino, cercando di conformarla alle esigenze etico-giuridiche.

A ben vedere, nonostante i buoni propositi di Krause, la teoria dell'emenda non può trovare applicazione nello Stato di diritto, che non ammette l'infiltrazione di elementi etici. Questo ha il compito di punire esclusivamente i comportamenti esteriori lesivi di beni socialmente rilevanti.

Oltretutto la visione di Krause è appesantita da un insormontabile limite: privilegiando il fine del completo recupero morale del reo, trascura le più elementari garanzie a tutela della libertà persona; la durata della pena, *in primis*, non sarebbe determinabile a priori, poiché sarebbe diversa *case by case*, da soggetto a soggetto e a seconda della risposta ai trattamenti rieducativi.

Il programma di correzione, affinché sia concretamente fattibile, potrebbe anche richiedere la privazione della libertà a tempo indeterminato del reo, e ciò porterebbe ad ampliare la discrezionalità del giudice sull'intera vicenda, dalla inflizione della pena sino all'esecuzione della stessa, a discapito della certezza della pena.

Aldilà dei limiti intrinseci alla teoria dell'emenda, non si può negare tuttavia, che la pena, così come intesa da Krause abbia avuto il grande merito di sorpassare l'astratto equilibrio, a cui spesso i penalisti precedenti hanno voluto tendere, per mettere in luce l'effettivo recupero del reo, come funzione essenziale della sanzione penale.

---

<sup>164</sup> Per le considerazioni sul tema v. MOCCIA S., *tra essere e valore*, cit., p. 60.

1.2 “Il diritto del reo alla pena”: umanizzare la sanzione in un’ottica costituzionalmente orientata.

«Le varie teorie esposte peccano, tutte, di assolutezza»<sup>165</sup>.

In questo modo parte della dottrina criticavano i diversi approcci della dommatica alle teorizzazioni sulla pena.

Invero, la complessità degli ordinamenti moderni, le diverse esigenze sociali hanno reso la pena un modello multiforme, in continua trasformazione, a tal punto che ci si domanda se sia ancora possibile spiegare la moderna complessità del concetto di pena con una singola teoria.

Alla ricerca di un ordine sociale che possa rispondere concretamente al crimine, la pena, oggi giorno, è un *mixtum compositum*<sup>166</sup>, in cui l’idea a prevalere però, solo le istanze preventive e risocializzative.

Volendo porre questa generale premessa alla base del nostro discorso, ci si interroga su quale sia la funzione che la pena può legittimamente ricoprire nel quadro di un contesto ordinamentale come il nostro, ispirato ai principi dello Stato sociale di diritto, ponendo attenzione ai principi normativi della nostra Carta Costituzionale.

Il primo ordine di problemi si pone con la teoria retributiva, la quale non può essere accolta per la presenza di tre impedimenti insuperabili<sup>167</sup>.

Innanzitutto essa palesa un’irrazionalità ontologica di fondo, nel momento in cui predilige un utilizzo della pena come strumento per muovere un rimprovero verso una volontà colpevole espressa nei termini di male morale; pur volendo utilizzare la nozione di colpevolezza – ancora legata ad una impostazione fideistica – come strumento di attuazione del principio di proporzionalità, essa non rimuove l’assurdo connubio tra due grandezze

---

<sup>165</sup> Cfr. MANTOVANI F., *Parte generale*, p. 721.

<sup>166</sup> Sull’argomento v. MANTOVANI F., *Parte generale*, p. 722.

<sup>167</sup> In proposito, BAUMAN Z., *Resozialisierungsgedanke und Rechtsgilterschutz un 1. Und 2. Strafrechtsreformgesetz*, in DRIZ 1970, p.3.: altresì MOCCIA S., *tra essere e valore*, pp. 85 e ss.

diverse: la pena – come dato giuridico – e il male morale, sul quale il diritto, e a fortiori il diritto penale, non ha nessuna autorità.

In secondo luogo, resta la sua inconciliabilità con i principi costituzionali: i pericolosi automatismi retributivi, che spiegano la pena sotto forma di *jus talionis*, sono contrastanti con il rispetto della dignità della persona umana e i più generali principi di uno stato di diritto<sup>168</sup>.

Tale sistema, infine, si dimostra «sterile sotto il profilo dell'orientamento individuale e criminogeno sotto il profilo dell'efficacia, per la presenza di forti quote di recidivismo»<sup>169</sup>.

Il superamento della prospettiva retributiva della pena comporta l'accoglimento di un'opzione in termini di prevenzione; in questo ordine di finalità, si precisa che solo determinate forme di prevenzione possono essere privilegiate. Tanto la prevenzione generale quanto quella speciale possono esprimere un aspetto “positivo” ed uno “negativo”.

La prevenzione generale positiva attribuisce alla pena la finalità di incriminare quelle condotte contraddistinte da una evidente disapprovazione sociale, affinché si crei, intorno all'ordinamento giuridico, il generale consenso dei consociati; il lato negativo, invece, assegna alla pena il solo effetto intimidatorio, ritenendo questo sufficiente a trattenere dal delitto l'intera comunità.

La prevenzione speciale positiva consiste nell'affidare alla pena la delicata responsabilità di favorire la risocializzazione – o comunque la non desocializzazione – del condannato, attraverso un processo di emancipazione personale che non può essere imposta al reo, ma che può, invece, essere ottenuta ponendo a sua disposizione gli strumenti e i mezzi necessari per poterla volontariamente raggiungere; d'inverso, l'aspetto negativo riassume la funzione della pena nell'intimidazione individuale, con lo scopo di trattenere

---

<sup>168</sup> Sul punto FIANDACA G., *Commentario della Costituzione*, fondato da Branca G. e continuato da Pizzorusso A., vol. 5, Bologna 1975.

<sup>169</sup> In proposito MOCCIA S., *tra essere e valore*, cit., p. 88.

quest'ultimo dal delitto, o, fino al limite estremo, di porlo nell'impossibilità fisica di commettere il delitto stesso.

L'effetto intimidatorio è sicuramente incompatibile con il nostro ordinamento giuridico sia che lo si intenda su un piano generale sia individuale, la finalità repressivo-deterrente è irrispettosa dei principi fondamentali.

Minacciare con una sanzione severa ed eccessiva a fronte di fatti illeciti più o meno gravi, verrebbe percepita come un ingiusto sopruso e acuirebbe il senso di ribellione verso l'ordinamento. Inoltre, l'inflizione di pene draconiane allo scopo di trattenere dal delitto l'intera comunità, finirebbe col degradare il reo – attraverso la sua condanna – a mero strumento<sup>170</sup> per l'altrui intimidazione.

L'effetto deterrente può essere realizzato non solo tramite il rigore, ma soprattutto attraverso l'effettività della pena, intesa in termini di certezza e prontezza dell'inflizione della stessa.

L'irrinunciabilità delle garanzie costituzionali consente di affermare che nel nostro ordinamento, in rapporto alla funzione della pena, siano legittimamente perseguibili gli aspetti positivi della prevenzione generale e speciale, le quali possono essere unitariamente compresi in un'unica – seppur ontologicamente eclettica – impostazione: la pena come «integrazione sociale»<sup>171</sup>.

Sembra opportuno analizzare l'incidenza degli aspetti della prevenzione nelle diverse fasi che caratterizzano la dinamica del sistema sanzionatorio: dalla comminatoria all'applicazione e, ovviamente, all'esecuzione della pena.

Nella fase edittale o comminatoria della pena, a venire in rilievo, è l'aspetto general-preventivo negativo, ossia l'intimidazione che sarà

---

<sup>170</sup> Si pone in contrasto con il principio kantiano secondo cui l'umanità deve essere trattata “sempre [...] come fine e mai semplicemente come mezzo”, KANT I., *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. it. CHIODI P., in *Scritti morali*, Torino 1970, p. 88.

<sup>171</sup> MOCCIA S., *tra essere e valore*, pp 61 – 98.

giustamente equilibrata con le esigenze preventive positive di recupero sociale, con il fine di rafforzare la coscienza dei consociati.

Nello stadio giudiziale, il giudice pronuncia la condanna e infligge la pena, scegliendola all'interno dei tipi di pena e dei limiti minimi e massimi previsti dal legislatore.

Nel momento dell'inflizione assume rilievo la prevenzione speciale, intesa nel senso di recupero del reo. In questa fase è escluso l'effetto intimidatorio, che andrebbe in contrasto con i principi di dignità umana; al contrario è presente la prevenzione generale integratrice che consente di rafforzare la fiducia dei consociati nei confronti dell'ordinamento, poiché dopo la minaccia è avvenuta l'effettiva inflizione della sanzione.

La pena conseguirà gli effetti benefici che si propone, solamente se il destinatario sarà punito in conseguenza di un fatto che avverte come «proprio», altrimenti sarà inevitabile riscontrare in lui la sensazione di aver subito una violenza da parte dello Stato, rendendo irrealizzabile la rieducazione e il recupero sociale.

Al di fuori dei casi in cui la pena sia stata sospesa, e la sospensione non venga revocata, la pena inflitta dal giudice dovrà essere eseguita: «mancherebbe di qualsiasi credibilità il sistema penale, se dopo la minaccia legale e l'inflizione del giudice, la pena rimarrebbe lettera morta»<sup>172</sup>.

È chiaro che in questa fase, prevarranno le esigenze di prevenzione speciale positiva, sia nell'ottica di risocializzazione che in quella di non desocializzazione.

Dall'analisi appena svolta, si comprende che la pena, intesa come integrazione sociale consta, oltre che della finalità di orientamento, anche della funzione di risocializzazione; quest'ultima, si ricava in via implicita, all'art. 27, comma 3 Cost., per cui «Le pene non possono consistere in trattamenti

---

<sup>172</sup>Sull'argomento MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Parte Generale*, p. 17.

contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato»<sup>173</sup>.

Il tenore letterale, tuttavia, va ulteriormente precisato nel suo significato e nei suoi limiti, al fine di evitare equivoci e al fine di provare a confutare le obiezioni, da sempre rivolte alla risocializzazione<sup>174</sup>.

Il recupero del reo non deve sostanziarsi in un trattamento riabilitativo forzato<sup>175</sup> o imposto, come, invece, suggeriva la *Besserungstheorie*. Non potrà essere inteso come ‘correzione’ politico-ideologica, propria degli stati totalitari.

L’accezione di rieducazione va colta nel suo significato non eticizzante di risocializzazione del condannato. Si deve offrire al reo la possibilità di orientare la propria esistenza nel senso del rispetto di quelle altrui: con la sanzione si deve tendere a favorire un’effettiva integrazione del soggetto, da ottenersi mediante la predisposizione di un adeguato programma di reinserimento sociale basato sull’emancipazione individuale.

Andranno per questo, sperimentate forme alternative di trattamento che fornirà gli aiuti necessari affinché possa realizzare una terapia sociale emancipante.

Ove il reo non volesse usufruire di questa opportunità – ecco perché «tendere alla rieducazione del condannato» – alla pena va attribuito l’altrettanto delicato compito di assicurare la non desocializzazione del reo, poiché ad imporlo sono fondamentali istanze di solidarietà sociale – di cui all’art. 2 Cost. – e la matura convinzione che il fatto incriminato non sia solo il

---

<sup>173</sup> Art. 27 comma 3° Cost. Parte della dottrina coeva all’emanazione della Carta Costituzionale ha espresso orientamenti ermeneutici rivolti a restringere la portata dell’articolo in questione; tra tutti Petrocelli, deduceva che scopo principale della pena rimaneva la retribuzione, mentre la rieducazione sarebbe stata sconfinata solo nella fase esecutiva, PETROCELLI B., *Retribuzione e difesa nel progetto di codice penale del 1949*, in Riv. It. Dir. pen., 1950, p. 593.

<sup>174</sup> In argomento cfr. FIANDACA G., *Commento all’art 27, comma 3° Cost.*, Commentario alla Costituzione, a cura di Branca e Pizzorusso, Laterza, Bologna, 1991, p. 222.

<sup>175</sup> Così MANTOVANI F., *Parte generale*, p. 729, una “risocializzazione autoritaria”, perseguita tramite un mutamento coattivo della personalità può essere un pericolo per l’idea special-preventiva; la modificazione della personalità può avvenire solo per i malati di mente, non per le persone sane. Costituendo la risocializzazione un onere del detenuto per beneficiare della premialità, non può prescindere dal suo volontario consenso.

triste frutto della volontà umana, ma anche del concorso di fattori sociali di emarginazione.

Ancor più problematica – da un punto di vista interpretativo e sistematico – è stata la vicenda della parola “tendere”, presente nella disposizione costituzionale, oggetto di numerosi fraintendimenti, e di cui sono esperienza le non poche pronunce della Corte Costituzionale.

Nelle prime decisioni – sull’argomento – la Consulta riteneva che il principio rieducativo «dovendo agire in concorso delle altre funzioni della pena non potesse essere inteso in senso esclusivo ed assoluto»<sup>176</sup>; si leggeva nelle pronunce «non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano non meno della sperata emenda, alla radice della pena»<sup>177</sup>; ed ancora «non è dato delineare una statica assoluta gerarchia alle predette finalità, [...] è certo necessario, indispensabile, di volta in volta, per le varie fasi [del trattamento] individuare a quale delle finalità della pena, ed in che limiti, debba essere data la prevalenza, ma non è consentito stabilire a priori, una volta per tutte, la precitata gerarchia»<sup>178</sup>.

Da quanto emerge dalle stesse decisioni evidenziate, la giurisprudenza costituzionale, riferiva la terminologia utilizzata dal costituente all’art. 27 Cost. come indirizzata a regolare il solo trattamento penitenziario. Tale indirizzo è stato poi sostituito da un nuovo orientamento: «la necessità costituzionale che la pena debba ‘tendere’ a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e la accompagnano da quando nasce, nell’astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»<sup>179</sup>.

In breve: il finalismo rieducativo dovrebbe incidere sulla dimensione qualitativa astratta e non su quella quantitativa, dovrebbe plasmare la pena «da

---

<sup>176</sup> Corte cost., sent. n. 12 del 1966.

<sup>177</sup> Corte cost., sent. n. 264 del 1974.

<sup>178</sup> Corte cost., sent. n. 282 del 1989.

<sup>179</sup> Al riguardo MOCCIA S., *tra essere e valore*, pp. 102-103.



quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»<sup>180</sup>.

Sono le decisioni su come calibrare la specie astratta della sanzione a tracciare, dunque, i confini del campo nel quale deve trovare compiuta attuazione l'art. 27, comma 3, Cost.

Se si circoscrivesse, come ha prevalentemente fatto il legislatore, la valenza dell'art. 27, comma 3, Cost. alla fase dell'esecuzione della pena<sup>181</sup>, si finirebbe per marginalizzare e, dunque, "sterilizzare" la portata garantita di tale principio.

Non è, dunque, un caso se la Corte costituzionale, nella sentenza n. 313 del 1990 ha sancito che «se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate alle necessità rieducative del soggetto».

Il trattamento di recupero a cui il reo verrà sottoposto, deve essere ispirato al principio, desunto in via indiretta dall'art. 27 Cost., di umanizzazione della pena.

Nell'affermare che «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità», si vuole bandire non solo le arcaiche pene corporali, le pene infamanti, i trattamenti carcerari crudeli ma anche le moderne forme di trattamento che sono comunque percepite disumane<sup>182</sup>.

In conclusione, il principio di rieducazione del condannato fissato dall'art. 27, comma 3 Cost., più che rappresentare una rigida presa di

---

<sup>180</sup> Così Corte Cost., sent. n. 313 del 1990; in tal senso, di recente, Corte Cost., sent. n. 236 del 2016 in Dir. pen. cont., 14 novembre 2016, con nota di Viganò; sul punto v. anche Corte Cost., sent. n. 282 del 1989, nella quale la Corte, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 177 c.p., afferma che il principio rieducativo «comporta, oltre al ridimensionamento delle concezioni assolute della pena, la valorizzazione del soggetto, reo o condannato, in ogni momento della dinamica penal-sanzionatoria (previsione astratta, commisurazione, soltanto in senso ampio od anche in senso stretto, ed esecuzione)».

<sup>181</sup> Così come dalla giurisprudenza costituzionale a partire dagli anni Settanta: Corte Cost., sent. n. 204 del 1974; ancora Corte Cost., sent. n. 114 del 1979.

<sup>182</sup> Si pensi a delle sofisticate pratiche di tortura, fisica e psichica - come le finte esecuzioni della pena di morte - che secondo le indagini delle Nazioni Unite e di Amnesty International accompagna l'esecuzione della pena in molti paesi.

posizione nell'aspro dibattito sulle teorie della pena, costituisce innanzitutto un principio di civiltà. Principio di civiltà che, oltre ad essere volto a «contrastare gli effetti desocializzanti», la disumanità e il degrado del carcere, indica all'interprete la strada aperta verso la razionalizzazione dell'intero sistema sanzionatorio<sup>183</sup>.

La finalità rieducativa è in grado, nel suo profondo significato culturale, di sovvertire l'intima logica punitiva: da reazione pensata in negativo, come vuota esclusione, a risposta sanzionatoria costruita su un modello di comportamento positivo, che sia orientato verso la reintegrazione dell'offesa e la responsabilizzazione del condannato.

In questi termini, l'idea prospettata è perseguibile solo in un sistema penale che voglia conciliare le istanze di uno stato di diritto con la vocazione di uno stato sociale: nel delineare il 'volto' della rieducazione, bisogna necessariamente operare un collegamento tra l'art. 27 comma 3 della Cost. e il complesso dei principi ispiratori del nostro sistema costituzionale<sup>184</sup>.

Allontanandoci, per un istante, dalla dommatica e volgendo lo sguardo all'attuale sistema di esecuzione delle pene, tuttavia, sembra ineluttabile per chi scrive riflettere su quanto "il dover essere" si discosti "dall'essere" e su quanto la funzione risocializzante della sanzione – così come delineata – risulti quotidianamente frustata da una prassi detentiva sempre meno attenta al rispetto dei diritti umani dei detenuti con il rischio diseducare i condannati all'attuale sistema di disvalori.

---

<sup>183</sup> Sul punto DOLCINI E., *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2015, p. 1658.

<sup>184</sup> Taluni autori, ad es. BRICOLA F., *Le misure alternative alla pena nel quadro di una nuova politica criminale*, in AA. VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1978, p. 363 e ss.- ha proposto un collegamento tra l'idea rieducativa e il principio di uguaglianza materiale ex art. 3 Cost.: la pena avrebbe funzione rieducativa, quando sarebbe diretta al recupero sociale di soggetti che sono portati a delinquere a causa di una condizione di inferiorità e di emarginazione sociale. Il collegamento, sopra esposto, giungerebbe ad un punto di frattura qualora il destinatario della sanzione sia un individuo già inserito nella società, i cosiddetti 'colletti bianchi'.

## 2. La percezione della pena: il “contraddittorio” inevitabile con l’empiria.

Nell’odierna crisi del sistema penale moderno, si incorrerebbe in un grave errore traducendo gli interrogativi sul significato di pena automaticamente in quelli dell’ideologia ufficiale, che anzi, sono percepiti come qualcosa di preoccupante e destabilizzante. L’attuale funzione della pena non è per nulla scontata e la penalità non si riassume in una semplice risposta negativa alla criminalità.

La pena costituisce un *quid* profondamente problematico e difficile da comprendere nella sua essenza. Il fatto che, al contrario, possa apparire come qualcosa di ben definito è da imputarsi più all’effetto oscurante, e allo stesso tempo rassicurante, prodotto dalle istituzioni, che alla razionalità lineare delle pratiche penali<sup>185</sup>.

Il punto da cui bisogna partire, se si vuole comprendere la complessità delle funzioni e degli effetti della penalità, è rapportarla costantemente con l’insieme delle pratiche sociali e istituzionali, che operano attraverso essa.

Per questo motivo, a meno che non si voglia restare ancorati ad un celestiale sistema teorico, che soddisfi astratte esigenze, trascendendo le problematiche concrete di una realtà sempre più fluida, il confronto tra pena ed empiria è ormai ineludibile.

Le riflessioni sulla pena devono necessariamente fare i conti con i dati empirici: essa è molto più che una successione di eventi che accadono a chi ha commesso un reato; aiuta a formare le visioni politiche e sociali della società in generale.

L’approccio legato all’empiria, nel consentire di verificare una determinata concezione teorica, non solo è un aiuto per il penalista ma sembra dare legittimazione ad una concezione della pena che non può limitarsi a

---

<sup>185</sup> Sulla dimensione sociale della pena si rimanda a GARDLAN D., *Pena e società moderna, uno studio di teoria sociale*, il Saggiatore, Milano, 1999, p. 41.

verificare la ragionevolezza e la plausibilità delle proprie ipotesi esplicative solo sul piano logico e rimanga distante dalla prassi applicativa.

Un sistema penale, definito in questi termini, finirebbe per anteporre ideologicamente il dover essere all'essere, e porterebbe ad una incolmabile crepa tra il piano teorico e la realtà applicativa, tradendo il suo primario compito sociale e solidaristico<sup>186</sup>.

Non sono mancati voci dissenzienti, che volendo indirizzare il discorso in una prospettiva puramente metafisica, hanno prospettato una netta separazione tra diritto penale e valutazioni empiriche, nel quale il dolore della pena avrebbe un unico scopo: il consolidamento cognitivo della validità della norma violata dal reo<sup>187</sup>.

Non si può negare però, che trattare le problematiche relative alla pena, circoscrivendole alla dimensione teorica, rischierebbe di rendere le scelte di politica criminali del tutto avulse dalla complessità delle vicende storico-sociali che hanno da sempre caratterizzato l'evoluzione del sistema penale.

Oltretutto, interrompere qualsiasi comunicazione tra scienza penale ed empiria, porterebbe nuovamente al dominio l'idea della pena intesa come retribuzione<sup>188</sup>.

«Da un'immagine sfuocata della realtà non possono che derivare soluzioni che, inserendosi in un circolo negativo, generano disorientamento e incertezza»<sup>189</sup>.

Per questo motivo, nel prosieguo del lavoro si cercherà di accompagnare l'analisi teorica con i dati e gli studi empirici, che sembrano costituire un valido nonché utile punto di riferimento.

---

<sup>186</sup> Sull'argomento FIANDACA G., *sub. Art. 27, c. 3*, in BRANCA G., PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, pp. 223 e ss.

<sup>187</sup> In proposito JAKOBS G., *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 29; ID., *Das Strafrecht zwischen*, cit., p. 845.

<sup>188</sup> Cfr. MARINUCCI C., *L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, in *La questione criminale*, Il Mulino, Bologna, 1981, p. 341.

<sup>189</sup> DOVA M., *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 11.

## 2.1 L'odierna situazione della pena: dall'integrazione sociale al "controllo delle paure".

L'analisi empirica della realtà fattuale dovrebbe costituire un parametro imprescindibile di misurazione della razionalità di un sistema; in questo senso se l'indagine circa la concreta applicazione delle pene è il paradigma della razionalità del sistema repressivo italiano e della sua coerenza ai principi fondamentali dell'ordinamento, l'interprete del diritto non può che restare perplesso.

E così la pena tende a generare solo sgomento e perplessità, scatenando emozioni che toccano interessi contrastanti.

Oggi, di fronte alla realtà sempre più poliedrica<sup>190</sup> della pena, la dottrina è ben consapevole di non poter riproporre le teorie assolute a causa dei limiti scientifici e strutturali delle medesime. Tuttavia, un ricorso alla teoria generale è necessario al fine di evitare una fuga dall'approccio razionale al fondamento della pena.

Dall'altro lato non può prendersi atto della natura anche politica della questione pena; in dottrina non mancano pareri di chi sostiene che proprio questa accentuata politicità della pena, renda l'intera scienza penale carente, zoppa<sup>191</sup>.

Bisogna guardarsi infatti dal rischio che, attraverso un dibattito sulla necessaria funzione della pena, la dottrina finisca per giustificare soprattutto un suo spazio di interlocuzione autonomo, lasciando che il diritto penale si autolegittimi in quanto espressione del puro esercizio del potere.

---

<sup>190</sup> La pena è una realtà poliedrica, la pena, su di «essa riusciamo ad affermare solo verità parziali: v'è sempre qualche lato che sfugge...». Così PEDRAZZI C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 29.

<sup>191</sup> Così DONINI M., *Scienza penale e potere politico*, in Riv. it. dir. proc. pen., n.1, 2015, p. 109.

Lo stesso *slogan* “niente funziona”<sup>192</sup> riassume efficacemente la crisi di fiducia del sistema penale, nonché la concezione strumentale della pena nell’epoca moderna.

Il problema sociale della criminalità tende ad essere considerato non dal punto di vista di un sistema penale, quale sistema generale di controllo secondo moduli precostituiti e formalizzati, bensì come problema di singoli criminali, o di singoli fenomeni criminali.

In quest’ottica, appare quasi scontato avvertire la necessità di “fastidiosi presupposti” quali i principi del diritto, per consentire un’azione quanto più rapida ed efficiente, tesa alla repressione incondizionata del crimine.

Le garanzie formali del diritto penale, finiscono per essere percepite come un ostacolo alla concreta lotta al crimine e ciò è dovuto soprattutto all’esigenze di sicurezza che il cittadino cerca e all’idea che si lascia trasparire del potenziale criminale, considerandolo diverso, “pericoloso”, e per questo dotato di minor diritti.

Viviamo notoriamente in un’epoca insidiata da rischi nuovi per genesi e dimensione - tecnologici, ambientali, economici-finanziari - nonché satura di paure sempre più dense ed angoscianti<sup>193</sup>.

Nelle moderne società occidentali, sono proprio le ‘paure liquido-moderne’<sup>194</sup> alla base del frantumarsi dei rapporti sociali, le quali non presuppongono una concreta minaccia, per questo sono le più allarmanti.

---

<sup>192</sup> Lo slogan, assai famoso, è di MARTISON R., *What Works? Questions and Answers about Prison Reform*, in *Public Interest*, 1974, cit., p. 25 e nasce alla luce di una sua rivisitazione della letteratura nel campo del trattamento penitenziario, e dai giudizi estremamente pessimistici sulla sua efficacia., e nasce alla luce di una sua rivisitazione della letteratura nel campo del trattamento penitenziario, e dai giudizi estremamente pessimistici sulla sua efficacia.

<sup>193</sup> MONGILLO V., *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, Estratto da: *Critica del diritto, Rassegna di dottrina giurisprudenza legislazione e vita giudiziaria*, Edizioni Scientifiche Italiane, Gennaio-Dicembre 2009, n.1, p.173; inoltre DONINI M., *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in *Scritti per Federico Stella*, vol. I, Jovene, Napoli, 2007, pp. 79-162; ID, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, n. 2/2007, pp. 55-87.

<sup>194</sup> L’efficace espressione è di BAUMAN Z., *Paura liquida*, trad. it. CUPELLARO M., Laterza, Bari, 2008, p. 28.

Dopotutto, è pur sempre vero che «la paura più temibile è quella diffusa, sparsa, indistinta, libera, disancorata, fluttuante, priva di un indirizzo o di una causa chiari»<sup>195</sup>.

Il paradosso è che oggi viviamo in una delle società più sicure che siano mai esistite – se le si confronta con quelle precedenti<sup>196</sup> – ma ci lasciamo ossessionare da un maniacale senso di insicurezza e intollerabilità per ogni minima discrasia tra le aspettative che nutriamo e la realtà.

La pena sembra poter rispondere all'insicurezza e alle paure individuali e collettive attraverso la minaccia e l'inflizione di un male certo. Essa in realtà produce a sua volta paura ed insicurezza<sup>197</sup> di quanta ne elimini.

È proprio la paura a diventare il baricentro nella logica moderna della sovranità, elemento imprescindibile di ogni strategia politica ed elemento costitutivo del potere: si assiste alla compressione dell'obiettivo della rieducazione per riesumare di un diritto penale della 'pericolosità' in cui aleggia l'idea della neutralizzazione dei criminali c.d. 'incorreggibili'<sup>198</sup>.

Non è nuovo scoprire che nelle riflessioni politiche, la paura gioca un ruolo importante; era presente già nelle riflessioni di Hobbes, dove però il timore rappresentava un fattore pedagogico che serviva a promuovere il rispetto dei patti e dei valori.

---

<sup>195</sup> BAUMAN Z., *ult. op. cit.*, p. 4.

<sup>196</sup> Per un quadro complessivo si rinvia a CERETTI A. – CORNELLI R., *Quando la sicurezza cortocircuita la democrazia*, in O. Mazza Viganò (a cura di), *Il «pacchetto sicurezza» 2009*, Giappichelli, Torino, 2009, p.3, cui si rinvia anche per le statistiche italiane sulla criminalità e la percezione di sicurezza dei cittadini.

<sup>197</sup> Cfr. PELISSERO M., *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 24.

<sup>198</sup> Nello stesso senso BAUMAN Z., *ult. op. cit.*, scrive: «lo spettro di un futuro incerto e del degrado sociale dal quale l'allora Stato sociale giurava di proteggere i suoi cittadini viene gradualmente ma sistematicamente sostituito dalle minacce rappresentate da un pedofilo in libertà, da un serial killer, da un mendicante invadente, da un rapinatore, da un maniaco, da un malintenzionato, da un avvelenatore, da un terrorista o, meglio ancora, da tutte queste minacce riunite nelle figure, virtualmente intercambiabili, della sottoclasse locale e dell'immigrato clandestino, corpo estraneo dalla culla alla tomba e potenziale «nemico interno» per sempre, dal quale lo Stato moderno, nella sua più recente incarnazione, promette di difendere i suoi sudditi con le unghie e con i denti». Contro il riemergere di queste suggestioni, si veda in proposito CAVALIERE A., *Diritto penale «del nemico» e «di lotta»: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, Monduzzi, Bologna, 2007, pp. 265-290, il quale rimarca il contrasto con l'art. 27, comma 3, Cost. «dell'accoglimento settoriale di prospettive di neutralizzazione».

Nelle società contemporanee, invece, si è passati al “governo della paura”<sup>199</sup>, in cui sono le stesse forze politiche e i governi a fomentare il timore, enfatizzano le minacce, rendendole reali e facendolo percepire come emergenze, con l’unico fine di controllare l’agire sociale<sup>200</sup>.

La politica, infatti, è sempre alla ricerca di consensi, e rispondere prontamente alla criminalità, può essere un buono strumento per legittimare il proprio potere.

Farsi portavoce di una lotta inflessibile contro ciò che turba la pubblica serenità, serve sicuramente a «tranquillizzare la paura, ma siamo sicuri che riesce a neutralizzare anche i rischi, pericoli ed eventi lesivi»<sup>201</sup>?

Il preponderante ruolo che assume la paura, diventa un’arma nelle mani della politica, attraverso la strumentalizzazione dei mezzi di comunicazione di massa<sup>202</sup>, che a cagione della loro libertà di pensiero si ammanettano alle forze politiche, e le aiutano nel catalizzare il senso di pericolo imminente attorno ad alcuni, ben precisi, stereotipi criminali<sup>203</sup>.

---

<sup>199</sup> Espressione ripresa in un saggio di SIMON J., “*Il governo della paura*”. *Guerra alla criminalità e democrazia in America*, trad. it., Cortina, Milano, 2008. SIMON fa riferimento a ruolo decisivo che svolge la paura nella politica: intesa come sentimento che indebolisce il senso di appartenenza delle persone a una specifica comunità, e che tende di conseguenza a fare appello alla legge penale e alla prigione come strumenti di intervento rigorosi ma al tempo stesso semplici - cioè facilmente comprensibili da tutti - per affrontare i problemi di sicurezza e assicurazione collettiva nel modo politicamente più redditizio. In questa visione semplicistica è chiara la netta distanza rispetto ai saperi tecnici, percepiti come astrusi e obsoleti. Si inseguono invece, regole semplici e rigorose, seguite da punizioni certe.

<sup>200</sup> La questione è lucidamente trattata, da SIMON J., *Il governo della paura*, p.17.

<sup>201</sup> Così con una domanda retorica, si interrogava DONINI M., in *Sicurezza e diritto penale*, in Cass. pen., 2008, p. 3558.

<sup>202</sup> Cfr. MATHIESEN T., *Perché il carcere*, trad. it., Abele, Torino, 1996, pp. 48 ss, sottolinea come i *mass media*, «con la loro tendenza a presentare problemi generali drammatizzando casi individuali, amplificano terribilmente i fatti». La trasmissione delle informazioni viene distorta, enfatizzando fatti relativi alla devianza, alla violenza, al sesso. Questi spiega come tramite un’operazione di filtraggio, si metta in ombra ciò che non è drammatico e sensazionale, per poi focalizzarsi e mettere alla luce ciò che si percepisce come drammatico. Tutto il meccanismo comunicativo è reso ancora più forte con l’omologazione fra i *mass media*.

<sup>203</sup> A conferma di ciò, ha destato scalpore una notizia pubblicata sui maggiori quotidiani italiani riguardante una *baby gang* armata che veniva fotografata in un malfamato quartiere del napoletano; la notizia, giorni dopo, si rivelò una clamorosa messa in scena dei giornalisti. Sulla distorta rappresentazione della ‘criminalità di strada’ nei *mass media* si veda PALIERO C. E., *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed ‘effetti penali’ dei media)*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, 495.



Accade allora che le scelte di politica criminale, specialmente in riferimento al sistema repressivo, partono dall'analisi dei problemi sociali, ma si fanno guidare dall'emotività contingente e da un approccio perennemente emergenziale più che da un disegno razionale saldamente ancorato al dato empirico<sup>204</sup>.

Di conseguenza, quando il sistema penale affronta il problema del controllo della criminalità, lo fa in maniera fortemente mediata da considerazioni indipendenti dal fenomeno, quali convenzioni culturali, valutazioni di carattere economico, dinamiche istituzionali e ragioni di politica generale: il fattore che determinerà il tipo di risposta sanzionatoria del sistema penale, non sarà solo la condotta delinquenziale, ma la scelta sarà influenzata dai diversi modi con cui il sistema della criminalità viene ufficialmente percepito e affrontato politicamente.

Il legislatore poco attento, poco informato e, talvolta, in mala fede, asseconda le *lobbies* o i flussi emotivi della collettività, che in verità altro non sono che la media attuariale delle emozioni private, disinvoltamente scambiata per opinione pubblica<sup>205</sup>.

Esaudendo i desideri di criminalizzazione, dimentica di tener conto dell'effettiva meritevolezza della pena e della pena come *extrema ratio*.

In tal modo, la sicurezza che i consociati percepiranno, non sarà più la conseguenza di un ordine sociale teso alla giustizia ma solo una "*finzione sociale*" e con essa il superamento del rischio che è destinato ad essere solo simbolico.

A tal proposito, si prenda ad esempio il "pacchetto giustizia"<sup>206</sup> in materia di reati verso il patrimonio e in particolare furti in abitazione, proposto dal Ministro della Giustizia dell'Interno nel 1999 e divenuto legge nel 2001, il quale altro non fece se non riproporre la disciplina già vigente, lasciando

---

<sup>204</sup> Cfr. DOLCINI E., *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1979, p. 469 ss.

<sup>205</sup> Sul tema MOCCIA S., *L'odierna funzione di 'controllo' e di 'orientamento'*, in Riv. Criminalia, Annuario di scienze penalistiche, 2013, p. 410.

<sup>206</sup> L. n. 128 del 2001.

intendere che la causa dell'intensificarsi del fenomeno fosse quest'ultima e non ammettendo, invece, che la causa era dovuta all'aggravarsi della crisi sociale che portava con sé l'aumento della tossicodipendenza, della disoccupazione, dell'emarginazione<sup>207</sup>.

Si creano nuovi reati o si aumentano i limiti edittali delle pene preesistenti al solo scopo di dimostrare alla gente di volere combattere sul serio e in modo drastico i diversi mali che affiggono la società.

È innegabile la forza politica che contiene la risposta punitiva: non solo è uno strumento apparentemente risolutore ma è anche molto comunicativo perché semplice, facilmente comprensibile.

Si parla a tal punto di “populismo penale” – etichetta escogitata tra altri da Denis Salas<sup>208</sup> – per descrivere la strumentalizzazione politica del diritto penale, usato in chiave di rassicurazione collettiva: nient'altro che una strategia comunicativa che soddisfa i bisogni comunitari; una risorsa per lucrare su facile consenso elettorale, specie quando la fonte di tale rischio viene identificata nel “diverso”, nello straniero, si è spinti nel difendere una sorta di “ideologia del guscio” e di una supposta identità culturale che rischierebbe di essere inquinata dai nuovi barbari<sup>209</sup>.

Si può supporre che il diritto penale abbia in quest'ottica intrinsecamente una componente populistica, se si tiene conto che la materia dei delitti e delle pene ha sempre intrattenuto rapporti di strettissima vicinanza

---

<sup>207</sup> Vedi sul punto le considerazioni di MOCCIA S., in *L'odierna funzione di “controllo” e di ‘orientamento’*, in Riv. *Criminalia* 2013, p. 410 e ss: “in materia di furto, con il “pacchetto sicurezza” del 2009 sono state inserite nell'art. 625 c.p. le circostanze aggravanti del fatto commesso “all'interno di mezzi di pubblico trasporto” o nei confronti di chi sia “nell'atto di fruire” o “abbia appena fruito” di servizi di prelievo di danaro: al taglio esasperatamente casistico della novella – non si comprende, infatti, perché, ad esempio, sia meno grave realizzare il furto dopo che la vittima si sia allontanata dalla fermata dell'autobus o dalle telecamere della banca... – si abbina un inasprimento repressivo di evidente inefficacia preventiva. nell'elaborazione di tali ‘riforme’, si fossero tenuti nel debito conto questi dati di facilissima acquisizione, si sarebbero potute evitare mistificanti forzature normative, funzionali solo ad opzioni politico-criminali poco rispettabili, in ogni caso precostituite rispetto ai ‘materiali’ da cui vorrebbero essere tratte”.

<sup>208</sup> Cfr. SALAS D., *Il populismo penale*, in Quest. giust., n. 2, 2006, 389 ss.

<sup>209</sup> FIANDACA G., *Populismo politico e populismo giudiziario*, in Riv. *Criminalia*, Annuario di scienze penalistiche, 2013 p. 95.

con la dimensione comunitaria e con il profilo identitario propri di una determinata popolazione in un determinato momento storico.

Non può non ritornare alla memoria la celebre tesi di Georg Jellinek – risalente ai primi del Novecento – secondo cui il diritto penale rispecchierebbe il «minimo etico» di ogni popolo nello specifico periodo storico considerato<sup>210</sup>.

In realtà le ben note forme di criminalizzazione e i ben noti inasprimenti sanzionatori introdotti, emblematicamente, nella legislazione in materia di immigrazione<sup>211</sup> e più in generale di sicurezza collettiva, sono tutti chiari segni che si è lontani dall'aureo ideale di razionalità, di integrazione sociale, a cui aspirava lo stato sociale di diritto.

## 2.2 *La pena “in crisi”: un diritto penale onnivoro.*

La traccia più evidente della crisi della sanzione è data dall'affermarsi, deciso, di un diritto penale globalizzante, a tratti ‘onnivoro’, che ben distante dalle sue caratteristiche di sussidiarietà e frammentarietà, raccoglie sempre più consensi.

La risposta penalista ponendosi come *ratio* della politica sociale, per male intese esigenze efficientiste, ha come effetto di tralasciare l'analisi, preliminare nel contesto di una seria e razionale politica di controllo sociale, sulla capacità di reale efficacia che presenta l'attivazione dello strumentario penale<sup>212</sup>.

Il problema nasce con la ‘postmodernità’ che richiede forme di controllo penale più “flessibili”, più “dinamiche”, così i principi basilari del diritto penale costituzionale vengono ulteriormente disattesi. Il sacrificio di tali

---

<sup>210</sup> JELLINEK G., *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 1908.

<sup>211</sup> Si pensi all'aggravante di clandestinità, introdotto con il primo pacchetto sicurezza del 2008 e poi dichiarato incostituzionale dalla Corte Cost. con le sentenze n. 249 e 250 del 2010.

<sup>212</sup> Così MOCCIA S., *L'odierna funzione di ‘controllo’ e di ‘orientamento’*, in Riv. *Criminalia*, Annuario di scienze penalistiche, 2013, p. 414.

principi è l'emblema più evidente della perdita di valore di quelle idee-guida alla base del diritto penale di derivazione illuministica.

La fuga nel sistema penale se da un lato risponde a logiche, miopi, di immediatezza<sup>213</sup>, dall'altro porta a adottare canoni sempre più "deboli" per comprendere la realtà e così facendo si arriva a costruire un diritto penale con mire olistiche che però risulta inidoneo a proteggere davvero i beni giuridici.

Questa tendenza panpenalistica, invero, finisce inesorabilmente per allargare le maglie del sistema repressivo creando evidenti frizioni con i principi fondamentali.

È innegabile che le difficoltà di applicazione della pena siano dovute anche a obiettive difficoltà tecniche dei testi legislativi, redatti in modo ambiguo e poco rispetto della *ratio legis*.

Troviamo, infatti, leggi particolarmente generiche o casistiche, implausibile violazione del procedimento di determinatezza e tassatività, che risultano norme "oscure, perché pletoriche, farraginose, contraddittorie"<sup>214</sup> che mal si conciliano con il più basilare principio di legalità<sup>215</sup>.

La chiarezza nella formulazione del testo legislativo è utile non solo per permettere di individuare puntualmente la descrizione del comportamento illegale, ma anche per circoscrivere chiaramente il bene giuridico così che lo strumento penale possa essere facilmente comprensibile e ottenere maggiori risultati nel momento successivo della rieducazione.

Questo grado di indeterminatezza delle norme, oltre a generare "l'ipertrofia penalistica"<sup>216</sup>, viola anche il principio di determinatezza e tassatività demolendo i tratti essenziali a cui la pena non dovrebbe rinunciare: certezza ed effettività.

---

<sup>213</sup> In proposito MOCCIA S., *L'odierna funzione di 'controllo' e di 'orientamento'*, in Riv. *Criminalia*, Annuario di scienze penali, 2013, p. 416.

<sup>214</sup> Sul tema MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli 2000, cit., p. 5.

<sup>215</sup> Cfr. MOCCIA S., *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in Enc. giur. Treccani XXII, Roma 1990, cit., p. 6.

<sup>216</sup> Ipertrafia mediante la quale lo stato rivelerebbe la propria inefficienza, al riguardo si vedano le considerazioni svolte lucidamente da EUSEBI, *la pena 'in crisi'*, p. 64.

La crisi che vive la pena, e il sistema penale in generale, non deriva solo dal linguaggio vago e sfumato con cui le norme si esprimono, ma il punto di maggiore debolezza è dato dal far riferimento ad un codice ormai, per molti versi, obsoleto sul piano ideologico e inadeguato al mutamento sociale, economico, culturale, tecnologico dello Stato di Diritto.

Alle carenze si è cercato di sopperire, in questi anni, attraverso numerose modifiche, le quali però hanno avuto, il più delle volte, il solo effetto di creare opache stratificazioni problematiche dal punto di vista della disciplina sulle successive leggi.

I problemi sono aumentati quando poi si è ricorso ad una legislazione *extra moenia codicis* – di privilegio per i “reati da gentiluomini”<sup>217</sup> – che sicuramente arricchisce il peso del sistema ma lo impoverisce da punto di vista dell’efficacia.

Approfittando della pessima qualità dei prodotti legislativi e della lacunosità della legislazione, ventre molle del sistema, la giurisdizione penale ha assunto un ruolo di «supplenza»<sup>218</sup>.

Questo fenomeno si è riverberato anche sulla prassi giurisprudenziale. Di fronte a discipline oscure, i giudici hanno cominciato a cedere alla tentazione di proporre esegesi sempre più originali che, talvolta, esorbitano il significato delle norme, al fine di attenuare il rigore sanzionatorio.

Così facendo il potere giudiziario però, ha “tradito” i principi costituzionali a cui doveva attenersi, e ha ampliato propria la discrezionalità, andando “anche oltre i limiti fissati dal principio di legalità”<sup>219</sup>.

---

<sup>217</sup> Sul tema sono da prendere in considerazioni le riflessioni di MOCCIA S., *Sulle precondizioni dell’ermeneutica giudiziale nello stato di diritto*, in Riv. *Criminalia*, 2012, p. 300.: «Una serie di novelle – a partire da quella del 1974 – che, per sopperire alla mancata riforma, sono andate sempre più ampliando gli spazi di discrezionalità giudiziale, anche attraverso l’ampliamento delle fattispecie e la proliferazione incontrollata di circostanze, non insolvente indefinite: dall’“ingente quantità” (art. 80, comma 2, t.u.) alla “lieve entità” (art. 73, comma 5, t.u.) della disciplina degli stupefacenti, ai casi di violenza sessuale di “minore gravità” (art. 609-bis, comma 3, c.p.), ove l’indeterminatezza della circostanza è conseguenza di quella della fattispecie, imperniata sul concetto di “atti sessuali”».

<sup>218</sup> MOCCIA S., *Sulle precondizioni*, p. 300.

<sup>219</sup> Nel saggio di FIANDACA G., *Populismo politico e populismo giudiziario*, in Riv. *Criminalia*, Annuario di scienze penalistiche, 2013 p. 105 usa l’espressione “populismo giudiziario”, inteso come «un fenomeno che ricorre tutte le volte in cui il magistrato pretende di assumere il ruolo di autentico

Va inoltre considerato che la materia penale non dovrebbe essere disciplinata da una legislazione casuale, occasionale, emergenziale ma necessita di costruire le sue fondamenta su regole forti e stabili.

Di fronte ad un tale stato di cose è compito della dottrina penalistica definire in maniera autocritica i limiti e le possibilità di un corretto intervento penale per ricondurre il sistema al rispetto dei suoi principi costituzionale, operando una critica oculata nei confronti delle applicazioni legislative e giurisprudenziali troppo creative e poco chiare ed efficienti.

I termini della discussione, purtroppo, non sono solo limiti al comprendere come ricondurre gli orientamenti penalistici in un ambito razionale, ma il cuore del problema si ritrova soprattutto nelle modalità e nei contenuti della pena, per come quest'ultima si trova a vivere, oggi, in contrasto con le sue stesse finalità: se da un lato aspira a migliorare il condannato dall'altro teme di avere distorsioni negative sulla vita del reo, con il concreto rischio che vengano lesi i più elementari diritti della persona.

Insomma, accanto alla difficoltà di una soluzione al fondamentale problema di politica criminale, «che è di sapere quando si debba punire e quando no»<sup>220</sup>, riemerge, con particolare urgenza, il problema del “come punire”<sup>221</sup>.

Lo stato di perenne “crisi” che vive la pena scaturisce dalle scelte in materia sanzionatoria che non sempre sono il prodotto di scelte razionali.

Contrariamente la sanzione penale con la sua inevitabile componente afflittiva non deve far seguire al “*malum actionis* un mero *malum*

---

rappresentante o interprete dei veri interessi e delle aspettative di giustizia del popolo (o della cosiddetta gente), e ciò in una logica di concorrenza- supponenza, e in alcuni casi di aperto conflitto con il potere politico ufficiale». Questa sorta di ‘magistrato-tribuno’, che pretende di entrare in rapporto diretto con i cittadini, «finisce col far derivare la principale fonte di legittimazione del proprio operato, piuttosto che dal vincolo alle leggi scritte così come prodotte dalla politica, dal consenso e dall'appoggio popolare».

<sup>220</sup> Sul punto DELITALA G., *Le dottrine generali del reato nel progetto Rocco*, 1927, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, 1976, p. 280.

<sup>221</sup> In proposito DOVA M., *op. cit.*, p. 14.

*passionis*”<sup>222</sup>, ma nel replicare un male dovrebbe reagire realizzando un bene caratterizzato dalla comprensione umana dell’agire e della realtà del reato e del reo: «reintegrare socialmente l’autore del reato e conservare la pace sociale»<sup>223</sup>.

Gli strumenti punitivi devono rappresentare un’evoluzione del sistema penale per riuscire a misurare il livello di sviluppo di una civiltà, non assecondare, come già ampiamente trattato precedentemente, insicurezza e timori.

Com’è stato lucidamente affermato, «la filosofia della pena non può essere che una continua tensione tra essere e dover essere, un continuo sforzo di conciliazione tra dolorosa necessità di punire e la preoccupazione di tutelare, nel punire, il valore dell’umanità»<sup>224</sup>.

Le modalità della pena vanno di pari passo con lo sviluppo culturale<sup>225</sup> di un popolo, tanto che è possibile proiettare nelle scelte delle risposte sanzionatorie, quelle che sono le qualità delle relazioni sociali e noi stessi, in base ai modelli culturali che utilizziamo per giudicare ciò che è intollerabile, siamo in grado di riconoscere quando una sanzione sia eccessiva o disumana.

In tal senso il principio di civiltà è incluso nel principio di rieducazione del condannato fissato dall’art. 27, comma 3, Cost. «che serve non solo a contrastare gli effetti desocializzanti, la disumanità e il degrado del carcere, indica all’interprete la strada aperta verso la razionalizzazione dell’intero sistema sanzionatorio. Non si tratta semplicemente di un limite posto a tutela della dignità del detenuto e di un argine rispetto al perseguimento di finalità di neutralizzazione»<sup>226</sup>.

---

<sup>222</sup> Cfr. TUMMINELLO L., *Il “volto” del reo, l’individuazione della pena tra legalità ed equità*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 26; l’espressione “*Malum passionis quod infligitur ob malum actionis*” risale a GROZIO U., *De iure belli ac pacis* II, XX, 11.

<sup>223</sup> Cfr. EUSEBI L., *Ripensare le modalità della risposta ai reati traendo spunto da C. Eur. Dir. Uomo* 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie, in Cass. pen., 2009, pp. 4938 e ss.

<sup>224</sup> In proposito CATTANEO M. A., *Pena diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1990, cit., p.18.

<sup>225</sup> In proposito si veda GARLAND D., *Pena e società moderna*, 1990, pp. 196 e ss.

<sup>226</sup> Cfr. sul tema DOVE M., op. cit., p. 60.

La finalità rieducativa rovescia la medaglia della punizione, che da mera reazione repressiva, diviene risposta positiva, orientata alla reintegrazione dell'offesa e alla responsabilizzazione del condannato.

Quanto detto fin ora, ci fa comprendere che se è vero che la giustizia penale rappresenta la punta dell'*iceberg* attraverso la quale affiorano e si evidenziano in forma spesso drammatica momenti patologici della vita sociale e istituzionale che dovrebbero trovare adeguata soluzione attraverso altri canali, allo stesso tempo la situazione di crisi fa ravvisare proprio nello strumento penali il principale canale di ripristino dell'omogeneità sociale e dell'eliminazione della conflittualità<sup>227</sup>.

Tuttavia, appare opportuno gettare uno sguardo sul lato più oscuro del sistema penale: l'automatica assimilazione della pena con il carcere, in un'eterna centralità della pena detentiva e della sua drammatica realtà.

### *3. L'essenza della tragedia: la perenne centralità della pena detentiva*

Quando si ragiona di irrogazione di sanzione non può prescindere dal dettato Costituzione e in particolare dalla *lettera legis* dell'art. 13, «La libertà personale è inviolabile».

L'esperienza della pena in generale e della detenzione in particolare, rappresenta una violazione legale della libertà personale e di conseguenza per essere legittima, deve necessariamente convivere con queste cinque parole.

Per la stessa ragione, il detenuto, «pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale». – così ha scritto la Corte costituzionale<sup>228</sup>.

---

<sup>227</sup> BRICOLA F., *Scritti di diritto penale, Vol. I tomo II, Diritto premiale e sistemale penale*, Giuffrè Milano, 1997, p. 1461.

<sup>228</sup> Corte Cost., sent. n. 349 del 1993.



Il carcere non può essere perciò un ostacolo imposto dal potere pubblico che impedisce il pieno sviluppo della persona umana detenuta e non può, in nessun caso, più essere luogo di segregazione sociale e di annullamento della personalità.

Invero, le promesse del costituente prima e le parole della Corte dopo sono inequivocabili.

A settant'anni dall'entrata in vigore della Carta costituzionale, possiamo decisamente affermare che, purtroppo, quelle promesse e quelle parole sono state in larga parte tradite.

Se la pena detentiva, in virtù del principio di *extrema-ratio*, dovrebbe essere prevista solo per i reati gravi rispetto ai quali altre forme di sanzioni penali non potrebbero garantire né un effetto adeguato di prevenzione generale né una sufficiente protezione del sistema della coesistenza durante l'esecuzione della pena, oggi, invece, sembra quasi impossibile spezzare la relazione biunivoca che lega reato e pena detentiva, a tal punto che si assiste all'esaltazione dell'istituzione carceraria, risultando quest'ultimo primo mezzo per la risposta sanzionatoria.

Considerati però i dati empirici relativi alla conclamata inefficienza del sistema penale carcerocentrico, resta all'interprete un dubbio: perché si ricorre alla pena detentiva? Paradossalmente, più il carcere fallisce, più ne aumenta la richiesta<sup>229</sup>.

Le ragioni possono essere tra le più diverse ma inutile è negare che ancora oggi, nella coscienza umana, è radicata l'equazione carcere uguale giustizia, a cui si aggiunge l'idea che più dura è la pena, maggiormente si realizzano le istanze di giustizia. Sopravvive nella pena, una componente premoderna, che intende la pena come espiazione e ignora prospettive di solidarietà.

---

<sup>229</sup> MOCCIA S., *Riflessioni intorno al sistema sanzionatorio e propositi di riforma*, in Opinioni, Settembre 2016, in Riv. online "La legislazione penale", p. 2. Si consulti sito web <http://www.la legislazione penale.eu/>

Allora, c'è da chiedersi, retoricamente, se oltre tutti i detenuti non ci sia anche la Costituzione, ad essere finita in carcere.

Il carcere è un'istituzione totale<sup>230</sup>, che determina gravi danni ai detenuti, cagionando processi di degradazione, mortificazione e spoliamento del sé ma nonostante ciò, risultare essere un fenomeno in espansione e il ricorso alla pena detentiva non sembra arrestarsi.

A porre la giustizia in una situazione di contrarietà alla Costituzione già basterebbe il dato secondo cui, la percentuale dei detenuti in attesa di giudizio è più del 30%<sup>231</sup>, cifra allarmante se si considera che la carcerazione preventiva, dovrebbe essere un'eccezione ben circoscritta, proprio per non violare il su menzionato principio dell'inviolabilità della libertà personale. In aggiunta, la detenzione di persone in attesa di giudizio, mortifica un altro principio costituzionale di altissimo valore civile: la presunzione di non colpevolezza<sup>232</sup>.

Oltre al massiccio ricorso alla carcerazione preventiva, a volte sconsiderato, un fatto che sicuramente ha inciso in modo decisivo, è rappresentato dalla “crisi economica” e dal conseguente aumento del tasso di disoccupazione.

Nell'attuale società si è assistito ad un passaggio tendenziale da politiche di *welfare state* a politiche di “legge e ordine”, progetti di sicurezza, di “tolleranza-zero” e controllo<sup>233</sup>.

Tali nuove esigenze hanno portato ad una reinvenzione dell'istituto carcerario. In un tale contesto politico – economico il carcere trova un consenso privilegiato, con un aumento dei carcerati di bassa estrazione sociale.

---

<sup>230</sup> Il concetto di istituzione totale risale come noto a GOFFMAN E., *Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, trad. it., Einaudi, Torino, 2001, pp. 32-42. Per istituzione totale l'Autore intende tutte le istituzioni con carattere inglobante o totale in cui viene impedito, appunto, lo scambio con la società e l'uscita nel mondo esterno. Nelle istituzioni totali, coinvolgendo esse tutti gli aspetti della vita che si svolgono nello stesso luogo e sotto la stessa autorità, vi è una standardizzazione o omologazione dei comportamenti del gruppo di persone che vivono insieme

<sup>231</sup> Percentuale che sembra essersi ridotta, da quote molto vicine al 50 per cento rispetto al totale dei presenti negli istituti di prevenzione e pena fino a quella più recente, intorno al 30 per cento.

<sup>232</sup> In proposito MOCCIA S., *Riflessioni intorno al sistema sanzionatorio*, cit., p. 2.

<sup>233</sup> Sul tema GARLAND D., *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, trad.it CERETTI A., Il saggiatore, Milano, 2004, cit., p. 321.

Esso svolge una nuova funzione: il carcere costituisce «un mezzo “civilizzato” e “costituzionale” per segregare la popolazione problematica creata dai meccanismi sociali ed economici attuali»<sup>234</sup>.

La politica della “tolleranza zero” non è solo una politica simbolica, legata a ‘gonfiate’ esigenze di sicurezza del pubblico, come si è accennato nei paragrafi precedenti, ma crea degli effetti importanti in termini delle cosiddette “politiche di etichettamento” il carcere, attualmente, è il luogo d’oblio di vite di scarto<sup>235</sup>, di soggetti ai margini della società.

La repressione finisce, infatti, per orientarsi verso le fasce di marginalità via via emergenti: tossicodipendenti e immigrati, preferibilmente di colore, o altri soggetti “deboli” che si trovano fuori dal sistema socioeconomico e dal mercato del lavorativo.

Secondo i dati del Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria<sup>236</sup>, il numero di stranieri detenuti è di circa 19.903 su 58.115, ovvero circa il 35 % del totale; i tossicodipendenti in carcere, secondo i dati presentati nella relazione annuale al Parlamento del 2017 dal Dipartimento politiche antidroga della Presidenza del Consiglio, sono più di un quarto sul totale della popolazione carceraria.

Non si tratta, comunque, di una novità: il carcere ha sempre avuto una vocazione “disciplinare”<sup>237</sup>, ha sempre rappresentato un potere diretto al controllo di settori problematici della società.

In tal proposito alcuni studiosi<sup>238</sup>, individuano tra le funzioni del carcere, quella “depurativa”: lo scopo reale del carcere sarebbe proprio quella di liberare il sistema economico dai soggetti considerati improduttivi,

---

<sup>234</sup> Così GARLAND D., *La cultura*, cit., p. 321.

<sup>235</sup> L’espressione risale a BAUMAN Z., *Vite di scarto*, trad. it., Laterza, Roma-Bari, 2005, passim, ad es. p. 80. Secondo l’Autore i «rifiuti umani» della globalizzazione, le vite di scarto, vengono criminalizzati e sono bersagli «privilegiati» della «grande guerra per la legge e l’ordine».

<sup>236</sup> Dati aggiornati al 30 Novembre 2017 e Reperibili sul sito internet [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)

<sup>237</sup> Cfr. sull’argomento FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it. TARCHETTI A., Torino, 2010, cit., p. 256.

<sup>238</sup> Si veda MATHIESEN T., *Perché il carcere?*, p. 180.

inefficienti e contemporaneamente oltre a isolarli, ridurli anche all'impotenza, all'oblio e al silenzio.

Un'altra funzione del carcere sembrerebbe essere la 'funzione diversiva', ossia il carcere servirebbe a distogliere l'opinione da quei reati molto pericolosi commessi dai soggetti, individui o gruppi di interesse, che all'interno della società dispongono di grande potere – si pensi ai reati contro l'ambiente, a quelli economici o all'impiego di forza lavoro in modalità nocive per la salute dei lavoratori – e indirizzarla verso i reati c.d. "di strada".

«Non è difficile affermare, pertanto, che il carcere dovrebbe essere epurato dalla c.d. cultura del controllo, intesa come mera neutralizzazione, nonché della ideologia della disciplina e della sicurezza, celata dietro l'ipocrita, poiché solo proclamata e non effettivamente attuata, cultura del trattamento»<sup>239</sup>.

In uno stato sociale di diritto, accanto all'idea del minor numero possibile di norme penali, si deve favorire quella il minor numero possibile di persone penalmente perseguite che debba essere carcerizzato. Attualmente, invece, il numero dei detenuti in Italia, è sempre troppo alto, nonostante i livelli siano diminuiti rispetto agli anni precedenti.

È evidente che nonostante gli interventi di riforma che hanno investito il carcere – ci si riferisca alla legge di ordinamento penitenziario del 1975, alla legge Gozzini del 1986, al regolamento penitenziario del 2000, alle Raccomandazione del Consiglio d'Europa sulle regole penitenziarie nel 2006 – e lo stesso processo penale – il nuovo codice di rito del 1988 –, la fotografia dell'attuale situazione penitenziaria certifica in modo impietoso che stiamo assistendo a ben quattro tradimenti<sup>240</sup> della Costituente: non solo ad essere costantemente disatteso è stato, come appena analizzato, il principio di *extrema ratio* e il più basilare principio di uguaglianza, in relazione alla

---

<sup>239</sup> In proposito TUMMINELLO L., *Il volto*, cit., p. 243; si veda inoltre sui processi di stigmatizzazione, per tutti GOFFMAN E., *Stigma, l'identità negata*, trad.it, Ombre corte, Milano, 1983, pp. 153 e ss.

<sup>240</sup> Sul punto FARAGUNA P. – GIALUZ M., *Il carcere e la promessa tradita della Costituente*, in Riv. il Mulino, n. 6, 2012, pp. 993 e ss.

composizione della popolazione carceraria, ma la nostra Repubblica non ha saputo mantenere neppure la promessa di finalizzare la pena alla rieducazione e la promessa di non trasformare – come era accaduto durante il regime fascista – la pena in un trattamento inumano, lesivo della dignità stessa del detenuto.

Il problema è stato che nel discutere su come «difendere Abele e recuperare Caino» ci si sia dimenticati che «anche per Caino, quando espia la pena, valgono il principio della pari dignità sociale sancito dalla nostra Carta Fondamentale ed il principio personalistico»<sup>241</sup>.

Basta rivolgere uno sguardo alla quotidianità del penitenziario, per confermare quanto detto, per dimostrare con drammatica evidenza quanta distanza vi sia fra quei principi e la realtà della pena detentiva: un fallimento della legalità e del rispetto della dignità umana.

### 3.1 *Il “volto” del reo: sepolti vivi, emergenza carcere dopo il diktat della Corte di Strasburgo.*

«In tre in una cella di 9 m<sup>2</sup> ridotti ulteriormente dalla presenza di mobilio. Diciannove ore al giorno rinchiusi, con limitato accesso alle docce per la penuria di acqua calda. Per dormire, il terzo piano di un letto a castello, distante dal soffitto della cella solo 50 cm, insufficienti per girarsi, mettersi su un fianco, piegare le ginocchia. Asfissiante. Altrove si sta anche peggio»<sup>242</sup>.

Se questo è un carcere. Primo Levi scriveva “Se questo è un uomo”.

Nonostante il «grave stato di crisi della pena carceraria, i cui contenuti e la cui stessa sfera di applicazione sembrano costituire una risposta

---

<sup>241</sup> Al riguardo FLICK G. M., *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, DeS, Editoriale Scientifica srl, n.1, 2012, p. 188.

<sup>242</sup> Così si apprende dal ricorso presentato del detenuto Torreggiani, uno dei sette ricorrenti di Strasburgo, a cui farà seguito la celebre sentenza in cui la Corte europea dei diritti umani, sulla base dei ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09; 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10 – l’8 gennaio 2013 con decisione presa all’unanimità – ha condannato l’Italia per la violazione dell’art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani.

inadeguata, quando non addirittura ingiustificata o contraddittoria, di fronte al fenomeno della criminalità»<sup>243</sup>, la pena detentiva in Italia continua ad essere la risposta largamente prevalente.

Partendo dal considerare la pena come uno strumento politico criminale costruito su base razionale, risulta difficile pensare che un modello repressivo, incentrato sulla privazione della libertà possa produrre un risultato positivo. E ciò tanto più se la privazione della libertà avviene all'interno di un'istituzione che è caratterizzata, fin dalla sua nascita, da condizioni di perenne degrado e sovraffollamento.

La vera punizione corporale inflitta a chi è rinchiuso in carcere consiste proprio nel dover vivere in una continua carenza di spazio<sup>244</sup>. Il resto viene dopo.

Si tratta, infatti, di una condizione esattamente capovolta rispetto a quella cui si è abituati a vivere, «da liberi c'era poco tempo ma tanto spazio. Lì invece era il contrario. C'era tanto tempo ma poco spazio. Ed era quello il cortocircuito che ti faceva impazzire»<sup>245</sup>.

Lo stato di prostrazione determinato da condizioni di sovraffollamento fa percepire la pena, non una conseguenza dovuta di una condotta illecita, ma come una vendetta dell'autorità, che non si limita a privare il detenuto della libertà personale, ma lo umilia sottraendogli le condizioni minime di vita dignitosa, cui ogni essere umano ha diritto.

Contro un legislatore italiano vittima delle sue riforme instabili, già nel 2009, è intervenuta la Corte di Strasburgo, con la sentenza *Sulejmanovic c. Italia*<sup>246</sup>, la quale aveva ravvisato la violazione dell'art. 3 CEDU nelle condizioni detentive del ricorrente, ristretto all'interno di una cella in cui lo

---

<sup>243</sup> Cfr. PADOVANI T., *L'utopia: il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 1.

<sup>244</sup> Sul punto PUGIOTTO A., *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in Riv. Telematica giuridica dell'A.I.C., n. 2, 2014. Relazione svolta al Seminario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Il senso della pena. A un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU, tenutosi presso la Casa Circondariale Rebibbia Nuovo Complesso il 30 maggio 2014.

<sup>245</sup> In proposito BONVISSUTO S., *Dentro*, Archivio Einaudi, 2012, p. 110.

<sup>246</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, seconda sezione, caso *Sulejmanovic vs Italia* (Ricorso n. 22635/03), sent. 16 luglio 2009.

spazio a disposizione di ciascun detenuto era di 2,70 m<sup>2</sup>, di gran lunga inferiore alla superficie minima ritenuta auspicabile dal Comitato di prevenzione della tortura, fissata in 7 m<sup>2</sup> a persona. In quella sede, però, la Corte aveva ritenuto sufficiente la riparazione pecuniaria.

In un clima del genere, la successiva e nota sentenza Torreggiani del 2013 è una pronuncia che ha sorpreso. Come ci si attendeva, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo investita di centinaia di ricorsi da parte di detenuti italiani che lamentano la violazione del proprio diritto a non subire pene o trattamenti inumani o degradanti in conseguenza del sovraffollamento carcerario - ha pronunciato una sentenza pilota contro il nostro Paese, accertando nel caso concreto la violazione dell'art. 3 CEDU a danno di sette ricorrenti<sup>247</sup>.

La Corte di Strasburgo, ha ritenuto che le condizioni di sovraffollamento carcerario – rilevate negli istituti di pena italiani – provocavano una situazione di sofferenza nei detenuti, che andava ben oltre il naturale disagio di chi non dispone più della sua libertà personale.

Si è rilevato che per «il carattere strutturale e sistemico del sovraffollamento carcerario in Italia», come risultava dalle statistiche, si imponeva un intervento strutturale che restituisse dignità ai detenuti – fossero essi in stato di custodia cautelare o di espiazione pena.

Con questa pronuncia si applicava un principio generale per cui lo Stato non ha il diritto di infliggere afflizioni aggiuntive a quelle che derivano in modo diretto e inevitabile dalla privazione di libertà.

---

<sup>247</sup> Per un commento alla sentenza v., tra i tanti, VIGANÒ F., *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2013; Secondo l'Autore «a rigore tutti gli Stati aderenti alla CEDU avranno da oggi l'obbligo di non procedere alla consegna dei detenuti, per evitare di esporre la persona richiesta ad un assai probabile violazione del suo diritto fondamentale discendente dall'art. 3 CEDU, secondo l'autorevolissima valutazione della Corte EDU». Rischio che ha trovato concretizzazione in due decisioni adottate dalle Corti del Regno Unito, che hanno opposto il rifiuto alla consegna dei condannati all'Italia. Per approfondimenti sul tema si consulti MANGIARACINA A., *Il rifiuto opposto dal Regno Unito alla consegna dei condannati: quando in gioco vi è (anche) la credibilità internazionale.*, in *Riv. Penale contemporaneo*, n. 1, 2015, pp. 412 e ss.

Partendo da una premessa essenziale in cui il «detenuto e il reato non sono certo la stessa cosa: uno è l'uomo, l'altro è la sua colpa»<sup>248</sup>, la persona umana che si cela dietro al detenuto non può vivere in mancanza di beni essenziali – quale una scarsa ventilazione o con quantità d'acqua calda insufficienti – che assieme al sovraffollamento costituiscono le condizioni inumane e degradanti vietate dall'art. 3 della Convenzione.

Occorre abbandonare la vecchia cultura, che riteneva tollerabili condizioni, anche estreme, di disagio dei detenuti, come deterrente perché gli stessi prendessero coscienza della gravità dei loro comportamenti antisociali<sup>249</sup>.

La sentenza Torreggiani, inoltre, ha acceso i riflettori su qualcosa che l'opinione pubblica preferisce non vedere, perché «la società ignora cosa avviene dentro il carcere. La scena è illuminata fino alla condanna, poi si spegne. Non interessa in quali condizioni di vita si traduce l'esecuzione della pena. È sufficiente sapere che il colpevole è recluso, che quella porta non si aprirà»<sup>250</sup>.

Dopo la stagione di riforme seguita alle sentenze *Sulejmanovic* e Torreggiani della Corte europea dei diritti dell'uomo, si potrebbe tentare di fare un'analisi degli attuali risvolti del problema del sovraffollamento e dei risultati che le medesime pronunce hanno prodotto.

Volendo mettere a confronto due fotografie, quella della popolazione carceraria nel 2010, ossia nel momento in cui il sovraffollamento raggiungeva il suo apice, e quella della popolazione carceraria oggi, si nota come sotto il profilo quantitativo, il confronto rivela una diminuzione significativa del numero dei soggetti reclusi: si è passati infatti dal picco massimo di 68.258 detenuti, al giugno del 2010, a quello minimo di 59.135 detenuti al 31 Agosto 2018, con conseguente riduzione del sovraffollamento dal 150% nel 2010 al

---

<sup>248</sup> Cfr. BONVISSUTO S., *Dentro*, p. 120.

<sup>249</sup> Per una ricostruzione sul tema SILVESTRI G., *La dignità umana dentro le mura del carcere, Intervento al Convegno «Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della CEDU»*, Roma, Carcere di Rebibbia, 28 maggio 2014, in Riv. Diritto pubblico, n.1, 2014, p. 12.

<sup>250</sup> In proposito PUGIOTTO A., *Il volto costituzionale*, p.18.



115% nel 2018<sup>251</sup>. Un dato che può leggersi, forse, come la conferma che gli strumenti alternativi introdotti stanno effettivamente operando; un dato che seppur significativo, e ancora basso rispetto agli standard europei, troppo lento nella ripresa del problema.

La crisi umanitaria prodotta dal sovraffollamento è ancora più marcata se si guarda al numero impressionante di suicidi e di autolesionismo, paragonati ai tassi percentuali della popolazione libera.

Ogni anno un detenuto su sette ricorre all'autolesionismo o tenta il suicidio e secondo uno studio condotto<sup>252</sup>, il suicidio in carcere ha un'incidenza di ben 19 volte in più rispetto al suicidio fuori dal carcere.

Al detenuto, sempre più spesso non resta nulla se non il «farsi male» o il tentativo di togliersi la vita che costituiscono l'unica voce rimasta a chi, per definizione e per condizione, è senza voce<sup>253</sup>.

È Tramite le mortificazioni, le lacerazioni silenziose che prova a mettersi in contatto con la società, usando il suo corpo. È comprovato, inoltre, che un'altissima percentuale di detenuti finisce per avere rapporti omosessuali in carcere, con prevedibili conseguenze negative a livello dell'equilibrio della personalità.

La crisi, alimentata dall'ozio forzato e degradante, dall'annullamento di qualunque pur raro sforzo di responsabilizzazione è solo il prodotto di una repressione carceraria, lontana dalle esigenze personalistiche e solidaristiche.

Una pena detentiva, con una «funzione latente ma effettiva di un misto di retribuzione e deterrenza, testimoniata dall'abbandono al mero custodialismo carcerario di svariate decine di migliaia di persone, con un totale tradimento delle funzioni normativamente stabilite»<sup>254</sup>.

---

<sup>251</sup> Dati ricavati dalle statistiche pubblicate sul sito [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it) del Ministero della giustizia.

<sup>252</sup> Sull'argomento MANCONI L., *Così si muore in galera. Suicidi e atti di autolesionismo nei luoghi di pena*, in *Polit. Dir.*, 2002, n.2, pp. 315 ss. si vedano tabelle 1 e 2 di p. 316. In sintesi, il numero dei detenuti è meno che raddoppiato. Lo studio rileva che quasi il 55% dei detenuti che si suicidano lo fanno nei primi 6 mesi di detenzione e oltre il 64% nel primo anno di detenzione (op. ult. cit., p. 319, si veda anche tab. 6 a p. 321, i dati si riferiscono al biennio 2000-2001).

<sup>253</sup> MANCONI L., *op. ult. cit.*, p. 319.

<sup>254</sup> MOCCIA S. *Riflessioni intorno al sistema sanzionatorio*, p. 3.

### 3.2 I diritti (in)violabili all'interno della cella: solo enunciati o anche effettivi?

La realtà del carcere è ben lontana da qualsiasi sorta di trattamento qualificato. Oltre a strutture sovraffollate, autoritarie e burocratiche con deficienze strutturali e organizzative, la situazione carceraria comporta una continua mortificazione della personalità dei detenuti.

In realtà il dettato dell'art. 27 della nostra Costituzione – “le pene non possono coesistere in trattamenti contrari al senso di umanità” – risulta nel complesso disatteso non essendo difficile dimostrare che la situazione delle nostre carceri si pone in netto contrasto con il principio costituzionale: un'istituzione che desocializza anziché socializzare.

Tanti sono i danni comprovati sul detenuto: dall'erosione dell'individualità alla perdita dei valori e delle attitudini presenti nei soggetti prima dell'esperienza carceraria; tanti i danni fisici e psicologici, dovuti all'isolamento, alla privazione degli stimoli e all'estraniamento, che si perpetra anche dopo la fine dell'esperienza carceraria. Il detenuto vive una «disumana censura con il mondo degli affetti»<sup>255</sup> e l'interiorità dell'anima ne esce devastate.

È in questo amaro e tagliente contesto che l'internato subisce un vero e proprio processo di deculturazione, cominciando a disconoscere tutto quello che sapeva per apprendere una nuova subcultura, che parla il gergo carcerario e segue una scala di valori rovesciata, in cui la prevaricazione sull'altro è la prima regola da imparare per poter sopravvivere.

L'internato, svuotato di sé, si riempie di carcere, e in questo contesto di rabbia, odio e disprezzo, «star dentro con l'accusa di aver commesso un delitto può indurre a commetterlo, star dentro per averlo commesso può indurre a commetterlo ancora»<sup>256</sup>.

---

<sup>255</sup> STELLA F., *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, Bologna, 2006, cit., p. 144.

<sup>256</sup> Sul punto di vedano le considerazioni di AMATO N., *Diritto delitto carcere*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 205, in cui si sofferma su decadimento sia fisico che psichico dell'internato. Il detenuto secondo l'autore, chiuso nelle quattro mura, circondato da altri detenuti, è portato a subire un

È questa la cosiddetta efficacia criminalizzante del carcere che incide negativamente, anche dopo il rilascio del detenuto, aumentando la probabilità che ritorni in carcere.

Il primo fallimento della funzione rieducativa è proprio comprovato dagli alti tassi di recidiva presente nella popolazione carceraria. La crisi di efficienza della pena detentiva consiste proprio in questo: combattere una criminalità che lo stesso carcere finisce per creare e alimentare, come in una sorta di battaglia contro i mulini a vento, uno spreco inutile di risorse.

In realtà basta guardare la realtà nascosta dei penitenziari per comprendere quanto forte sia il contrasto tra gli obiettivi che si propone di realizzare la finalità rieducativa e ciò che accade concretamente: un fallimento del sistema, una negazione della stessa legalità.

Il carcere è sicuramente un'istituzione sociale diversa rispetto alle altre, proprio per il suo carattere assorbente, prevalente. Il suo carattere totalitario non può, però, esserlo al punto tale da invadere i principi inviolabili garantiti dalla Costituzione, anzi è lì che quei principi debbano essere maggiormente tutelati.

Il detenuto ha diritto non solo al rispetto del principio esplicitamente menzionato all' art. 27, comma 3 Cost., ma in quanto persona, dovrà essergli garantito tutto il complesso dei diritti costituzionali fondamentali.

La loro inviolabilità, nello stato di detenzione, certamente subirà una compressione che dovrà però essere proporzionale alle effettive necessità del trattamento penitenziario e compatibile con il rispetto della dignità dell'internato<sup>257</sup>.

Così, al detenuto deve essere assicurato il rispetto dello sviluppo della propria personalità in tutte le sue articolazioni: dall'eguaglianza, nella forma

---

procedimento di destrutturazione della propria personalità; inoltre sull'argomento si veda GOFFMAN E., *Le istituzioni totali*, p. 43, che analizza le mortificazioni degli internati e il loro rapporto con lo staff adibito al loro controllo; sull'impatto della carcerazione si veda anche SYKES G. M., *The Society of Cypives. A Study of a Maximun Security Prison, Princeton*, 1958, pp. 63 e ss.; altresì sul tema della sofferenza in carcere e dei risolti che quest'ultima provoca sulla personalità dei detenuti si veda MATHIESEN T., *Perché*, cit. p.78.

<sup>257</sup> Si veda FLICK M. G., *I diritti dei detenuti*, pp. 189 e ss.

della parità di trattamento e della non discriminazione alla libertà di religione, di istruzione, di lavoro<sup>258</sup>, nonché il rispetto del diritto alla salute<sup>259</sup> e degli essenziali diritti di socialità primaria.

«Garantire il rispetto dei diritti significa, come dire l'art. 27 Cost., umanizzare la pena perché dove più è rarefatta l'aria dei diritti individuali, insomma, là maggiormente si avverte il bisogno di respirare: di garantire, se non respiri profondi, almeno essenziali aliti di sopravvivenza»<sup>260</sup>.

Un rispetto non solo inteso in negativo, come assenza di tortura e di trattamento inumano, ma anche in positivo. Oltre al rispetto della dignità e del nucleo inviolabile dei diritti, il detenuto ha diritto ad avere a disposizione un percorso rieducativo personalistico<sup>261</sup> e flessibile, individuato sulle proprie esigenze.

Proprio la composizione eterogenea e multietnica della popolazione carceraria, richiede una pluridimensionalità del trattamento, in una continua ricerca di protocolli validi che tengano conto della peculiarità e della diversità di ogni detenuto, di modelli ispirati anche alle diverse culture e ai diversi contesti sociali, religiosi e linguistici che possano permettere la maggiore realizzazione della socialità del reo.

Come si è compreso, non basta garantire una cella dotata di letto, acqua calda e servizi igienici decenti, che seppur sarebbero una conquista di civiltà per molte carceri, non garantirebbero di risolvere i problemi.

---

<sup>258</sup> La Corte Costituzionale nella sentenza, n. 158 del 2001 ha stabilito che ogni rapporto di lavoro subordinato, anche quello svolto dal detenuto all'interno del carcere, debba garantire il diritto al riposo annuale retribuito; in un'altra sentenza, n. 341 del 2006, la corte sottolinea la necessità di garantire la tutela giurisdizionale in relazione ai diritti nascenti dei rapporti di lavoro instauratisi nell'ambito della organizzazione penitenziaria.

<sup>259</sup> Valga, a titolo di esempio, il riferimento recente ed esplicito della Corte, con la sentenza n. 190 del 2010, al diritto soggettivo alla salute, a proposito della permanenza del detenuto all'aperto e della sua limitazione per ragioni di sicurezza, da parte della amministrazione; ancora in merito alla tutela della salute, la corte, in una particolare sentenza n. 173 del 1997 ha stabilito che la detenzione domiciliare di un soggetto affetto da AIDS non possa essere sospesa automaticamente con una mera denuncia e senza prima aver analizzato la compatibilità del carcere con le condizioni di salute del detenuto, ciò per tutelare il detenuto malato che in caso contrario, verrebbe leso nel suo diritto alla salute.

<sup>260</sup> Cit. FLICK M.G., *I diritti dei detenuti*, pp. 193 e ss.

<sup>261</sup> La Corte Cost., sent. n. 282 del 1989, sottolinea come la pena debba comportare la valorizzazione del soggetto, reo o condannato, in ogni momento della dinamica penal-sanzionatoria, attraverso «l'uso di giudizi prognostici attinenti alla "futura" vita del reo nella società».

Si necessita di una riflessione sulla giustizia, sul suo funzionamento, sugli scopi e sui fini, per capire bene i mezzi con cui risolvere le questioni. L'accoglienza, la solidarietà, l'umanizzazione della pena devono essere affermate non come istanze buoniste, ma come diritti esigibili nella consapevolezza che la legalità anche in carcere è un valore da affermare con ancora maggiore intransigenza<sup>262</sup>, anche perché una gestione del carcere che si basi solo su istanze retributive, nascoste nell'ideologia del trattamento, se dal lato recepisce i sentimenti di giustizia delle vittime, dall'altro non riuscirà ad evitare che il reo ne esca più desocializzato.

---

<sup>262</sup>In proposito CORLEONE F., *Il carcere e la crisi della giustizia*, in Riv. Il Mulino, n.6, novembre-dicembre 2011, p. 956.

### *Capitolo III*

## *Alternativa alla detenzione. Prospettive de iure condendo.*

SOMMARIO: 1. Il progressivo potenziamento delle misure alternative: funzioni manifeste e latenti. – 1.1. Le statistiche sull'efficacia delle misure alternative e sui tassi di recidiva – 2. Un diverso ideale di giustizia: l'affermazione di modelli consensuali di risoluzione dei conflitti. – 2.1 Origine e definizione del concetto di “*Restorative Justice*” – 2.2 La mediazione tra le tradizionali forme di giustizia riparativa. – 3. Efficacia e i vizi dei processi riparativi. Il “volto” della vittima tra soddisfacimento e rischi di vittimizzazione secondaria. – 3.1 Una nuova ermeneutica della risocializzazione: possibili rischi di strumentalizzazione. – 3.2 Il ruolo della comunità nel gestire il conflitto: punto di forza o limite? – 4. Concreta attuazione del processo di mediazione in rapporto ai principi regolativi del processo penale. – 5. Giustizia riparativa e funzione della pena: tradimento o lealtà? – 6. La giustizia riparativa nel panorama italiano: gli istituti sospensivi e il nuovo art. 162 ter c.p. – 7. Uno sguardo al panorama internazionale: la penalità “non statale” degli *indios* e un modo diverso di intendere la risocializzazione – 8. Considerazioni conclusive.

### *1. Il progressivo potenziamento delle misure alternative: funzioni manifeste e latenti.*

La pena carceraria rappresenta, ancora oggi, l'archetipo della sanzione penale nel nostro sistema ordinamentale.

Essa secondo l'opinione di tanti<sup>263</sup> è uno strumento irrinunciabile ma nonostante ciò è innegabile l'impostazione carcerocentrica stia manifestando segni, sempre più evidenti di una crisi profonda.

---

<sup>263</sup> Per una conferma dell'impostazione carcerocentrica del sistema penale italiano nell'attualità, cfr. PALAZZO F., *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture. (A proposito della legge n. 67/2014)*, in Riv. it. dir. proc. pen., n.4, 2014, pp. 1702 e ss.

Per questi motivi si è cercato di trovare risposte sanzionatorie alternative alla mera detenzione e diverse sia per contenuto che per struttura<sup>264</sup>.

La spinta verso soluzioni diverse dal carcere deriva non solo dalla proliferazione talora incontrollata dei processi di criminalizzazione ma principalmente dalla consapevolezza dell'inidoneità del carcere a contribuire ad un percorso di risocializzazione del condannato<sup>265</sup>.

In realtà, il tema dell'alternativa al carcere è divenuto centrale nel dibattito penalistico anche in dimensione storica<sup>266</sup> e tale è rimasto anche nell'epoca più recente<sup>267</sup>.

Solo con la legge del 1975 che ha introdotto le misure alternative alla detenzione<sup>268</sup>, si è assistito ad una vera e propria riforma organica di adeguamento costituzionale del sistema, in cui finalmente avrebbe dovuto trovare spazio l'ideale rieducativo.

Purtroppo, il ruolo affidato alle misure alternative alla detenzione non è stato in grado di intaccare il tradizionale paradigma carcerocentrico né sotto

---

<sup>264</sup> Circa le cause della crisi del sistema sanzionatorio classico ed i possibili rimedi, cfr., in particolare, MANTOVANI F., *Il vero «diritto penale minimo»: la riduzione della criminalità?*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2005, p. 864 ss.; MOCCIA S., *La perenne emergenza*, Napoli, 1995; PADOVANI T., *L'utopia punitiva*, Milano, 1981; ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992.

<sup>265</sup> In proposito PERINI C., *Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia*, in Riv. Diritto penale contemporaneo, n. 1, 2017, cit, p. 79; PAVARINI M., *I nuovi conflitti della penalità*, Edizioni Dedalo, Bologna, 1994, p. 65, definisce un'«ossessione pedagogica» quella sottesa alla pena carceraria per mascherare esigenze di controllo e disciplinari.

<sup>266</sup> Dalla seconda metà dell'Ottocento in poi. Cfr. l'analisi di PADOVANI T., *L'utopia punitiva*, cit., pp. 41 e ss.

<sup>267</sup> Era il 1974, quando Giorgio Marinucci riportava – nel saggio *Politica criminale e riforma del diritto penale* – l'«opinione unanime» della scienza penalistica internazionale, per la quale «il compito futuro della politica criminale non risiederà nel miglioramento della pena detentiva, bensì nella sua progressiva eliminazione: ogni privazione della libertà personale in qualunque tipo di stabilimento, anche pensato con la più ampia fantasia rinnovatrice, provoca danni psicologici e sociali così certi da rendere difficile qualunque obiettivo di risocializzazione», MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in Jus. Rivista di scienze giuridiche, 1974, p. 486; anche Bricola nel 1976 in occasione di un convegno affermava: «...e parallelamente sempre più frequenti si fanno gli appelli al giurista, e alla sua fantasia, per l'individuazione di nuovi modelli sanzionatori o di misure alternative alla pena detentiva», BRICOLA F., *Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1977, p. 1149.

<sup>268</sup> L. 26 luglio 1975, n. 354, Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà, Capo VI, art. 47 (L'affidamento in prova), art. 47 ter (detenzione domiciliare), art. 48 (semilibertà), art. 54 (liberazione anticipata).

il profilo concettuale, né sotto quello ideologico e neppure, infine, sotto quello prasseologico<sup>269</sup>.

Difatti, la vicenda delle misure alternative è stata inquinata da una progressiva «torsione [...] da misure trattamentali a strumenti di decarcerazione»<sup>270</sup>, da un eccesso d'automatismo applicativo e da un «sostanziale vuoto di contenuti»<sup>271</sup> che registra, con amarezza, la tendenza a fare degli istituti penitenziari dei meri sostitutivi della pena carceraria piuttosto che istituti diretti a realizzare la funzione rieducativa.

Questa analisi risulta, in effetti, dalla stessa prassi applicativa.

Per esempio, l'istituto della liberazione anticipata, si è prestato spesso a distorsioni funzionali. Come è noto, essa consiste in una detrazione di 75 giorni per ogni semestre di pena scontata, che viene concessa al condannato a pena detentiva che, ai sensi dell'art 54 ord. pen., abbia “dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione”, quale “riconoscimento di tale partecipazione”.

Orbene, la prassi spesso induce a concedere tale sconto di pena non a colui che abbia dato tale prova, ma più generalmente a tutti coloro che non abbiano avuto, nel predetto semestre, rapporti, sanzioni disciplinari, denunce dalla direzione del carcere.

Pertanto, tale beneficio non viene concesso a coloro che si sono comportati in modo particolarmente meritevole durante l'espiazione della pena, piuttosto, e paradossalmente, a tutti coloro che non si sono comportati male: in altre parole, a tutti quei soggetti che hanno scontato *normalmente* la pena<sup>272</sup>.

---

<sup>269</sup> Si veda PALAZZO F., *Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia*, in Riv. Pen. Contemporaneo, n. 4, 2017, pp. 5 e ss.

<sup>270</sup> Si osservino le osservazioni svolte da PALAZZO F., *Esecuzione progressiva e «benefici» penitenziari: che cosa conservare*, in Aa.Vv., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 154.

<sup>271</sup> GIUNTA C., *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1998, p. 418.

<sup>272</sup> PITTARO P., *L'effettività della sanzione penale: un'introduzione*, in AA. VV., *l'effettività della sanzione penale*, Milano, 1998, p. 7.



È evidente come la norma più che a intenti rieducativi venga ricondotta a finalità di controllo dell'istituzione carceraria e a esigenze deflative.

Certamente, in tal modo, si avrà il beneficio di far defluire una massa di detenuti ma al contempo è la pena a perderne in termini di certezza ed effettività.

V'è da chiedersi, pertanto, se lo spazio attualmente riconosciuto alle misure alternative al carcere nel sistema sanzionatorio penale, forse mai tanto ampio, stia davvero ad indicare l'approssimarsi del superamento della centralità del carcere o sia semplicemente un mero freno alla sua espansione, una via per ridurre gli eccessi dell'utilizzo della prigione.

Siamo dunque davanti alla necessità di avere una svolta del sistema sanzionatorio e il punto di partenza, sicuramente coraggioso, potrebbe essere quello per il quale «le pene “alternative” cessino di essere tali» per «essere concepite su un piano di parità – per così dire – con la detenzione, a somiglianza di quanto accade per la pena pecuniaria»<sup>273</sup>.

Un risultato che dovrebbe essere però, perseguito da una «politica criminale seria e legittima», ossia tesa al «rispetto delle scelte costituzionali sul senso e sui limiti del diritto penale come strumento di politica criminale»<sup>274</sup> Occorrerebbe, per queste ragioni, partire dalla consapevolezza dell'incapacità del diritto penale classico di svolgere le funzioni per le quali è nato e cercare di orientarsi verso un diverso modello di giustizia diretta.

---

<sup>273</sup> PALAZZO F., *La riforma del sistema sanzionatorio: le esperienze del passato e le prospettive future*, in *Le pene– riscrivere il codice penale*, Pacini Editore, Pisa, 2014., p. 77.

<sup>274</sup> MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., in *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, 1974, p. 470, citando Roxin.

## 1.1 Le statistiche sull'efficacia delle misure alternative e sui tassi di recidiva.

Finora per valutare il successo delle misure alternative si poteva fare riferimento quasi esclusivamente al numero di provvedimenti revocati. Il periodo di riferimento sui dati relativi alla revoca delle misure alternative parte dal 2012 dove su 45.978 misure applicate, sono state revocate il 6,90%; anche nel 2013 i dati percentuali mantengono lo stesso livello con una revoca pari al 6,60% su 50.673 misure in corso di esecuzione. Dal 2014 le revoche hanno subito un lieve ribasso, mantenendo comunque il livello sul 5% a fronte di un totale di misure applicate del 51.492%; dato simile nel 2015 in cui le revoche sono state del 5,92% e nel 2016 de 5,70%<sup>275</sup>.

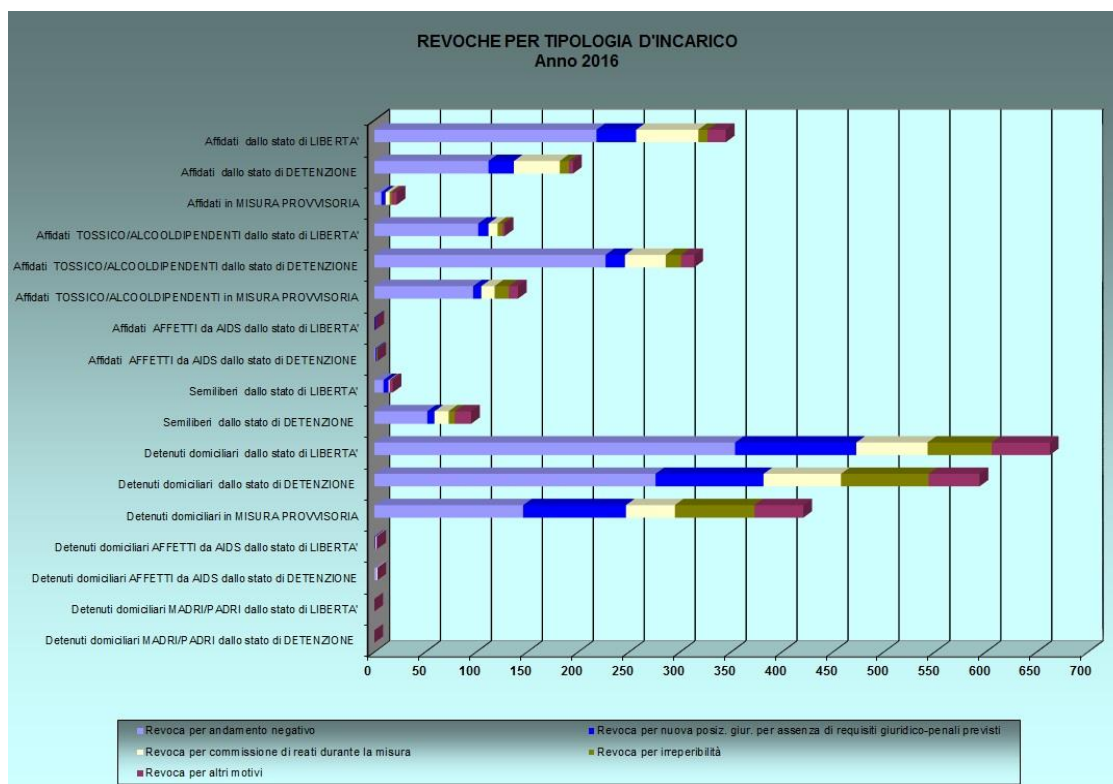


Grafico n.1 Misure alternative, revoche anno 2016

<sup>275</sup> I dati sono tratti dal Ministero della Giustizia, consultabili sul sito: <https://www.giustizia.it/giustizia/protected/1321162/0/def/ref/SST1320368/>.

Nel grafico n.1, si riporta la statistica relativa ai motivi di revoca e alla frequenza di revoca per tipologia d'incarico, riferita all'anno 2016. Leggendo il grafico, si mostra che il motivo più frequente di revoca è la tenuta di una condotta che viola i vincoli prescritti mostrando un andamento negativo della misura alternativa.

Meno frequenti sono i casi di irreperibilità dell'affidato che risultano quindi di scarsa rilevanza statistica.

Inoltre, se nel corso dell'esecuzione della misura sopravviene una nuova sentenza di condanna ad altra pena detentiva, che modifica la durata della pena e non sussistono più le condizioni per la prosecuzione della misura alternativa, la misura può essere revocata.

Nel novero del conteggio statistico sul fallimento delle misure alternative, si devono, quindi, escludere quei casi in cui la revoca avviene per una nuova posizione giuridica, poiché non denotano un comportamento negativo successivo all'inizio della misura.

Dai dati statistici, il numero delle revoche risulta, in conclusione, assai esiguo ma ciò è dovuto anche alla particolare prudenza da parte di quei soggetti che si sentono sotto osservazione fintanto che è in corso la misura e che tornano poi a delinquere come in passato quando cessa il rischio di revoca. I detenuti sottoposti a misure alternative tendono a confermarsi alle prescrizioni, non tanto perché effettivamente percepiscono il trattamento rieducativo ma, nella maggior parte dei casi, accade che il soggetto sottoposto a misura alternativa vuole solo evitare di tornare in carcere.

Il calcolo sulla buona riuscita delle misure alternative si delinea meglio se si guarda le statistiche relative al tasso di recidiva tra coloro che abbiano compiuto un percorso alternativo alla detenzione e coloro che sono passati direttamente dal carcere alla vita civile.

Il grafico n. 2 rappresenta i dati di uno studio molto approfondito<sup>276</sup>, che prende in esame 8.817 soggetti, casualmente scelti su 11.336 persone ammesse al beneficio dell'affidamento in prova al servizio sociale che nel 1998 hanno concluso il loro percorso. Di questi, a settembre 2005 solo 1.677 "sono risultati recidivi": il 19%. Come "recidivi" siano stati considerati solamente coloro i quali sono stati entro il settembre 2005 di nuovo condannati in via definitiva. Mentre colore tra coloro che non sono stati sottoposti a misure alternative, nel 68,45% dei casi considerati, torna a delinquere.

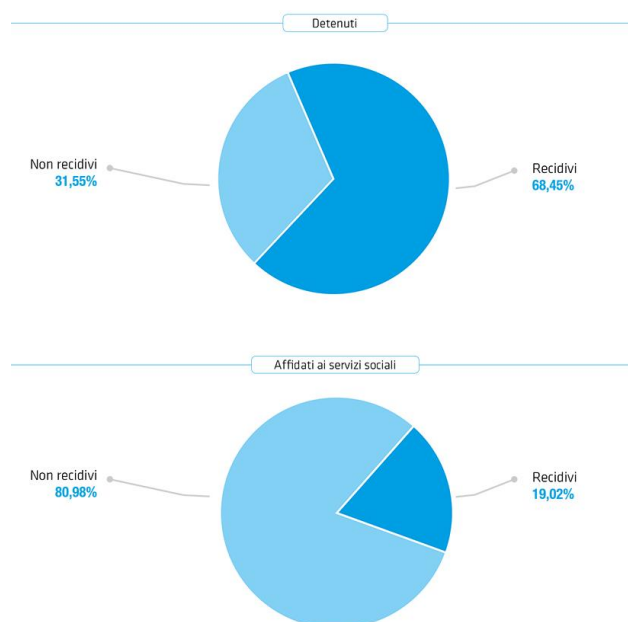


Grafico 2. Recidivi detenuti e affidati ai servizi sociali

Dall'indagine svolta si mostra come il nostro sistema penitenziario ha delle difficoltà a evitare che i detenuti, una volta rilasciati, tornino a delinquere; se sicuramente sono notevoli i risultati delle misure alternative, forse non sono ancora sufficienti.

Invero, le riflessioni sul tasso di recidiva indicano che il sistema carcerario – da solo – non basta a rispettare l'articolo 27 della Costituzione, secondo cui le pene devono "tendere alla rieducazione del condannato".

<sup>276</sup> I dati sono tratti dalla ricerca di LEONARDI F., *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale e abbattimento della recidiva*, in *Rass. Pen. Crim.*, n. 2, 2007, pp. 7 e ss.

## 2. *Un diverso ideale di giustizia: l'affermazione di modelli consensuali di risoluzione dei conflitti.*

La necessità sempre più avvertita di fronteggiare la crisi di legittimazione del sistema penale ha portato il progressivo affermarsi, anche nel nostro ordinamento, di forme alternative di giustizia mutuati dall'esperienza di paesi esteri, come la giustizia riparativa e in particolare, la mediazione penale.

Nei capitoli precedenti, si è avuto modo di analizzare le cause e le conseguenze della crisi generalizzata che coinvolge il sistema giuridico-penale, il quale, chiamato a rispondere ad una sempre maggior domanda di "giustizia", finisce per rendere la sanzione inefficace ed intempestiva, "polverizzando" difatti la tutela.

Ci si è soffermati tra le altre cose, sull'attribuzione al potere giudiziario di nuovi ruoli, con gravi rischi di tenuta delle garanzie dell'intero sistema: il momento produttivo del diritto, per rispondere alle nuove esigenze di tutela, si sposta infatti dal momento legislativo a quello della pronuncia sul conflitto.

Al contempo, è emerso che molti comportamenti e condotte capaci di suscitare allarme sociale, non sono adeguatamente filtrati dagli strumenti del controllo primario e provocano un'ulteriore esigenza di inasprimento dell'intervento penale che contribuisce ad aggravare la situazione.

In aggiunta, si è constatato che i disordini su cui il sistema sembra reggersi, come 'in una spirale perversa' hanno contribuito all'ulteriore caduta in termini di credibilità ed efficacia del controllo penale<sup>277</sup>; ciò ha aumentato non solo il senso di insicurezza collettiva ma anche il senso di impotenza della vittima, la quale grazie anche all'emergere della vittimologia come autonomo

---

<sup>277</sup> Sul punto, cfr. MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2000.

campo di conoscenza<sup>278</sup>, non può più avere un ruolo solo marginale nell'analisi della vicenda penale<sup>279</sup>.

Date tali premesse, è comprensibile che l'affermazione di modelli alternativi di giustizia sia vista da alcuni come una via d'uscita<sup>280</sup> che può rispondere ad esigenze garantistiche ma anche a ragioni pratiche e politiche.

Il paradigma della giustizia riparativa sembra costituire un'alternativa valida alla monocultura carceraria non solo nei suoi contenuti operativi, ma anche specialmente, nella sua ideologia di reazione al crimine: la “*Restorative Justice*” non è fondata sul cosiddetto “raddoppio del male” bensì sull'idea di una ricomposizione in qualche modo ‘personalistica’ di quel conflitto tra «vittima, reo e comunità per cercare una soluzione che promuova la riparazione, la riconciliazione e il senso di sicurezza collettivo»<sup>281</sup>.

Mentre il percorso compiuto dalla giustizia tradizionale ha, sino ad ora, separato reo e vittima, e ha reiterato sul reo il male prodotto dal reato, nella giustizia riparativa, invece, il primo passo è incontrarsi per favorire il dialogo e iniziare a camminare per dar corpo a positività partendo dagli effetti distruttivi del reato<sup>282</sup>.

Il «riparare» tende a favorire le assunzioni delle responsabilità personali e collettive al fine di reinserire sia il colpevole, sia la vittima –

---

<sup>278</sup> In argomento, ROXIN C., *Risarcimento del danno e fini della pena*, in Riv.it.dir.proc.pen., 1987, p. 9, considera: «L'interesse per la vittima, fino ad oggi scarsamente considerata dal diritto penale, ha conosciuto nel dibattito degli ultimi anni una rinascita senza confronto. Le ragioni sono molteplici: la forza esemplare del movimento che in America si batte a favore del risarcimento, la delusione per gli scarsi risultati ottenuti in sede di trattamento risocializzante degli agenti di reato e soprattutto l'ascesa della vittimologia a ramo scientifico autonomo. A ciò si aggiunge la crescente consapevolezza dell'ingiustizia sociale di un sistema punitivo che trascuri del tutto gli interessi della vittima».

<sup>279</sup> ROXIN C., *La posizione della vittima nel sistema penale*, in Ind. pen., 1989, pp. 5 e ss.

<sup>280</sup> In merito EUSEBI L., *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, in “*Diritto penale e processo*”, 2013, n. 5, p. 527, scrive: «Il paradigma compensatorio intende opporsi da subito all'idea della sanzione come unica risposta possibile al fenomeno criminale e alla confusione operata dal modello riabilitativo tra prevenzione, rieducazione e repressione, proponendo quale obiettivo irrinunciabile dell'intervento penale la restaurazione del legame sociale attraverso la riparazione del danno subito dalla vittima.»

<sup>281</sup> HOWARD Z., *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Herald Press, Scottsdale, 1990, cit., p. 181.

<sup>282</sup> MANNOZZI G., LODIGIANI G. A. (a cura di), *Ricostruire legami, ricostruire persone*, p. 22.

perché anche la vittima ha bisogno di essere reinserita – nell’ambito del tessuto sociale<sup>283</sup>.

La “*Reparative Justice*” così intesa, vuole rinunciare ad essere un modello filosofico astratto e superare il limite insito nella pena tradizionale: il paradigma riparativo si propone di uscire dall’astratta universalità della norma penale per provare a risolvere specificamente caso per caso nella loro concreta realtà.

Bisogna però, tenersi lontani da qualsiasi idealismo che l’utilizzo di modelli alternativi potrebbe suscitare.

L’introduzione di tecniche consensuali per regolamentare i conflitti può certamente, costituire una risposta efficace sul piano pratico, ma necessita di un intervento legislativo in materia, che ne istituzionalizzi l’applicazione.

Partendo dal presupposto della diversità di obiettivi, metodologie e tecniche che intercorre tra il sistema tradizionale di giustizia penale e quello di giustizia riparativa, si pone il problema di stabilire se il recepimento di tali strumenti e tecniche rischi di introdurre elementi di ‘incoerenza’ nelle strutture formali del sistema di giustizia penale<sup>284</sup>.

Dalla prima esperienza di mediazione<sup>285</sup> si sono riscontrati notevoli problemi dovuti all’incontro tra pratiche informali e la rigida struttura del diritto.

Si tratta quindi, di comprendere se la giustizia riparativa operi con mezzi e strumenti che siano compatibili e coerenti con i principi costituzionali

---

<sup>283</sup> Per approfondire l’orizzonte di queste riflessioni è utile consultare MORINEAU J., *Lo spirito della mediazione*, Angeli, Milano, 2003.

<sup>284</sup> D’AMATO S., *La giustizia riparativa tra istanze di legittimazione ed esigenze di politica criminale*, in *archivio penale* 2018, n.1, p. 7.

<sup>285</sup> Ci si riferisce al c.d. “esperimento di *Kitchener*”, nell’Ontario all’inizio degli anni ’70, dove alcuni educatori proposero al giudice che aveva condannato due ragazzini, responsabili di aver danneggiato – sotto l’effetto di sostanza alcoliche – diverse abitazioni del paese, un programma di probation diverso dal solito.

in tema di funzione della pena e di garanzie individuali di diritto penale, sostanziale e processuale<sup>286</sup>.

Nel solco di quanto abbiamo affermato, proviamo a presentare la giustizia riparativa con un percorso a ritroso: dalle sue radici storiche e socio-criminologiche, analizzeremo le virtù e i vizi dei processi riparativi, per giungere a comprendere se la giustizia riparativa possa essere intesa come vettore di integrazione sociale ed essere un'alternativa efficiente in termini di risocializzazione del reo.

## 2.1 Origine e definizione del concetto di “Restorative Justice”

Quando si guarda con tanta speranza il futuro non può prescindersi da uno studio approfondito del passato; è per questo che per valorizzare il modello di giustizia riparativa ed aumentare la credibilità bisogna partire dalle “radici antiche”<sup>287</sup>.

Invero tratta di un modello non del tutto originale<sup>288</sup>, che a tratti presenta aspetti molto affini a modelli penali premoderni.

Si è parlato della *Restorative Justice* come un fenomeno giusfilosofico, presente a livello internazionale, che sotto il profilo cronologico «precede» e «segue» la giustizia penale modernamente intesa<sup>289</sup>.

---

<sup>286</sup>Per i quali v. MOCCIA S., *La mediazione come alternativa alla sanzione penale*, in *Mediazioni, conflitti e società complesse. Atti del Convegno Internazionale*, a cura di Ferrara, Pucciarelli e Troisi, Avellino, 2006, pp. 41 e ss.

<sup>287</sup>Sul punto VEZZADINI S., *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, Bologna, Clueb, 2006, p. 140, ad esempio fa riferimento ad il Codice di UrNammu, presso i Sumeri, che utilizzava forme di riparazione specialmente nei casi gravi, come i crimini violenti contro le persone, mentre GATTI U., MARUGO M. I., *La vittima e la giustizia riparativa*, in G. PONTI (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 87, scrivono del Codice di Hammurabi (1700 A.C.), che prevedeva delle forme di restituzione per alcuni reati contro la proprietà.

<sup>288</sup>A tal proposito è d'uopo riportare una citazione di COSI G., *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, Milano, Giuffrè, cit., p. 22 s.: «In fondo, dopo due secoli di formalizzazione e statalizzazione, ogni istanza di nuovo “informalismo” non può che conservare che i segni originari dei sistemi giuridici dalla cui crisi discende e quasi seguendo le oscillazioni di un pendolo, l'informalismo cerca di formalizzarsi, mentre i sistemi di giustizia ufficiali tendono a produrre periodicamente pratiche informali»



Infatti, manifestazioni riconducibili al concetto di *Restorative Justice* si rivengono già nell'antica civiltà semitica dove sorgeva il problema di definire il rapporto tra la giustizia e le diverse forme nelle quali essa veniva esercitata e, in modo particolare, c'erano alcuni istituti giuridici-ebraici<sup>290</sup> che si preoccupavano di dare responsabilità a colui che aveva commesso il reato per poterlo reinserire in modo pieno della società.

In altre antiche culture come quella greca e non da ultimo in quella cristiana<sup>291</sup> si ritrovano diverse modalità di soluzione informale dei conflitti di tipo conciliativo.

Nel periodo medievale è l'esperienza germanica a offrire una "giustizia penale negoziata"<sup>292</sup> che attraverso accordi tra vittima e reo risolveva i conflitti e di ristabiliva gli equilibri violati.

Non priva di aspetti vendicativi e catartici, la giustizia penale negoziale con i suoi strumenti – accordi, transazioni, mediazioni, fideiussioni, reintegrazioni – era finalizzata a proteggere la comunità e arginare l'ingerenza dei pubblici poteri.

Con il finire del Medioevo, la "*Restorative Justice*" ha subito un brusco arresto poiché, con l'affermarsi dell'assolutismo regio, muta il concetto di crimine, non più inteso come lesione di un individuo nei confronti di un altro bensì come offesa alla lesa maestà del sovrano che ha il potere di reprimere qualsiasi oltraggio rivolto al potere politico e divino<sup>293</sup>.

Anche l'affermarsi dello Stato moderno segna il definitivo declino di soluzioni conciliative concrete per accentrare il potere nelle mani pubbliche e con l'arrivo della codificazione, dopo la rivoluzione francese, viene

---

<sup>289</sup> Cfr. in proposito MANNOZZI G. – LODIGIANI G.A. (a cura di), *Giustizia riparativa, Ricostruire legami, ricostruire persone*, il Mulino, Bologna, 2015, p. 23.

<sup>290</sup> Sul tema LODIGIANI G. A., *La prospettiva del rendere giustizia nel canone scritturistico ebraico - cristiano*, in *Themis - Rivista giuridica*, n. 3, 2011, pp. 41 e ss.

<sup>291</sup> Per quanto riguarda l'esperienza biblica segnaliamo BOVATI P., *Vie della giustizia secondo la Bibbia. Sistema giudiziario e procedure per la riconciliazione*, EDB, Bologna, 2014.

<sup>292</sup> SBRICCOLI M., *Giustizia criminale*, in *Storia del diritto penale e della giustizia in Europa*, I, 2009, p. 4.

<sup>293</sup> MOCCIA S., *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Editoriale scientifica, Napoli, 1988.

definitivamente bandita ogni pratica negoziale di risoluzione della controversia<sup>294</sup>, in un’ottica di realizzazione di finalità astrattamente egualitarie.

Solo con l’espandersi della globalizzazione e di uno spiccato pluralismo valoriale<sup>295</sup> ritorna l’esigenza di preservare gli equilibri di comunità diverse ma sempre più interdipendenti tra loro; per questo a partire dagli anni ’50 del secolo scorso si è rimesso in moto il processo di affermazione e diffusione dei modelli di *Restorative Justice*.

Un apporto significativo è stato offerto anche dall’antropologia giuridica nei primi anni ’70, dove i primi studi basati sulle piccole comunità africane o centroamericane, supposero un ritorno paradigmi alternativi alla risposta penale tradizionale, o comunque a forme privatistiche di composizione del conflitto “in una recuperata filosofia di riappropriazione di valori comunitari e di politiche di prossimità”<sup>296</sup>.

Il tema ha guadagnato poi un rilievo sempre maggiore nell’ambito del dibattito internazionale fino ad essere riconosciuto anche normativamente: l’attenzione delle organizzazioni sovranazionali vi si è rivolta, a partire dagli anni Ottanta soprattutto, in coincidenza con un’evoluzione del procedimento penale sempre più “vittimo-centrico”<sup>297</sup>.

---

<sup>294</sup> Cfr., ROXIN C., *Risarcimento del danno e fini della pena*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1987, n. 1, 6.

<sup>295</sup> Si rimanda alle considerazioni svolte sul tema a BAUMAN Z., *La solitudine del cittadino globale*, Feltrinelli, Milano, 2000. In quest’opera Bauman analizza le conseguenze delle politiche neoliberiste, che a partire dagli anni Ottanta, hanno alimentato lo sgretolamento delle relazioni sociali, facendo prevalere la libertà individuale a scapito di quella collettiva.

<sup>296</sup> Per approfondimenti sul tema si veda MANNOZZI G., *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, Milano 2003, pp. 30 e ss. Negli studi condotti si evidenzia come in molte società africane si sono sperimentate modalità di risoluzione dei conflitti “informali, quasi-legali”, che coinvolgono la comunità e si concludono con atti anche simbolici che testimoniano l’avvenuta pacificazione. Come è emerso in questi studi, le procedure non giurisdizionali di composizione della controversia sono più facili da gestire e applicare nelle società semplici, caratterizzate da un livello di coesione interna maggiore. Nelle società complesse, questi modelli possono coesistere con le procedure tipiche dell’ordine imposto dalla giustizia statale, purché tuttavia si rispetti una cornice di diritti e di garanzie irrinunciabili, in proposito si vedano le riflessioni svolte in MANNOZZI G. – LODIGIANI G.A., *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 91.

<sup>297</sup> MANNOZZI G., *ult. op. cit.*, pp. 23 e ss.

La ricerca di strumenti non giudiziari per risolvere i conflitti penalmente rilevanti è stata oggetto anche di un preciso riconoscimento dell'ONU, nonché del Consiglio d'Europa.

Un esempio esplicito si trova all'art. 11 delle Regole Minime per l'Amministrazione della Giustizia Minorile adottate dall'Assemblea Generale dell'ONU a Pechino nel 1985, che auspica il ricorso alla *diversion* processuale in ogni stato e grado del procedimento per il minore ammissibile, al fine di ridurre gli esiti negative della pena detentiva.

Anche in ambito europeo<sup>298</sup>, si fa espresso riferimento a procedure conciliative, pratiche di mediazione e al diritto della vittima alla riparazione.

Dopo aver tratteggiato sommariamente il panorama storico della *Restorative Justice*, è essenziale nell'economia dell'elaborato, occuparsi preliminarmente della questione definitoria relativa al *nomen* del sistema sanzionatorio.

Invero, rinvenire una definizione univoca del concetto di *Restorative Justice* è tutt'altro che agevole sia per il carattere informale della medesima sia per le diverse tecniche adottate nei molteplici ordinamenti che la adoperano; le ambiguità sono dovute anche alle difficoltà che si incontrano dovendo trasportare il concetto di "*Restorative Justice*" in ordinamenti diversi da quelli di *Common Law*, in cui è nata, i quali data la loro struttura frammentaria e deregolamentata, rappresentano un terreno più fertile per lo sviluppo di una giustizia flessibile.

Le difficoltà etimologiche non diminuiscono nella prospettiva etimologica; nemmeno per quanto riguarda la traduzione italiana del termine in effetti c'è concordanza tra gli interpreti dal punto di vista lessicale.

---

<sup>298</sup> Una pietra miliare in materia è la Decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (2001/220/GAI del 15 marzo 2001), antecedente alla Direttiva 2012/29/UE con cui gli Stati membri, oltre a definire il concetto e i diritti della vittima, convengono che la mediazione nelle cause penali è la ricerca, «prima o durante il procedimento penale, di una soluzione negoziata tra la vittima e l'autore del reato con la mediazione di una persona competente»

Il primo filosofo italiano che ha adottato il termine «Giustizia riparatrice» è stato Giorgio del Vecchio, nell'opera «La Giustizia» del 1923. Il filosofo si riferiva ad una risoluzione consensuale del conflitto, ma quando il termine è stato poi tradotto in inglese, l'espressione adoperata è stata "*Reparative Justice*", che evocava una riparazione meramente economica differente da come il filosofo l'aveva intesa.

Nonostante la dottrina anglosassone sia stata ampiamente influenzata nella ricostruzione dell'ideale di "*Restorative Justice*" dalle idee di del Vecchio, oggi alla traduzione "Giustizia riparatrice" si è imposto in modo prevalente l'utilizzo dell'espressione "Giustizia riparativa".

Secondo alcuni autori<sup>299</sup> in ambito strettamente penalistico, l'espressione "*Restorative Justice*" risale al 1958 quando Albert Eglash utilizzò queste parole per distinguere una forma di giustizia – basata sulla *creative restitution* – dalla "*Retributive Justice*" e dalla "*Distributive justice*" – basata l'una sulla pena afflittiva e l'altra sul trattamento terapeutico.

Le molte traduzioni del termine hanno alimentato il dibattito intorno al significato di "giustizia riparativa" che resta ancora poco chiaro e caratterizzato da forti contrapposizioni.

Le prospettive intorno al tema sono assai divergenti, per questo i sostenitori della giustizia riparativa si propongono di individuare nel modo più preciso possibile i contorni della definizione, per evitare possibili contaminazioni con pratiche ad essa estranee<sup>300</sup>.

In dottrina si possono rinvenire differenti definizioni a seconda di quale sia la prospettiva di analisi prescelta.

---

<sup>299</sup> Tra tutti si veda BLUME LEONARD P., *An Introduction to Restorative Justice*, in BECK E., KROPF N.P., BLUME LEONARD P. (ed. by), *Social Work and Restorative Justice*, Oxford, University Press, 2011, pp. 31 e ss.

<sup>300</sup> PARISI F., *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione. Considerazioni a partire dai risultati intermedi di un progetto di ricerca europeo sulla protezione della vittima*, in Riv. Penale contemporaneo, n. 3, 2014, evidenzia come: «una scelta definitoria precisa avrebbe il pregio di includere nel concetto di giustizia riparativa una serie di attività riparative dell'autore che rientrano in realtà nell'orbita della giustizia tradizionale, la quale, da sempre, attribuisce valore alle condotte volte ad attenuare o ad eliminare le conseguenze del reato».

Anzitutto, si ritrovano definizioni distinte in base ai destinatari come quelle orientate sulla vittima del reato che definiscono la “*Restorative Justice*” come giustizia che cerca di sanare il male arrecato dal reo alla vittima e/o alla comunità<sup>301</sup>.

Altre definizioni sono prettamente orientate invece esclusivamente sulla comunità<sup>302</sup> in cui è stato commesso il reato. In questo senso alla comunità si assegna la funzione di riappacificazione e di “collante” tra il reo e il suo gruppo sociale, in quanto ricuce il legame spezzato dal reato.

Vi sono poi, definizioni che si basano sui contenuti e sulle modalità di riparazione. Una definizione che ha avuto molto fortuna tra gli studiosi è: “*Restorative Justice*” come «*a process whereby parties with a stake in a specific offence collectively resolve how to deal with the aftermath of the offence on its implication for the future*»<sup>303</sup>.

In questa accezione la “Giustizia riparativa” intesa come processo, realizza le sue finalità non tanto nel fine, ma nel mezzo attraverso cui viene realizzata la soluzione del conflitto: le parti, una volta prestato il consenso, si presentano dinanzi ad un mediatore per decidere insieme come gestire le conseguenze del reato.

Ciò che è rilevante, non è tanto l’esito in sé – che può essere anche una riparazione meramente simbolica – ma le modalità procedurali attraverso cui le parti con un percorso condiviso sono arrivate alla riparazione.

---

<sup>301</sup> Con particolare attenzione al ruolo della vittima MANNOZZI G., *La giustizia senza spada*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 47.

<sup>302</sup> Per una riflessione sul ruolo della comunità si veda l’approfondita analisi di REGGIO F., *Giustizia dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice*, Angeli, Filosofia del diritto, 2010, pp. 90 e ss., il quale elenca molteplici ruoli della community: vittima del reato, soggetto cointeressato alla risposta al reato, fonte di individuazione dei comportamenti che il diritto è chiamato a sanzionare, vero titolare del conflitto sociale, tessuto di relazioni sociali.

<sup>303</sup> «Le pratiche di ‘restorative justice’ rappresentano un processo in cui le parti che rivendicano una specifica offesa la risolvono collettivamente per condurre all’affermazione dell’offesa nelle sue implicazioni per il futuro», liberamente tradotta dal testo di MARSHALL T. F., *Restorative Justice. An Overview*, London, Home Office, Information & Publications Group, Research Development and Statistics Directorate, 1999. La definizione è stata ripresa dai vari autori, tra tutti si veda CERTOSINO D., *Mediazione e giustizia penale*, Cacucci Ed., Bari, 2015, p 37.

Purtroppo, la “*Restorative Justice*” come “*process-based view*”<sup>304</sup> nasconde un grande limite: aver previsto l’obbligo di un processo esclusivamente consensuale non tiene conto dei casi in cui le parti, pur volendo giungere ad un accordo, hanno motivi validi per non volere assolutamente un contatto in quanto non vogliono incontri, per esempio come spesso può accadere nei reati di stupro.

In questo senso, “*process-based view*” ha un ambito troppo ristretto che non permette di includere tutte le forme di giustizia riparativa che prescindono da una partecipazione diretta incontro di vittima ed offensore.

Alcuni autori<sup>305</sup> hanno così preferito alla dimensione processuale della “Giustizia riparativa”, accogliere una visione molto più pragmatica che si incentra sull’aspetto obiettivo della riparazione.

In questa concezione, il processo non ha valore in sé, ma lo assume in prospettiva dell’obbiettivo materiale a cui mira, il quale è rappresentato primariamente dalla riparazione, accolta nella sua accezione più ampia.

L’attenzione è focalizzata sull’esito da raggiungere a tal punto che spinge ad includere in quest’accezione di Giustizia riparativa, tutte le azioni che possano servire alla sua realizzazione: si includono anche forme coattive in cui manca la volontarietà, purché si giunga alla riparazione. Si tratta di portare questo modello di giustizia ad una visione massimalista<sup>306</sup> che non

---

<sup>304</sup> Oltre MARSHALL T., *ult. op. cit.*; sostenitore del modello di “Giustizia riparativa” come processo anche MC COLD P., *Toward a Holistic Vision of Restorative Juvenile Justice: A Reply to the Maximalist Model*, in *Contemporary Justice Review*, 2000, pp. 357 e ss, si sostiene una concezione “purista”, incentrata tale modello di giustizia sul processo riparativo, il quale deve essere integralmente estraneo a quello tradizionale, soprattutto deve rifiutare ogni forma di coazione e valorizzare il momento del consenso puramente volontario e informale.

<sup>305</sup> Si veda tra tutti WALGRAVE L., *Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice*, in *Washington University Journal of Law and Policy*, 36, 2011, p. 564. Walgrave adotta un concetto outcome-based di Giustizia riparativa.

<sup>306</sup> WALGRAVE L., in *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, Cullompton (Devon), Portland (Oregon), Willan Publishing, 2008, p. 21 sostiene la concezione “massimalista” di restorative justice e la definisce come “un’opzione nel fare giustizia, a seguito della commissione di un reato, che è primariamente orientata alla riparazione del danno individuale, relazionale e sociale causato da quel fatto criminoso”. Walgrave afferma di preferire percorsi e soluzioni consensuali ma se non risultano esaustivi, si può ricorrere alla sanzione penale, o, addirittura, a forme di imposizione della riparazione.

sfugge alle critiche<sup>307</sup> di chi ne intravede un tradimento dell'essenza stessa della giustizia riparativa.

Allo stesso modo, pragmaticamente, si può sostenere che raggiungere una riparazione parziale è meglio che non raggiungerla affatto.

All'interno della giustizia riparativa si possono poi ulteriormente distinguere tre diverse concezioni: la *reparative conception*, *encounter conception* e la *transformative conception*.

Ognuna di queste concezioni fa prevalere un aspetto differente.

La concezione orientata alla riparazione ritiene, invece, che l'unico modo per sanare la lesione sia tramite la riparazione, che deve iniziare con un dialogo, sempre consensuale della vittima.

L'*encounter conception* identifica la *Restorative justice* con pratiche "democratiche" in cui le parti devono incontrarsi sempre al fuori del sistema formale di giustizia e saranno i protagonisti dell'incontro, lasciando in secondo piano la posizione del mediatore. In quest'ultimo caso si privilegia il momento dell'incontro, a prescindere dall'esito.

Gli obiettivi più ambiziosi, infine, sono quelli della concezione orientata alla trasformazione che individua il fine della giustizia riparativa nel "trasformare il modo in cui ciascuno di noi comprende sé stesso e si relaziona con gli altri nella vita quotidiana"<sup>308</sup>.

Il presente studio si è limitato a menzionare le diverse concezioni, ma il quadro tratteggiato che non pretende di considerarsi esaustivo era necessario affinché risultasse chiaro, che il modello di giustizia riparativa presenti molteplici modalità di attuazione che si propongono di giungere però, alla realizzazione di uno scopo comune: riparare il torto subito e il danno provocato, tenendo conto dei bisogni delle parti coinvolte, compresa la società

---

<sup>307</sup> Contrariamente si veda MAZZUCATO C., *Ostacoli e "pietre di inciampo" nel cammino attuale della giustizia riparativa in Italia*, in *Giustizia riparativa*. Ricostruire legami, ricostruire persone, MANNOZZI G.– LODIGIANI G. A., (a cura di), Bologna, 2015, p. 129.

<sup>308</sup> Tra i vari autori, sostenitori della trasformazione si veda JOHNSTONE G., *The Agendas of the Restorative Justice Movement*, in MILLER H.V. (ed. by), *Restorative Justice: from Theory to Practice*, Bingley, Emerald JAI, 2008, cit., p. 59.

e ridurre anche la dimensione afflittiva delle sanzioni, attenuando la prospettiva carcerocentrica.

## 2.2 *La mediazione tra le tradizionali forme di giustizia riparativa.*

La diversità dei contesti di recepimento della giustizia riparativa ha ampliato notevolmente il catalogo delle pratiche riconducibili al suo alveo.

Nell'economia del presente elaborato possiamo limitarci a ricondurre le forme di giustizia riparativa a tre modelli di riferimento, qualificati tali dalla unanime dottrina<sup>309</sup> e indicati anche dalla Risoluzione delle Nazioni Unite del 2002 e dalla Direttiva 2012/29/UE.

Ci si riferisce a tre istituti: la mediazione (*Victim - Offender Mediation*), il *family group conferencing* e il *circle*. Essi rappresentano un percorso graduale, che partendo dal coinvolgimento della vittima e del reo, ampliano, di volta in volta, i soggetti coinvolti nella risoluzione del conflitto.

Tra queste modalità attuative, particolare interesse ha suscitato, nel tempo, la pratica della mediazione che si è ritrovata a svolgere un ruolo primario per la sua ampia diffusione nel contesto europeo, tanto da essere spesso confusa con il concetto stesso di giustizia riparativa.

Con il termine “mediazione” - dal latino *mediare*, stare nel mezzo - si intende, letteralmente, un'attività di interposizione tra più parti ovvero l'«azione svolta da terzi per il raggiungimento di un incontro e di un accordo»<sup>310</sup>.

---

<sup>309</sup> Cfr., REGGIO F, *Giustizia dialogica*, cit., 30 ss.; MANNOZZI G., *La giustizia senza spada*, cit., 134 ss.; ancora BONAFE'S. – SCHMITT J. P., *La Médiation: un Justice Douce*, Paris, Syros Alternative, 1992, p. 23.

<sup>310</sup> DEVOTO, OLI, *Dizionario della lingua italiana*, Milano, 2012, 1679. Anche CERETTI da una definizione di mediazione, scrivendo che «è l'attività in cui una parte terza e neutrale aiuta due o più soggetti a capire il motore, l'origine del conflitto che li oppone, a confrontare i propri punti di vista e a trovare una soluzione sottoforma di riparazione simbolica prima ancora che materiale» CERETTI A., *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1997, cit., 91 ss.



Dal punto di vista funzionale essa si sostanzia infatti, nell'intervento di un terzo che tenta di attivare una comunicazione per un confronto tra parti che vivono una situazione conflittuale»<sup>311</sup>.

L'incontro tra vittima e autore non è però diretto al mero risarcimento economico-materiale, ma piuttosto alla valorizzazione degli aspetti comunicativo-relazionali tra i soggetti in conflitto e, quindi, alla ricostruzione dei legami sociali recisi dal reato<sup>312</sup>.

Solitamente gli incontri avvengono in luoghi informali con la presenza di un mediatore equo e imparziale, che non dispone di poteri autoritativi<sup>313</sup> e diversamente dal giudice che “decide senza necessariamente pacificare”, il mediatore ha il compito di “pacificare senza decidere”<sup>314</sup> ricostruendo uno spazio dialogico, in cui il reo riconosce le proprie responsabilità e ripara il danno mentre la vittima si apre al confronto.

La proposta di mediazione può arrivare dal magistrato, dai servizi sociali o anche direttamente dalla vittima e dall'autore. Dopo la segnalazione, si controllano se sussistono le condizioni di fatto, prima tra tutti la reperibilità delle parti; se ne accerta poi la disponibilità a prestare volontariamente il consenso per partecipare alla mediazione. Elemento imprescindibile per instaurare la mediazione è proprio l'aspetto consensuale.

---

<sup>311</sup> Sul punto si rimanda alla trattazione di MOCCIA S., *Mediazione, funzione della pena e principi del processo*, in *Rassegna di dottrina*, n. 4, 2004, pp. 344 e ss. Secondo Moccia la mediazione non costituisce una forma alternativa alla giustizia tradizionale, perché è orientata a realizzare un fine diverso: non ha come immediato obiettivo la realizzazione dell'ordine sociale ma solo di sanare la frattura di quello specifico conflitto.

<sup>312</sup> Cfr. D'AMATO S., *la giustizia riparativa*, cit., p. 11; sul tema MOCCIA S., *Mediazione, ult. op. cit.*, p. 345, in cui si veda la mediazione come «un processo dinamico, che muovendo da una situazione conflittuale ma non mira ad accertare un fatto, ma piuttosto parte dall'accertamento di un fatto di reato, per creare una nuova situazione fattuale, cioè la costruzione di spazio dialogico-comunicativo tra parti confliggenti»; altresì FIANDACA G., *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune (2001)*, in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002, p. 152, rimuovere il conflitto sotteso o sorto dal reato, inteso “non come mero ente giuridico o accadimento statico, bensì come fatto dinamico e «relazionale»”

<sup>313</sup> In proposito FIANDACA G., *La giustizia minorile, ult. op. cit.*, p. 152.

<sup>314</sup> Sul punto CERTOSINO D., *op. cit.*, Bari, 2015, p. 69.

Una volta accertata la fattibilità, ci sono prima incontri individuali con il mediatore, in cui si ascoltano le differenti versioni dei fatti, preparando sia la vittima che il reo a stare “faccia a faccia”.

Segue, quindi, la mediazione in senso stretto, ovvero l’incontro tra la vittima e l’autore che può portare a diversi esiti: a volte l’esito positivo è solo il dialogo, altre volte si giunge alle scuse formali o in altri casi vi sarà un accordo sulle prestazioni riparatorie a favore della vittima o della comunità.

Il raggiungimento dell’accordo è solo eventuale, essendo più importante il processo in sé, come percorso per ricostruire il legame tra vittima e reo e in generale le relazioni sociali.

La mediazione quindi si può definire come un processo di conoscenza reciproca che, avendo come presupposto una contrapposizione, mira a «far evolvere dinamicamente una situazione problematica, a far aprire canali di comunicazione che si erano bloccati»<sup>315</sup>. La riparazione del danno, così come proposta da alcuni studiosi, avrà un ruolo notevole, quale fattore di ristabilimento della pace individuale turbata dal reato<sup>316</sup>.

Per quanto attiene alle conseguenze penali e processuali della mediazione varieranno a seconda che sia stata utilizzata come alternativa al processo o come alternativa alla sanzione o, infine, sanzione alternativa<sup>317</sup>.

È chiaro che le peculiarità dei procedimenti di mediazione così come anche l’imprescindibile consenso delle parti e l’incertezza circa la

---

<sup>315</sup> Cfr. CERETTI A., *Mediazione: una ricognizione filosofica*, pp. 21 e ss. Nei suoi studi si sottolinea l’importanza di «pensare alla mediazione non come a una modalità capace di attivare ‘speranze messianiche di cambiamento e redenzione’, ma semplicemente come a una modalità cognitivamente più aperta e disponibile rispetto a quella che conduce alla sanzione».

<sup>316</sup> Cfr. ROXIN C., *Risarcimento del danno e fini della pena*, p. 11.

<sup>317</sup> Cfr. D’AMATO S., *la giustizia riparativa*, cit., p. 16: «Nel sistema penale minorile, ad esempio, l’esito positivo potrà essere il presupposto per la pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, ex art. 27 D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, per la dichiarazione di estinzione del reato ex art. 29 dello stesso D.P.R.67 o, nell’ipotesi in cui il giudice ritenga di dover procedere al giudizio, la mediazione potrà rivelarsi utile ai fini della concessione del perdono giudiziale»; vedi anche MOCCIA S., *Mediazione*, p. 346 in cui si sofferma su casi di mediazione nel procedimento ordinario davanti al giudice di pace: art. 29 del d.lgs n. 274 del 2000 che prevede un tentativo di conciliazione tra querelante e querelato; vedi anche casi menzionati all’art. 34 e 35 del medesimo decreto.

realizzazione degli obiettivi rappresentano un limite per l'attuazione della mediazione.

Al contempo, l'incertezza che presenta la mediazione non è dissimile rispetto a quella che aleggia intorno al concetto di rieducazione, sottolineato dall'utilizzo da parte del legislatore del verbo «tendere».

In ogni caso la mediazione mirando a superare un'ottica di regolamentazione meramente repressiva dei fatti cosiddetti di devianza per affermare modelli politico-criminali alternativi, ha più possibilità di raggiungere l'integrazione sociale.

Inoltre, se attuato con precisione, l'istituto, avrebbe le caratteristiche per «divenire un efficace mezzo di politica criminale preventiva, in quanto diretta ad incidere sulle connotazioni di esclusione, separazione e segregazione che connotano, di regola, l'intervento statale in termini di diritto penale»<sup>318</sup>.

Il problema concreto che si pone in particolare per i processi di mediazione, è il rapporto con il processo penale tradizionale, problematica che ci si propone di approfondire nel prosieguo della trattazione.

Differentemente dalla mediazione, gli altri due modelli di giustizia riparativa, il *family group conferencing* e il *circle* presentano una struttura aperta anche ad altri soggetti diversi dalla vittima e dal reo<sup>319</sup>.

Il *conferencing* o anche detto “dialogo allargato ai gruppi parentali”<sup>320</sup>, nasce in Nuova Zelanda<sup>321</sup> per ragioni legate all'influenza della cultura maori per le quali la famiglia e la comunità, “non sovrasta il singolo – come avviene nel rapporto istituzioni-individui – bensì enfatizza l'importanza delle relazioni tra soggetti nella costruzione delle personalità individuali”, rivestono un ruolo

---

<sup>318</sup> MOCCIA S., *Mediazione.*, p. 374.

<sup>319</sup> Il *conferencing* ed i *circles* sono definiti da MCCOLD P. – WACHTEL T., *In Pursuit of Paradigm*, 2003, in <http://www.realjustice.org/articles.html?articleId>, come “completamente riparativi”, perché includono anche la comunità tra i destinatari dell'intervento, insieme al reo ed alla vittima, mentre la mediazione costituirebbe un approccio solo “principalmente riparativo”.

<sup>320</sup> CERTOSINO D., *Mediazione e giustizia penale*, p. 73.

<sup>321</sup> SPRICIGO B., *La giustizia riparativa nel sistema penale e penitenziario in Nuova Zelanda e Australia: ipotesi di complementarità*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2015, p. 1941.

di singolare importanza, capace di favorire la maturazione psicologica dell'offensore.

Nel *conferencing* la caratteristica principale è il coinvolgimento nel dialogo anche delle vittime cosiddette "secondaria", ossia tutti i soggetti che sono stati toccati dal reato. In tale categoria si possono includere persone che sono legati affettivamente sia alla vittima che al reo, oppure per esempio soggetti che hanno sostenuto l'autore nel compimento del reato.

In alcuni casi, è possibile che partecipi anche un rappresentante delle istituzioni come un'insegnante, un membro di un'associazione o agenti di polizia al fine di aiutare a gestire il conflitto. L'accordo a cui si giunge deve ricevere il consenso di tutti i partecipanti e il mediatore<sup>322</sup>, in questo caso, può anche proporre soluzioni che possano comporre le posizioni dei diversi soggetti.

A differenza di quanto accade nel modello della mediazione tradizionale, in cui è obbligatoria la presenza della vittima per svolgere il processo, nel *conferencing* la vittima partecipare delegando una persona di fiducia o semplicemente decidere di assentarsi<sup>323</sup>. Ciò è motivato dal fatto che l'incontro ha come obiettivo principale quello di concentrarsi sull'assunzione di responsabilità del reo più che sulla riparazione.

La terza forma tipica di giustizia riparativa è il *Circle*, diffuso in Nord America<sup>324</sup>, soprattutto in Canada e pressoché sconosciuto in Europa.

Si traduce in italiano con il termine "dialogo riparativo"<sup>325</sup>, il *Circle* comporta il massimo ampliamento dei soggetti coinvolti in una sorta di

---

<sup>322</sup> Nelle pratiche del *conferencing* e del *circle* si parla per lo più di facilitatore, quale persona terza e imparziale, dotata di un'approfondita preparazione tecnica, il quale ha il compito di mediare le parti in conflitto.

<sup>323</sup> In proposito CERTOSINO D., op. cit., p. 74.

<sup>324</sup> STENDARDI D., *Per una proposta legislativa in tema di giustizia riparativa Per una proposta legislativa in tema di giustizia riparativa: spunti di riflessione dall'analisi degli ordinamenti degli Stati Uniti e del Regno Unito*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2015, cit., p. 1911, ricorda che ai Native American Sentencing Circles delle popolazioni indigene in Minnesota è stata riconosciuta rilevanza giuridica sin dalla fine degli anni Ottanta.

<sup>325</sup> Sul tema MANNOZZI G. – LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 238.

*partnership* tra la giustizia tradizionale e la comunità di appartenenza, spesso di stampo multietnico.

Proprio l'elemento del cerchio rappresenta assume un valore simbolico importante: i punti della circonferenza sono equidistanti rispetto al centro. Ciò evidenzia come i soggetti coinvolti non si trovino in una posizione gerarchica differente, ma sono parificati nel ruolo che assumono per prendere la decisione<sup>326</sup>.

Il ruolo del *facilitator* è di ricostruire, durante il dialogo, il senso di appartenenza alla comunità, limitandosi però a mantenere in equilibrio il discorso, senza mediare le diverse posizioni.

Anche in questo caso, la riparazione, intesa quale risarcimento alla vittima può essere anche solo simbolica.

Ciò che distingue il *Circle* dalla *Conferencing* è la presente frequenza di figure istituzionali, specialmente di avvocati, che solitamente nel *Conferencing* è pressoché marginale.

Accade spesso, infatti, che i luoghi in cui si svolgono i dialoghi siano le stesse aule giudiziari, in cui figura il giudice, che alla fine pronuncerà la “*sentencing circle*”, tenendo conto delle proposte pervenute dai partecipanti.

Tale processo è pensato soprattutto per i crimini gravi, escludendo quindi i sia delitti bagattellarli, sia per la grande rilevanza che ha nella comunità che per gli ingenti costi economici che per i tempi processuali<sup>327</sup>.

La progressiva affermazione della Giustizia riparativa ci porta ora a voler analizzare quali siano i suoi vantaggi e soprattutto ad analizzarne i limiti, per poterli eventualmente individuare e porvi rimedio.

Gli studi condotti in merito, partono però da una premessa imprescindibile poiché valutando l'efficacia dei processi riparativi non bisogna dimenticare che si tratta di pratiche consensuali, e quindi chi solitamente presta il consenso crede nella fattibilità della procedura e

---

<sup>326</sup> Si rimanda a REGGIO F., *Giustizia dialogica*, p. 39.

<sup>327</sup> Si vedano in proposito le considerazioni di TRAMONTANO G., *Percorsi di giustizia: verso una nuova modalità di risoluzione dei conflitti*, in *Rassegna pen. crim.*, 2010, n. 2, p. 59.

contribuisce efficacemente alla sua buona riuscita; altresì la mancanza di un'applicazione di pratiche generalizzate e la diversità dei contesti ordinamentali e geografici in cui la giustizia riparativa ha trovato applicazione, rende la verificabilità dei dati difficoltosa.

### 3. *Efficacia e i vizi dei processi riparativi. Il “volto” della vittima tra soddisfacimento e rischi di vittimizzazione secondaria.*

Il tema della tutela della vittima del reato, nell'ambito della dottrina penalistica sia sostanziale che processuale, è stato oggetto di una rivalutazione solo relativamente recente.

Con la trasformazione stato-centrica del diritto penale, la persona offesa è stata difatti marginalizzata ed è stato lo Stato a prendere il suo posto nella scena processuale, monopolizzando i suoi interessi<sup>328</sup>.

Parte della dottrina<sup>329</sup> sostiene che contrariamente a ciò che fa credere la retorica giustificativa della giustizia riparativa, allorquando associa la necessità di ristabilire la soggettività della vittima nel processo penale, alla critica rivolta al diritto penale dello stato assistenziale e al suo essere orientato prevalentemente al reo, la vittima costituirebbe già da lungo tempo il punto di orientamento decisivo del diritto penale<sup>330</sup>.

Tradizionalmente si dice che la giustizia riparativa focalizzerebbe l'attenzione sulle vittime individuali, e soprattutto, sulle vittime dei classici reati di violenza interpersonale e dei reati contro la proprietà, il processo

---

<sup>328</sup> Così FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2000, cit., 254. Cfr. altresì SIMONATO M., *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, Milano, 2014, p. 9.; sul tema ancora VEZZADINI S., *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, Bologna, Clueb, 2006, cit., p. 16.; ESER A., *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altra?* in Riv. it. dir. proc. pen., 1997, pp. 1063 ss.; anche ROXIN C., *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., p. 6 in cui sottolinea il ruolo dello stato nel mediare il conflitto.

<sup>329</sup> Sull'argomento PONTI G., *Tutela della vittima e mediazione penale*, Giuffrè, Milano, 1995.

<sup>330</sup> In proposito, MAGLIONE G., *Oltre il delitto, oltre il castigo: Teoria, prassi e critica della giustizia riparativa*, Giuseppe Maglione, in Riv. ADIR- L'altro diritto, 2008, p. 141.

penale attuale invece, guarda alle vittime potenziali e l'intenzione dello stato è quella di razionalizzare il rapporto reo-vittima, sottraendo loro il diritto all'esercizio della violenza.

In realtà, come è stato efficacemente affermato<sup>331</sup> il controllo assoluto della giustizia da parte dello Stato si è spinto ben oltre, con conseguenze negative sul fronte della fiducia delle persone offese che è risulta in sostanza «la grande dimenticata» del problema penale.

Il limite del tradizionale processo penale sarebbe rispondere al bisogno della vittima esclusivamente con il *quantum* della pena, senza interrogarsi su ciò di cui la persona offesa avrebbe davvero bisogno: ossia superare il trauma. In sostanza, il limite essenziale del procedimento penale sarebbe il suo rispondere più ad un desiderio di vendetta che di giustizia.

Il primo apporto positivo della giustizia riparativa, in quest'ottica, quindi, consiste proprio nel maggior soddisfacimento che la vittima<sup>332</sup> ottiene dalla riparazione, rispetto alle tradizionali forme di giustizia.

Si parte dal considerare il bisogno della vittima di fare chiarezza su ciò che è accaduto: «si offre alla persona offesa la possibilità che venga detto che quanto è accaduto non doveva accadere, e di dirlo addirittura insieme all'autore del reato»<sup>333</sup>.

La maggior soddisfazione della vittima deriva dall'ottenere la riparazione dei danni che il reato le ha inferto e dal percepire un risultato effettivo dal procedimento riparativo svolto.

---

<sup>331</sup> Cfr. ROXIN C., *Risarcimento del danno e fini della pena*, p. 9; altresì MANNOZZI G., *La giustizia senza spada*, p. 51; ESER A., *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altra?*, p. 1081; MANTOVANI F., *parte generale*, p. 228.

<sup>332</sup> Cfr. REGGIO F., *Vittima, offensore e comunità «pietre angolari» per un «ritorno all'umano» della giustizia penale*, in *Per una nuova giustizia possibile. Un progetto per la Città, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane*, 2015, pp. 51-82; altresì PARISI F., *I confini della Restorative Justice nella più recente normativa europea sulla tutela della vittima: ragionevole attuazione di una victim - centred justice o inevitabile condanna al destino di Sisifo?*, in *Sistema penale e tutela delle vittime tra diritto e giustizia*, Cortesi M. F. – La Rosa E. – Parlato L. – Selvaggi N., (a cura di), 2015, pp. 123 e ss.

<sup>333</sup> SCARDACCIONE G., *Nuovi modelli di giustizia: Giustizia riparativa e mediazione penale*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica* n. 1-2, 1997, p. 25.

Solitamente il risultato della mediazione rappresenta un valore più simbolico che materiale, questo viene percepito favorevolmente da chi ha subito un'offesa ingiusta.

Con l'instaurazione di pratiche relazionali e comunicative, inoltre, la vittima trova risposta a molti dei suoi interrogativi più comuni come ad esempio: Perché? Perché proprio a me?

Una consapevole accettazione della violenza subita influisce positivamente sulla capacità della vittima di superare le conseguenze psicologiche.

È noto, infatti, come il reato possa comunemente creare sintomi post-traumatici da stress, che comportano un'intrusiva e persistente riproposizione del trauma e dell'esperienza negativa vissuta.

Molte ricerche<sup>334</sup> hanno valutato l'incidenza delle pratiche riparative sotto un profilo strettamente psicologico e sono giunti a sostenere che gli strumenti riparativi sono in grado di incidere positivamente sulla cura di questi sintomi, diminuendo la frequenza di disturbi da stress o reazioni di rabbia e paura molto più di quanto faccia la consapevolezza della privata libertà del reo che deriva dall'irrogazione della pena detentiva.

Le vittime che partecipano ai percorsi riparativi, inoltre, percepiscono maggiormente il senso di giustizia, poiché apprezzano il valore degli incontri e avvertono più giusta la sanzione. Ne consegue, che dal delitto riparato ad uscire rafforzato sarà il senso di fiducia nelle istituzioni giudiziarie.

Sebbene la vittima ha diritto ad una riparazione del danno, non si può però, negare che nel processo sussiste innegabilmente un interesse pubblico alla risoluzione del conflitto, che non può portare a risolvere ogni questione come privata.

---

<sup>334</sup> LINDEN M., *Posttraumatic Embitterment Disorder*, in "Psychother psychosom", 2003, vol. 72, n. 4, pp. 195-202.



È già accaduto che la giustizia riparativa ceda a rischi di vittimizzazione secondaria, in cui l'aggressore nega la propria responsabilità provocando l'ennesima frustrazione e delusione in capo alle vittime<sup>335</sup>.

Quando si verificano ipotesi di ri-vittimizzazione è molto facile rintracciare la causa che solitamente nasce da un'inadeguata preparazione degli incontri o accade allorché le vittime vengono indotte a partecipare agli incontri prima di esserne pronte<sup>336</sup>.

Di solito i rischi si potrebbero evitare rispettando le condizioni per accedere alla procedura, prima tra tutti il consenso della vittima e del reo e soprattutto impiegare mediatori che abbiano una preparazione adeguata a poter gestire il conflitto.

### *3.1 Una nuova ermeneutica della risocializzazione: possibili rischi di strumentalizzazione.*

La ricerca del dialogo e dell'incontro tra autore e vittima sono i punti focali della giustizia riparativa.

Se per la vittima abbiamo analizzato i risvolti positivi delle pratiche di mediazione, non si può negare che quest'ultime appaiono congeniali anche alla prospettiva del reo nel realizzare finalità risocializzative.

Con la retribuzione e la prevenzione generale si è assistiti all'«abbandono del reo alle soglie del carcere» mentre con la prevenzione speciale si è garantito la neutralizzazione dell'autore del reo attraverso

---

<sup>335</sup> WEMMERS J. A. – CYR K., *Can Mediation Be Therapeutic For Crime Victims? An Evaluation of Victims' Experiences in Mediation with Young Offenders*, p. 139.

<sup>336</sup> In particolare, possiamo citare un caso in cui la vittima aveva appena perso il marito ed era ancora molto scossa dall'accaduto. Poco dopo era stata derubata e si era convinta fermamente che il ladro lo sapesse e che l'avesse proprio scelta perché lei era in quella condizione di debolezza, in HUDSON B., *Victims and offenders*, in Von Hirsh, Andrew, *Restorative justice and criminal justice: competing or reconcilable paradigms*, Hart Publishing, pp. 177 e ss, 2003; altresì BRAITHWAITE J., *Restorative Justice & Responsive Regulation*, New York, Oxford University, 2002, p. 140.

«l'ammaestramento» fondato sull'inflizione del male o attraverso pratiche di «medicalizzazione del soggetto»<sup>337</sup>.

Quello che è il comune concetto di risocializzazione si basa sul binomio lavoro-istruzione, in cui attraverso l'applicazione coercitiva della “cura”, dovrebbe favorire il recupero del reo.

Nella mediazione si giunge, invece, ad un'evoluzione dell'idea di risocializzazione che progressivamente mostra di volersi sganciare da metodi e tecniche, di superare la logica coercitiva del trattamento, per diventare un percorso «assistito» che si aspira ad una logica di «inclusione»<sup>338</sup> della persona, autrice del reato.

La proposta di una nuova ermeneutica della «risocializzazione» si fonda su un sistema di terapie comportamentali che tendono a favorire il cambiamento del reo, iniziando dal momento di presa di coscienza di ciò che è avvenuto, delle conseguenze dannose e della sofferenza che ha provocato.

In questo contesto un ruolo fondamentale è svolto dal sentimento della vergogna<sup>339</sup> ed in particolare della teoria della vergogna reintegrativa<sup>340</sup>; ciò dimostra come le pratiche di giustizia riparativa siano più efficaci dei procedimenti penali classici, dal momento che mettono al centro dell'analisi non la persona invece dell'avvenuto<sup>341</sup> e dal momento che il reo non si sentirà né biasimato da figure che non rispetta come il giudice, la polizia e le istituzioni in generale e né etichettato come “soggetto sgradito”; simile forme

---

<sup>337</sup> Al riguardo MOCCIA S., *Mediazione*, p. 345.

<sup>338</sup> MANNOZZI G., *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia*, in commento, *Diritto penale e processo* 7/2012, pp. 430 e ss.

<sup>339</sup> Il sentimento della vergogna viene considerato una delle parole-chiave insieme all'ascolto, l'empatia, il riconoscimento dell'altro e la fiducia da MANNOZZI G. – LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, pp. 166 e ss.

<sup>340</sup> Enunciata per la prima volta da Braithwaite, influenzò particolarmente le applicazioni di giustizia riparativa in Australia e nel Regno Unito, BRAITHWAITE J., *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, 1989.

<sup>341</sup> Una particolare analisi sulle dinamiche della vergogna indotte dai percorsi di giustizia riparativa per criminalità dei colletti bianchi è svolta da MANNOZZI G., *La giustizia riparativa per il crimine dei colletti bianchi: una possibilità o un paradosso?* in AA.VV. *Scritti per Luigi Vallauri*, Vol. II, Cedam, Padova, 2016, p. 857. In un certo senso Mannozi scrive di esseri «senza vergogna», consapevoli della loro superiorità dello *status* sociale, che fa percepire sé stessi come *legibus soluti*.

di stigmatizzazione – che comunemente derivano dal procedimento penale e dalla condanna – spesso generano reazioni di sfida verso l’ordinamento.

Con l’applicazione del paradigma riparativo, riportano invece, nel momento dell’incontro e durante lo svolgimento del dialogo, di fronte alla presenza della persona offesa e, in alcuni casi, dei suoi familiari, l’autore del reato percepisce il senso di vergogna che provano nei suoi confronti.

In questo caso la vergogna non verrà percepita come elemento stigmatizzante, che separa ed esclude, bensì come condizione reintegrativa, capace quindi di smuovere nel reo una critica rielaborazione di ciò che è avvenuto.

Dal punto di vista del reo, le pratiche ristorative hanno quindi, il comune intento di trovare la strada per aiutarlo a compiere una sorta di percorso introspettivo al fine di comprendere il male che ha provocato nella vittima e cercare di ridurre il rischio di recidiva.

Invero, gli effetti positivi sull’autore del reato sono prettamente di tipo psicologico e generalmente, portano ad un suo concreto cambiamento al termine della pratica<sup>342</sup>.

I benefici conseguenziali all’empatia e alle emozioni vissute nel percorso insieme all’utilizzo di un linguaggio più comprensibile rispetto al tecnicismo delle aule di giustizia, tendono a far percepire la giustizia riparativa come più giusta, veicolando il conflitto in una dimensione costruttiva e stimolando fattori di contenimento della devianza che influiscono sull’abbassamento dei tassi di recidiva<sup>343</sup>.

---

<sup>342</sup> HUDSON B., *Victims and offenders*, p. 177, in questo settore gli studi hanno dimostrato che i programmi di riabilitazione sono più efficaci se sono percepiti dall’offensore come percorsi necessari per risolvere i suoi problemi personali e vengono, di conseguenza, assunti volontariamente.

<sup>343</sup> Vogliamo qui segnalare in posizione contraria MAGLIONE G., *ult. op. cit.*, p. 142 in cui sottolinea come il raggiungimento dell’obbiettivo di ridurre i tassi di carcerazione attraverso programmi di mediazione appare problematico: «la ricerca empirica, infatti, sembra aver dimostrato che tali programmi non sono in grado di ridurre non solo i tassi di carcerazione, ma neppure l’applicazione delle misure alternative.». Maglione sostiene che in realtà i programmi di mediazione e restituzione rendono le reti del controllo più ampie e più forti, poiché la restituzione si aggiunge ad altre pene.

Sarebbe inappropriato però sostenere che la riduzione della recidiva sia uno scopo primario della giustizia riparativa, poiché finirebbe per trascurare l'aspetto principale che riguarda la riparazione della vittima.

Lo studio condotto si limita quindi a riportarla come un effetto secondario, certamente positivo – nell'ottica del reo e della collettività e compatibile con gli ideali riparativi.

Non mancano, tuttavia, dubbi inerenti ai rischi di strumentalizzazione da parte del reo di attivazione della mediazione o di altri strumenti di giustizia riparativa al solo scopo di evitare trattamenti più severi.

All'obiezione posta si potrebbe rispondere che a fronte di una tradizionale risposta punitiva, che resta per lo più inefficace, varrebbe comunque la pena provare una nuova strada<sup>344</sup>.

### *3.2 Il ruolo della comunità nel gestire il conflitto: punto di forza o limite?*

Un altro aspetto positivo della giustizia riparativa consiste nella maggior soddisfazione che percepisce la comunità partecipando al processo riparativo.

Non vertendo la riparazione solo su interessi esclusivamente economici, essa ha il merito di placare il senso di insicurezza sociale generato al compimento del reato: “le pratiche ristorative, seriamente attuate, hanno un effetto di tipo psico-pedagogico inteso a confermare la fedeltà all'ordinamento; presentano inoltre un effetto di fiducia che si genera nel momento in cui la comunità verifica l'affermarsi del diritto; ed infine un effetto di pacificazione, che si produce quando l'agente abbia prestato quanto

---

<sup>344</sup> ROXIN C., *Risarcimento del danno e fini della pena*, p. 20.

permette al comune sentire di tranquillizzarsi in rapporto all'illecito che è stato commesso e di considerare risolto il conflitto con il reo<sup>345</sup>.

Nel momento della commissione di un reato è anche la comunità a subire un danno, reputato lesivo dal legislatore per la conservazione e lo sviluppo della stessa<sup>346</sup>.

In questo senso interviene la giustizia riparativa, non solo con il compito di reintegrare la vittima e risocializzare il reo ma anche per rafforzare i legami sociali all'interno della comunità che ha subito il torto.

La comunità però, non sarebbe solo un beneficiario indiretto delle pratiche riparative ma avrebbe anche un ruolo attivo<sup>347</sup>, proteggendo la vittima da ulteriori offese e il reo dalla possibilità di vendette della vittima.

Il ruolo che in questo caso assume la comunità comporta una maggiore partecipazione della stessa alla *res-publica*, un coinvolgimento più sentito dei cittadini nei processi decisionali che valorizzano i concetti di sovranità popolare e democrazia diretta, coerentemente con l'art. 1 Cost.

Va evidenziato, però, questo approccio sviluppa un'idea di comunità che svolge una funzione attiva nella prevenzione del crimine, come una sorta di "cessione" da parte dell'autorità statale di una quota della gestione del conflitto.

Un ruolo del genere affidato alla comunità è possibile in contesti societari semplici, dove si condividono valori e cultura ma nelle odierne società, dove il termine comunità è assai vago e portatore di significati, valori e interessi assai diversificati, si rischia di creare gruppi di potere, in cui gli esponenti culturalmente forti lascerebbero senza tutela le minoranze etniche.

---

<sup>345</sup> Sul punto MOCCIA S., *Mediazione*, p. 346.

<sup>346</sup> Per un interessante contributo in questo senso, Cfr. FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, Giuffrè, 1999, p. 11 in cui descrive una natura ambigua del danno sociale, o danno pubblico, che verrebbe arrecato alla comunità con il reato, fatto reputato lesivo dal legislatore per la conservazione e lo sviluppo della stessa.

<sup>347</sup> Sul tema con chiarezza MANNOZZI G., *La giustizia senza spada*, p. 61, si può parlare di "neighbourhood justice" – la giustizia di vicinato – riferendosi alla giustizia esercitata nella comunità e dalla comunità; su questa tematica si veda inoltre WRIGHT M., *Justice for Victims and Offender*, Waterside Press, Winchester, 1996, p. 105: «la comunità interviene nel sistema relazionale, connotandosi quale processo di confronto sociale finalizzato alla comprensione ed alla gestione delle ragioni e delle condizioni della compatibilità relazionale».

Se le regole prodotte nel sistema non esprimono valori comuni e condivisi, si trasformano in meri “riduttori di incertezze”<sup>348</sup> alimentano un diritto penale come strumento selettivo, funzionale al potere dominante<sup>349</sup>.

Per questo motivo, ci sono posizioni che propongono di ridimensionare il ruolo della comunità nella giustizia riparativa a favore dell’individuo<sup>350</sup> perché un’autonomia incontrollata della comunità rischierebbe di scontrarsi con i principi dello Stato di diritto, creando disuguaglianze.

In un contesto deformalizzato in cui opera la giustizia riparativa, insieme alla graduale soppressione del ruolo dello Stato, rischia di mettere seriamente in crisi il principio di eguaglianza e le altre tutele che un processo di tipo formale garantisce, tra cui l’esigenza di certezza<sup>351</sup>.

Il rischio è che autori dello stesso reato potrebbero subire trattamenti diversi in base allo stato emotivo o alla condizione economica della vittima; al contempo per l’assenza di regole sia sostanziali che procedurali, potrebbe amplificarsi la manipolazione del reo per aprire le porte a riletture moraleggianti denigratorie del fatto.

#### *4. Concreta attuazione del processo di mediazione in rapporto ai principi regolativi del processo penale.*

Va subito posto in debito risalto il fatto che l’apertura ai processi riparativi porta notevoli problemi in rapporto al rispetto di taluni principi

---

<sup>348</sup> HABERMAS J., *Lo stato - nazione europeo. Passato e futuro della sovranità e della cittadinanza, in L’inclusione dell’altro*. Saggi di teoria politica, Milano, 2008, (a cura di), Prassi Lo stato - nazione europeo, cit., 119.

<sup>349</sup> ZAFFARONI E. R., *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico - penale (1989)*, trad. it., Napoli, 1994, pp. 32 e ss.

<sup>350</sup> MANNOZZI G., *ult. op. cit.*, p. 66.

<sup>351</sup> L’assicurazione di certezza che passa attraverso il processo di verificabilità empirica dei risultati che in un procedimento mediativo del tutto autonomo, verifica i risultati solo all’interno della coscienza individuale, così MOCCIA S., *Mediazione*, p. 350.

regolativi del processo penale, relativi all'obbligatorietà dell'azione penale, alla presunzione di non colpevolezza e al diritto di difesa<sup>352</sup>.

Come già detto precedentemente, la giustizia riparativa nasce in contesti deformalizzati del diritto penale, come quelli di *Common Law* o in paesi come la Francia, in cui è possibile abbandonare l'azione penale per ragioni di mera opportunità o – addirittura – come la Germania, dove, pur considerandosi la legalità dell'azione penale un valore primario da perseguire come regola, al pubblico ministero sono riconosciuti gli strumenti di “deprocessualizzazione”, proprio in ipotesi di composizione non autoritativa del conflitto, con riferimento alla criminalità medio-piccola.

In Italia, invece, per garantire un'applicazione uguale per tutti della legge penale e di altri principi basilari del sistema costituzionale<sup>353</sup>, l'art. 112 Cost. ha stabilito il principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Un rispetto rigido di tale principio, non permetterebbe l'introduzione di forme flessibili di giustizia, come appunto la mediazione, poiché a prescindere da un raggiungimento di un accordo tra vittima e reo, il processo dovrà comunque tenersi.

Nonostante una parte della dottrina<sup>354</sup>, sulla base di una pronuncia della Corte Costituzionale, secondo la quale il «processo non debba essere instaurato quando si riveli sostanzialmente superfluo»<sup>355</sup>, vorrebbe introdurre una mitigazione del principio di obbligatorietà; esso, ad opinione della dottrina dominante, è ancora un principio irrinunciabile del nostro sistema processuale.

---

<sup>352</sup> Così MOCCIA S., *Mediazione*, p. 348.

<sup>353</sup> Al riguardo BRICOLA F., *Intervento sul tema: “L'azione per la repressione dell'illecito tra obbligatorietà e discrezionalità”*, in *Giustizia e Costituzione*, 1991, cit., p. 31, si coglie una relazione strettissima tra il principio di obbligatorietà dell'azione penale ed il principio di legalità e tassatività di cui all'art. 25 Cost. In realtà, egli riteneva che il costituente volesse innanzitutto la selezione.

<sup>354</sup> In particolare, TIGANO S., *Giustizia riparativa e mediazione penale*, in *“Rassegna penitenziaria e criminologica”*, n. 2, 2006, p. 39, in cui propone di raggiungere una «discrezionalità formalizzata rispetto ad un'obbligatorietà solo formale», ossia accettare un'interpretazione più elastica del principio. Ad esempio, sostiene che il processo potrebbe essere “superfluo” quando la mediazione abbia avuto esito positivo dopo essere stata esperita durante le indagini preliminari.

<sup>355</sup> Corte Cost., sent. n. 88 del 1991.

Dunque, il contrasto con l'art 112 Cost. si intravede principalmente quando le pratiche di mediazione vengono proposte nella fase "extraprocessuale".

La mediazione, infatti, esperita nella fase procedimentale non fa venir meno l'obbligo dell'azione penale; solo all'interno del procedimento minorile è previsto, ai sensi dell'art. 27 D.P.R. n. 448 del 1988, che la mediazione può rilevare come indice di scarsa rilevanza sociale o come concessione di perdono giudiziale, ma che comunque non può concludere il procedimento con archiviazione.

L'attivazione dell'intervento di mediazione fin dalla fase delle indagini preliminari, inoltre, pone un rischio di impatto anche coi principi della presunzione di innocenza, del diritto al silenzio e della difesa: se l'incontro di mediazione, secondo taluni, implica un'ammissione di responsabilità da parte dell'indagato, questi, al tempo stesso, ha diritto a non rendere dichiarazioni *contra se*.

Viene in luce l'importanza di assicurare il pieno rispetto del carattere confidenziale dell'incontro di mediazione e di prevedere la non utilizzabilità delle dichiarazioni rese in quella sede.

Anche se si vuole ridurre al minimo le comunicazioni alle autorità giudiziarie, il solo fatto di aver iniziato un procedimento di mediazione, significa assunzione di responsabilità e può condizionare non poco il procedimento.

In tal senso la mediazione sembra contrastare con la presunzione di non colpevolezza. L'imputato che a norma dell'art. 27, comma 2 Cost. è considerato innocente fino alla sentenza di condanna definitiva, per poter partecipare alle procedure di mediazione concorda sull'esistenza del reato e sulle modalità di realizzazione dello stesso.

Il problema si concretizza nell'ipotesi in cui la mediazione non abbia esito positivo ed il procedimento si debba riaprire. In questi casi il giudice potrebbe utilizzare il mancato esito della mediazione a discapito del reo, sia



come indizio a favore della sua colpevolezza, sia quale indice di commisurazione della pena ex 133 c.p. nella forma del contegno processuale.

La soluzione<sup>356</sup> per non ledere il principio di presunzione di non colpevolezza è rintracciabile nella disciplina del codice di procedura penale in materia di diritto al silenzio – art. 62, 64, 65 c.p.p. – e in particolare, nella *lettera legis* degli artt. 1 e 2 c.p.

In tal modo, «le dichiarazioni comunque rese non possono formare oggetto di testimonianza» e il giudizio che eventualmente consegua alla mediazione è impostato secondo le regole ordinarie di formazione della prova, in modo che la colpevolezza o meno del reo sia stabilita all'esito del giudizio, come se le pratiche ristorative non fossero mai state esperite.

Quando, invece, la mediazione è successiva all'esercizio dell'azione penale<sup>357</sup>, viene snaturata della sua essenza perché comporta in ogni caso il coinvolgimento nel processo con la conseguente stigmatizzazione dovuta all'assunzione del ruolo di imputato; inoltre non assicurerebbe interventi rapidi nell'interesse della vittima, ma anzi andrebbe a detrimento della medesima poiché si trasformerebbe in un protrarsi delle tempistiche processuali.

Diviene così un'alternativa alla pena e non una giustizia alternativa al controllo penale statale<sup>358</sup>.

È necessario, pertanto, capire se sia preferibile formalizzare le pratiche di mediazione, al fine di estendere la loro applicazione a contesti diversi dai soli processi minorili, oppure se non sia opportuno procedere a formalizzare pratiche che nascono informali.

In merito, per la verità, emergono posizioni contrastanti. Da un lato si focalizza l'attenzione sulla mediazione come strumento di pacificazione<sup>359</sup>, il

---

<sup>356</sup> MANNOZZI G., *ult. op. cit.*, p. 158.

<sup>357</sup> Un'espressa previsione normativa si ritrova nell'ambito della sospensione del processo con messa alla prova ex. Art 28 d.p.r. n. 446 del 1988 e gli effetti sono disciplinati dal seguente art. 29.

<sup>358</sup> Si vedano sull'argomento le considerazioni svolte da cfr. MOCCIA S., *La mediazione come alternativa alla sanzione penale, in Mediazioni, conflitti e società complesse*, FERRARA M. – PUCCIARELLI C. – TROISI C. (a cura di), Avellino, 2006, p. 48.

cui linguaggio alternativo non può essere incluso e omologato nel sistema penale, poiché ciò comporterebbe non solo un recupero della giuridicità, ma anche del contenuto coercitivo.

Contrariamente, si invoca l'istituzionalizzazione delle pratiche riparative come unica soluzione per rispondere alle esigenze di certezza e garanzie di uguaglianza.

«Si tratta, quindi, di trovare un difficilissimo equilibrio tra logiche sovente contrapposte»<sup>360</sup>.

La tendenza a voler istituzionalizzare pratiche consensuali, nasconde in realtà finalità ben diverse. Se si osservano la tendenza ad individuare quali conflitti mediabili quei reati di livello medio-basso<sup>361</sup>, si comprende che in tal modo si utilizza la mediazione come un mero strumento deflattivo, snaturandola dal suo reale compito.

Una soluzione che potrebbe reggere l'equilibrio tra le diverse posizioni, sarebbe quella di preferire una mediazione preprocessuale che svolta al di fuori del processo, garantirebbe l'incontro spontaneo tra reo-vittima, evitando la partecipazione del giudice, e affidando a quest'ultimo il compito di decidere solo nel momento in cui riceve la relazione sulla mediazione.

Di fronte all'entusiasmo che la giustizia riparativa suscita nella prassi, forse non si può ritardare l'introduzione di *corpus* di regole proprie<sup>362</sup> e concrete che possano realizzare effettivamente legittimare le scelte di politica criminale che sottende<sup>363</sup>.

---

<sup>359</sup> PAVARINI M., *Decarcerizzazione e mediazione nel sistema penale minorile*, in PICOTTI (a cura di), *la mediazione nel sistema penale minorile*, pp.18 e ss.

<sup>360</sup> Sul punto v. MOCCIA S., *Mediazione*, p. 349.

<sup>361</sup> In posizione nettamente contraria, si veda MOCCIA S., *Mediazione*, p. 350, che sostiene che l'utilizzo della mediazione sia più efficace in caso di conflitti forti, quali un tentato omicidio o uno stupro.

<sup>362</sup> Si veda in proposito MANNOZZI G. – LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, p. 362, concorde ad un'istituzionalizzazione della giustizia riparativa, esclude però che possa essere un'ideologia olistica e universale, poiché ci sono conflitti non mediabili.

<sup>363</sup> Enfatizzando il concetto di riparazione, un gruppo di professori in Germania elaborò nel 1992 un progetto di riforma in materia di riparazione del danno (*Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*, in breve, AE-WGM), in cui veniva valorizzata la condotta riparatoria, come strumento di restaurazione

Il legislatore con la recente riforma Orlando<sup>364</sup> ha tentato qualche accenno sostanziale alle condotte riparatorie, con l'introduzione dell'art. 162-ter nel c.p., ma dal punto di vista del diritto procedurale rimane ancora silente.

Sebbene chi scrive è ben consapevole di non poter soddisfare la vastità dell'argomento, queste riflessioni si ripongono, infatti, di essere solo un punto di partenza per nuove proposte, che tengano conto della tensione tra le esigenze del paradigma riparatorio e di principi conquistati duramente dallo Stato di diritto e a cui la modernità non può e (non deve) rinunciare; dall'altro l'importanza della materia fonda la convinzione che sul tema, forse, valga la pena investire qualcosa in più di una semplice scommessa<sup>365</sup>.

##### 5. *Giustizia riparativa e funzione della pena: tradimento o lealtà?*

Affinché la giustizia riparativa possa trovare cittadinanza nel nostro sistema costituzionale ed essere un *τέλος* di riferimento per ricomporre l'attuale frattura del sistema penale, bisogna comprendere se la sua ideologia altera la funzione della pena o è compatibile con le finalità accettata dalla nostra Costituzione.

Dall'analisi svolta precedentemente, delle caratteristiche e degli scopi a cui tende la giustizia riparativa, si è concordi nel ritenerla incompatibile con l'ideale della retribuzione, che lungi dal considerare una prospettiva dialogica per recuperare il legame sociale, si preoccupa invece di rispondere al reato con il *quantum* di una pena inflessibile e inderogabile.

---

della 'pace giuridica' caratterizzato dal fatto che la condotta riparatoria, valorizzata come strumento di restaurazione della "pace giuridica" e nel suo significato rieducativo in quanto frutto di autodeterminazione libera e spontanea, venne inquadrata anche come causa di esclusione della pena. La proposta venne recepita parzialmente dal legislatore tedesco. Si rimanda per un'approfondita analisi della tematica a AA.VV., *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, München, Verlag C.H. Beck, 1992.

<sup>364</sup> Legge del 23 Giugno 2017 n. 103.

<sup>365</sup> ROXIN C., *Risarcimento del danno e fini della pena*, p. 9.

La lontananza tra le due si dimostra con l'alterazione del principio di proporzionalità. Basandosi la risposta sanzionatoria più sulla personalità del reo che sulla gravità del fatto, si potrebbe rischiare di applicare una sanzione eccessiva o inferiore rispetto a ciò che merita il reo, contrastando anche con il principio di colpevolezza.

Invero, la giustizia riparativa sembra molto più coerente con le istanze preventive.

In un'ottica di prevenzione generale negativa richiamando quanto si è già avuto modo di spiegare l'effetto deterrente che si nasconde dietro la sanzione penale, la riparazione si servirebbe del reo per dissuadere gli altri consociati dal commettere reati.

Dal punto di vista della prevenzione speciale negativa invece per prevenire i rischi di recidiva, si attribuirebbe alla pena una funzione di intimidazione del reo.

L'effetto intimidatorio, connesso all'intima natura della norma penale ad ogni modo, per essere costituzionale, deve rispettare i principi del finalismo rieducativo, del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e della personalità della responsabilità penale.

In questo senso le sanzioni riparative hanno una naturale carica intimidatoria, poiché i consociati assistono alla loro concreta ed effettiva attuazione, ma nello stesso tempo sono pratiche riparatorie che prospettano un recupero dell'umanità delle relazioni, perciò coerenti alla luce della Costituzione.

Non sono mancate voci critiche alla funzione general-preventiva negativa che risulterebbe alterata, poiché la vasta gamma di sanzioni riparatorie, potrebbe indebolire l'effetto deterrente e rendere poco credibile la minaccia della sanzione ed intimidire meno del carcere.

Occorre ora analizzare la compatibilità della giustizia riparativa con le con il perseguimento di obiettivi di prevenzione generale e speciale positiva<sup>366</sup>.

Alla luce degli studi svolti, la riparazione risulta perfettamente coerente con le finalità special-preventive positive. Da un lato offre un miglior soddisfacimento alla vittima, dall'altro si è sottolineato come tende a ridurre favorevolmente i rischi di ulteriore desocializzazione<sup>367</sup> connessi alla pena tradizionale e a favorire la responsabilizzazione del reo, abbassando i tassi di recidiva.

Ciò equivale a dire che esigenze general-preventive positive, tramite l'utilizzo di strumenti diversi da quelli tradizionale, possono essere soddisfatte maggiormente<sup>368</sup>.

Non sono mancate opinioni contrarie di chi sostiene che la giustizia riparativa aumenta il crimine, poiché durante il dialogo tra vittima e reo, l'autore del reato può cogliere quel momento per conoscere meglio la vittima, studiarne i suoi punti deboli e conoscere il suo stile di vita e commettere nuovamente un reato.

Da un punto di vista general- preventivo, la giustizia riparativa ha il grande merito di fungere da vettore di integrazione sociale.

Con la sanzione riparativa si rinforza la fiducia che i consociati hanno nell'ordinamento e il modo in cui si svolge la composizione del conflitto risulta soddisfacente per la comunità, poiché riesce a ripristinare un diritto violato. In tal senso si parla di effetto di pacificazione tra vittima, reo e comunità.

Dagli accenni appena svolti si comprende come la giustizia riparativa si muova in posizione pienamente conforme alla finalità della pena

---

<sup>366</sup> Al riguardo EUSEBI L., *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, in PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile* cit., pp. 81 e ss.

<sup>367</sup> Sul punto ROXIN C., *La posizione della vittima nel sistema penale*, in *Ind. pen.*, 1989, pp. 5 e ss.

<sup>368</sup> EUSEBI L., *ult. op. cit.*, p. 84 evidenzia come la rinuncia parziale o totale alla pena non deve configurarsi come nuova misura premiale, ma dev'essere accompagnata da una impegnativa assunzione di responsabilità da parte del reo, dai contenuti adeguati.

costituzionalmente accetta e ciò comporta un preludio per la sua espansione nel sistema penale.

6. *La giustizia riparativa nel panorama italiano: gli istituti sospensivi e il nuovo art. 162ter c.p.*

L'approdo della "Restorative justice" in Italia inizia con il decreto legislativo del 28 agosto 2000 n. 274 in tema di competenze del giudice di pace. Il decreto ha aperto nuove prospettive riparative nell'ambito della giustizia penale degli adulti, prospettando un modello diverso rispetto a quello tradizionale, con profili di estremo interesse, anche per la sua vocazione sperimentale.

Il giudice onorario è chiamato a trovare una composizione tra offeso ed offensore ed ha a disposizione peculiari modalità di definizione alternativa del procedimento.

Le previsioni in realtà sono state scarse e si prevede, in sostanza, tali istituti siano esperibili solo per i reati perseguibili a querela, inoltre che il giudice possa proporre conciliazione<sup>369</sup>. A tal fine è previsto il rinvio dell'udienza per un massimo di due mesi, avvalendosi, eventualmente di attività di mediazione di centri e strutture pubbliche. La norma sottolinea inoltre la confidenzialità delle dichiarazioni rese nelle attività conciliative, che non possono essere utilizzate ai fini della deliberazione.

Se le pratiche conciliative avranno esito positivo si redige un processo verbale e si prevede, al successivo art. 35, la possibilità del giudice di pace di dichiarare estinto il reato, qualora l'imputato ripara il danno, prima dell'udienza di comparizione<sup>370</sup>.

---

<sup>369</sup> Decreto legislativo 274 del 2000, art. 29, comma 4.

<sup>370</sup> MANNOZZI G., *Giustizia senza spada*, 314 ss; MAZZUCCATO C., *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico-pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia riparativa*, in Picotti L. - Spangher G. (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Milano, 2005, pp. 139 e ss.

In questa breve esposizione della normativa è possibile cogliere le analogie tra il rito davanti al giudice di pace e la “*Restorative Justice*”, in cui entrambe prevedono forme di sanzione alternative alla detenzione con la possibilità di incontro tra vittima e reo e l’utilizzo di strutture di mediazione esterne al sistema tradizionale<sup>371</sup>.

Occorre ora domandarsi se a parte gli elementi di comunanza, le norme appena citate, effettivamente rappresentano pratiche ristorative.

Il primo elemento di contrasto nasce dall’utilizzo della parola conciliazione che è un termine diverso da mediazione sia nella pratica che nella sostanza. Infatti, esso assume sfumature economiche e utilitaristiche rispetto alla “mediazione”, che è un processo molto più nobile, teso a coinvolgere anche i sentimenti e le emozioni<sup>372</sup>.

Oltretutto si prevede la collaborazione di strutture che possano coadiuvare il percorso conciliativo in maniera eventuale, quando, dovrebbe essere il punto focale dell’intera procedura. La stessa partecipazione del mediatore, intesa come persona terza con adeguata preparazione e in grado di affrontare dialoghi mediativi, dovrebbe essere indispensabile<sup>373</sup> e, soprattutto, non dovrebbe il mediatore confondersi con la persona del giudice.

La normativa italiana, invece, è confusa sul punto in quanto è proprio il giudice di pace a svolgere il ruolo di conciliatore.

Inoltre, dinanzi al giudice di pace si svolgono controversie che hanno ad oggetto reati lievi e, come è noto, la giustizia riparativa ottiene maggiori risultati quando attuata nei confronti di reati gravi che presentando disvalori profondi.

Utilizzare la riparazione per i reati cosiddetti “bagatellari”, provocherà l’estinzione del reato ma se non si istaurano percorsi riconciliativi seri non si riuscirà a rispondere alle finalità di responsabilizzazione del reo o ad un

---

<sup>371</sup> REGGIO F., *op. cit.*, p. 106.

<sup>372</sup> Per un’analisi del termine mediazione si rimanda a MANNOZZI G. – LODIGIANI G. A., *Formanti, parole e metodi*.

<sup>373</sup> MESTIZ A., a cura di, *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Roma, Carocci, 2004.

sentito pentimento, piuttosto il reo adotterà queste pratiche in vista di finalità utilitaristiche e meramente deflattive del contenzioso ordinario.

Comunque, non può non riconoscere il merito a questa forma di sospensione, di riuscire a coniugare il difficile equilibrio tra giustizia riparativa e deflazione processuale, in una prospettiva di riforma del sistema penale alla luce dell'ideale riparativo.

Sulla falsa riga<sup>374</sup> dell'art. 35, D. Lgs. 28 agosto 2000, n. 274 che la c.d. Riforma Orlando, tradotta in legge 23 n. 103 del 2017, ha formulato l'art. 162ter c.p. che introduce una nuova causa di estinzione per i reati procedibili a querela, suscettibile di remissione.

Secondo una parte della dottrina, la nuova causa estintiva, sebbene dimostra l'interesse per le condotte riparatorie, troverebbe con le medesime una corrispondenza solo da un punto di vista terminologico, in realtà rispondendo a finalità di deflazione del carico giudiziario<sup>375</sup>. In merito alla disciplina causa di estinzione in esame, molte questioni relative al *modus operandi* restano tutt'ora aperte, poiché la proposta normativa si è imitata ad una norma sostanziale – l'art. 162ter – non prevedendo alcuna disciplina procedurale.

Nel panorama italiano, come si accennava, sono in generale gli istituti sospensivi che permettono l'ingresso della giustizia riparativa nel nostro ordinamento.

In particolare, ritroviamo l'istituto della sospensione con messa alla prova nella giustizia minorile<sup>376</sup>, che permetta al minore di sperimentare

---

<sup>374</sup> Per una critica sulla "circolazione dei modelli" che provengono dai sottosistemi speciali e si impongono nel sistema generale si veda GRANDE E., *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000.

<sup>375</sup> AMARELLI G., *La nuova causa estintiva per condotte riparatorie ex art. 162 ter c.p.*, Profilo politico criminale, presupposti applicativi e prime incertezze interpretative, in *Studium Juris*, n. 11, 2017, p. 4; la principale finalità deflattiva sarebbe indicata anche nella relazione di accompagnamento, consultabile in [www.camera.it](http://www.camera.it), in cui lo scopo del nuovo istituto è identificato in quello di «recuperare i tempi ragionevoli del processo penale, nel rispetto del giusto processo e senza determinare la dispersione di alcuna garanzia».

<sup>376</sup> Ci si riferisce al d.P.R. n. 448 del 1988 che ha attuato la delega affidata al Governo per riformare il procedimento con imputati minorenni.



percorsi alternativi non solo al circuito carcerario ma anche all'ambiente processuale, con finalità prettamente rieducative.

Le particolari esigenze trattamentali che si sono rivolte al minore erano già state ribadite con l'art. 11 delle Regole di Pechino in cui si richiedeva l'adozione di tecniche di tutela flessibili e informali per i fatti di devianza compiuti da i minori.

Tale obiettivo è imposto anche dalla "Convenzione sui diritti del fanciullo" che promuove l'utilizzo di tecniche extra-processuali per gli imputati minorenni.

In ossequio anche alla prescrizione contenuta all'art. 31 della nostra Costituzione che impone di prestare una particolare tutela all'infanzia e alla gioventù, il legislatore delegato ha cercato di introdurre una disciplina del procedimento con i minori che riuscisse a perseguire queste esigenze e l'istituto della sospensione con messa alla prova del minore sembra rispettarle.

Sulla scorta dell'art. 27 del d.P.R. 448 del 1988, il giudice delle indagini preliminari può pronunciare sentenza di non luogo a procedere se risulta la tenuità del fatto e l'occasionalità del comportamento, quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minore<sup>377</sup>.

Si tratta questo di un intervento di *diversion* volto, essenzialmente a realizzare il principio di minor offensività del processo penale minorile<sup>378</sup>, per cui il giudice vuole scongiurare il pericolo che il minore subisca le stigmatizzazioni derivanti dal processo.

---

<sup>377</sup> Sull'istituto, cfr. BASCO M. G. - DE GENNARO S., *La messa alla prova nel processo penale minorile*, Torino, 1997; LANZA E., *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenni*, Milano, 2003, 48 ss.; MESTITZ A. - COLAMUSSI M., *Messa alla prova e restorative justice*, in *Minori Giustizia*, 2000, p. 223.

<sup>378</sup> Secondo il principio di minor offensività, il processo penale non deve influire sulle esigenze educative del ragazzo e ledere il suo percorso evolutivo né attivamente – costringendolo a seguire percorsi formativi non adatti –, né passivamente – interrompendo eventuali itinerari educativi già in atto → GRIMOLDI M. - CACIOPPO R., *L'abito su misura. Significato ed effetti attesi dai contenuti di progetti di messa alla prova a favore di minori autori di reato*, in *Minori giustizia*, n. 1, 2013, p. 121.

Il percorso riparativo nella giustizia minorile se da una parte è ispirato all'ideale rieducativo e alla responsabilizzazione del reo e lontano da istanze riparatorie, infatti, alla persona offesa, non è consentito costituirsi come parte civile.

Differentemente dall'istituto della sospensione dinanzi al giudice di pace, nella giustizia minorile si ritrovano tracce autoritative, in cui è il giudice a imporre qualsiasi prescrizione trattamentale per realizzare le finalità risocializzative, non essendo richiesto neanche il consenso del minore.

Oltretutto in caso di esito negativo della pratica di mediazione, non esiste un divieto di utilizzazione nel processo, delle dichiarazioni rese precedentemente nella fase conciliativa, così come è invece previsto all'art. 29 comma 4 del d.lgs. n. 2274 del 2000.

Al di là dei limiti che necessitano di una rivisitazione della normativa, il contesto minorile si mostra un terreno maggiormente fertile per l'accoglimento di pratiche di mediazione grazie alla particolare malleabilità della personalità, ancora in formazione, del minore che permette di elaborare «interventi mirati al suo sviluppo, al suo percorso di crescita e di maturazione»<sup>379</sup>.

Una vera rivoluzione copernicana del modo di intendere la pena si è avuta con l'introduzione della messa alla prova degli adulti.

L'occasione si è avuta in seguito alla famosa sentenza pilota «Torreggiani»<sup>380</sup>, analizzata precedentemente, dopo la quale il legislatore italiano ha tentato di dare attuazione alle prescrizioni contenute nella sentenza CEDU.

Con la legge 28 aprile 2014 n. 674, pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 2 maggio 2014, ha introdotto una forma di sospensione del processo con messa alla prova anche per imputati adulti alla commissione del fatto, con

---

<sup>379</sup> Per un approfondimento cfr. COLAMUSSI M., *La messa alla prova*, Cedam, 2011, p. 13.

<sup>380</sup> Torreggiani e altri c. Italia (ricorsi nn. 4357/09, 46882/09, 55400/09; 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10), adottata l'8 gennaio 2013, che ha condannato lo Stato italiano per la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani.

l'obiettivo di evitare che l'indagato potesse venire a contattato con la degradante realtà carceraria e prima ancora con le aule di tribunale che sempre più spesso stigmatizzano l'imputato.

Diversamente da quanto avviene nel processo minorile, l'istituto di messa alla prova per i maggiorenni ha una limitata fruibilità, infatti si riserva di applicarsi ai reati sociali di scarsa gravità, determinata in base al *quantum* della sanzione edittale<sup>381</sup>. Inoltre, è esclusa la concedibilità per più di una volta ed è vietata l'applicazione per delinquenti abituali, professionali e per tendenza<sup>382</sup>.

La messa alla prova, invero, come anticipato, svolge un ruolo significativo anche in un'ottica rieducativa. Ciò che rileva sono le prescrizioni di carattere comportamentale che favoriscono l'imputato a tenere condotte riparatorie verso la vittima e verso la comunità. Il trattamento individualizzato è il vero punto di forma dell'istituto di messa alla prova, in cui oltre a contenere possibili accordi di mediazione con la persona offesa, potrebbe prevedere l'osservanza di prescrizioni relative ai rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali. Inoltre, si stabilisce un necessario collegamento tra la messa alla prova e il lavoro di pubblica utilità<sup>383</sup>.

È il giudice a disporre l'ordinanza di sospensione e l'eventuale sentenza di proscioglimento se l'esito del programma è positivo, in caso contrario riprende il processo.

---

<sup>381</sup> «Nei procedimenti per reati puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, nonché per i delitti indicati dal comma 2 dell'articolo 550 del codice di procedura penale, l'imputato può chiedere la sospensione del processo con messa alla prova», comma 2, art. 168bis c.p.

<sup>382</sup> «La sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato non può essere concessa più di una volta» e «La sospensione del procedimento con messa alla prova non si applica nei casi previsti dagli articoli 102, 103, 104, 105 e 108.» comma 4-5, art. 168bis c.p.

<sup>383</sup> Per un approfondimento cfr. MUZZICA R., *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, in "Processo penale e giustizia" n. 3, 2015 pp. 158 e ss.

L'istituto ha suscitato interesse per parte della dottrina<sup>384</sup>, che ha visto difatti una prima bozza per realizzare i principi di giustizia riparativa. Se quindi è funzionale sia ad esigenze general-preventive che special-preventive, la disciplina della sospensione di messa alla prova appare nella sostanza sbilanciata verso istanze deflative. Per introdurre una nuova giustizia, bisognerebbe lasciare da parte le garanzie di "facciata" in favore di alternative realmente efficaci.

### *7. Uno sguardo al panorama internazionale: la penalità "non statale" degli indios e un modo diverso di intendere la risocializzazione.*

La *ratio* della giustizia riparativa si ritrova alla base del sistema punitivo previsto per la soluzione dei conflitti in alcune tribù indigene.

Tradizionalmente si dice che le rivendicazioni delle popolazioni indigene per una giustizia di stampo riparativo sono una conseguenza diretta del rifiuto degli effetti del colonialismo che in diversi momenti storici, ha provato ad omologare le diversità delle popolazioni al sistema valoriale Occidentale, infatti, nella lotta per l'integrazione culturale, per esempio gli indigeni hanno subito processi di civilizzazione e di cristianizzazione<sup>385</sup>.

«Guardando storicamente, per un momento, possiamo vedere come i processi di colonizzazione hanno squarciato e interrotto il flusso del tempo e la delimitazione dello spazio per le popolazioni indigene. Ciò che dette chiamate

---

<sup>384</sup> MANNOZZI G. – LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017; CONTI C., *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 67 del 2014: problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, in PALAZZO F. – SPANGHER G., (a cura di), "Giurisprudenza italiana dal 1849. Gli Speciali", Sistema sanzionatorio e processo penale: lavori in corso 2015, IPSOA, 2015.

<sup>385</sup> ZELLERER E. – CUNNEEN C., "Restorative justice, indigenous justice, and human rights." In *Restorative community justice: Repairing harm and transforming communities*, ed. Gordon Bazemore and Mara Schiff, 2001, pp. 245 e 263. Gli autori approfondiscono le similitudini e le differenze che sussistono tra la "Restorative Justice" e l'"Aboriginal Justice".

"violenza geografica" faceva parte della "violenza fondatrice" della colonizzazione»<sup>386</sup>.

Invero, l'importanza di condurre una ricerca che parta dalle origini indigene del paradigma riparativo può essere utile per comprendere le difficoltà che sussistono applicando le pratiche riparative in quei sistemi penali incentrati sul controllo statale e inoltre, può spingere a riflettere su come, sebbene il concetto di giustizia sia uguale per tutti, risulta differente il modo di intendere il concetto di risocializzazione del soggetto deviante.

In particolar modo, nella sinteticità che il presente elaborato richiede, si propone di approfondire il significato che assumono le pratiche riparative nelle popolazioni degli *indios* messicani<sup>387</sup>.

Il Messico è una Repubblica Federale e ha una legislazione costituita da leggi federali e leggi locali in cui ogni singolo stato federale ha un proprio codice civile, codice penale, codice di procedura civile e codice di procedura penale. La Costituzione messicana risale, invece, al 1971 e, *nel rispetto del sistema di gerarchia delle fonti*, prevale sulle leggi federali.

Solo sul finire degli anni '80 il Messico riconosce di essere uno stato multiculturale, in concomitanza della Convenzione n. 169 adottata dalla Conferenza Generale dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO) nel 1989, la quale riconosce i diritti dei cosiddetti "popoli indigeni"<sup>388</sup>.

Si tratta di una speciale categoria di diritti, tra i quali i diritti di gruppo o collettivi, il diritto all'autodeterminazione, ma in primo luogo, il riconoscimento dei diritti nativi si fonda sull'esistenza di sistemi normativi antichissimi, di tipo consuetudinario, che hanno da sempre fondato la vita

---

<sup>386</sup> «Looking historically for a moment we can see how the processes of colonisation ripped apart and disrupted the flow of time and the demarcation of space for Indigenous people. What Said calls 'geographic violence' was part of the 'founding violence' of colonization». HARRY B., *Restorative Visions and Restorative Justice Practices: Conferencing, Ceremony and Reconciliation*, in *Criminal Justice*, n.1, vol. 10, Luglio 1998.

<sup>387</sup> Per un'analisi approfondita in merito ai diritti degli *indios* messicani si rimanda allo studio di MALDONADO SMITH M. E., *Torres de Babel. Estado, multiculturalismo y derechos humanos*. ed. UNAM, Messico, 2015.

<sup>388</sup> SWEPSTON L., "A New Step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples: ILO Convention n. 169 of 1989", *Oklahoma City University Law Review*, n. 15, 1990.

comunitaria ed istituzionale all'interno della società e, tutt'ora, sono in grado di assicurare una gestione equa ed adeguata delle controversie sorte al loro interno, con delle modalità molto eccentriche rispetto a quelle italiane e che, spesso, risultano difficili da comprendere per chi è cresciuto in base ad un sistema valoriale, in senso lato, occidentale, come è il nostro.

L'esigenza di un riconoscimento giuridico e di uno spazio autonomo dell'«*Aboriginal Justice*» all'interno del sistema generale statale messicano nasce dalle difficoltà che le comunità autoctone trovano nell'applicazione delle procedure giudiziali convenzionali, percepite inadeguate perché troppo centralizzate, formali e sconosciute per popolazioni native che prediligono gestire il conflitto tramite meccanismi sociali interni alla stessa comunità<sup>389</sup>.

È chiaro come sia la stessa diversità culturale a desiderare forme diversificate di regolamentazione giudiziaria, optando principalmente per pratiche riparative per rispondere ai particolari bisogni dei propri membri.

A ben vedere, le rivendicazioni degli *indios* per un'implementazione dei procedimenti giudiziari in cui si applichino i loro valori tradizionali e si riconosca un ruolo attivo della stessa comunità nel processo, scaturisce da un diverso approccio che le comunità indigene hanno con il processo.

Contrariamente ai procedimenti convenzionali, in cui il reo assumendo il ruolo di imputato viene stigmatizzato e allontanato dalla società, nei popoli aborigeni il momento del processo diviene essenziale per la condivisione dei sentimenti, per la riaffermazione della morale sociale e per ricollocare il reo, reinserendolo nella società.

La comunità, quindi, sente di poter analizzare e correggere in modo più adeguato, rispetto ad un potere di tipo centralizzato, le infrazioni compiute dai suoi membri, perché, a rigor di logica, conosce quei valori che devono essere

---

<sup>389</sup> «Ogni indiano sa che quando viene preso in una città dei bianchi, nei sistemi dei bianchi, 137 nel tribunale dei bianchi, non ha alcuna possibilità di cavarsela. È per questo che si dichiarano sempre colpevoli, non chiedono un avvocato, se ne vanno in galera e basta.». Il testo è di un avvocato anonimo del Sud Dakota, citato da STEINER S., «*Uomo bianco scomparirai*», Jaca Book, Milano, 1977, p. 134.

ripristinati affinché si possa giungere ad una “guarigione comunitaria”<sup>390</sup> e raggiungere una giustizia sociale.

Invero, la giustizia nativa, improntando il processo in termini di guarigione comunitaria e di reintegrazione del singolo soggetto all'interno della comunità, parte necessariamente dal momento in cui il reo si assuma la propria responsabilità<sup>391</sup> e una volta presa coscienza dell'errore compiuto, la comunità gli offre il proprio aiuto per reintegrarsi consapevolmente nel nucleo sociale a cui appartiene.

In questo modo, come accade con gli istituti riparativi applicati negli ordinamenti Occidentali, avviene un coinvolgimento di più soggetti che, attraverso il dialogo e il confronto, ricostruiscono la propria identità e il proprio legame con la comunità.

Solitamente il procedimento si svolge ispirandosi ai principi della legge tradizionale, ai racconti mitici e alla visione del mondo nativa e l'obiettivo è la restaurazione dell'armonia tra i membri della società.

Il soggetto che ha compiuto la condotta criminosa, dopo avere ammesso la propria colpevolezza può scegliere di non essere processato dinanzi ai tribunali statali ma di sottoporsi al giudizio della propria comunità di appartenenza; ne deriva che affinché il procedimento giudiziale comunitario possa dichiararsi legittimo, la partecipazione del reo deve basarsi sul suo libero consenso, poiché nel reo deve esserci la volontà di conformarsi nuovamente alle norme sociali.

Inoltre, non bisogna pensare che la scelta del soggetto di essere giudicato attraverso un procedimento non formale sia sinonimo della volontà di questi di sottoporsi ad un trattamento più favorevole o di una pena più esigua, questo perché, sebbene il sistema delle pene degli *indios* è ben diverso

---

<sup>390</sup> L'espressione in lingua originale «community healing», è adottata da ANDERSEN C., *Governing Aboriginal Justice in Canada: Constructing Responsible Individuals and Communities through Tradition*, in *Crime, Law & Social Change*, n. 31, 1999.

<sup>391</sup> La validità della “retorica della responsabilità” è riconosciuta anche da filosofi del diritto come SMART B., *The Subject of Responsibility, Philosophy and Social Criticism*, n. 21, 1995.

da quello delle società Occidentali, non significa che non si ispiri agli stessi canoni di proporzionalità e di adeguatezza.

Per esempio, le sanzioni indigene possono includere l'allontanamento temporaneo, l'esclusione o l'isolamento dalla società, la pubblica vergogna o alcune di esse potrebbero includere anche punizioni fisiche, come la fustigazione.

Non sorprende quindi, come alcune modalità sanzionatorie definite "riparative" dagli *indios* e applicate nel loro specifico contesto culturale, non sono ben accette dai sostenitori del moderno paradigma riparativo.

Agli occhi degli studiosi, le pratiche riparative indigene potrebbero in realtà sembrare che orientino la pena in un'ottica retributiva e quindi apparire non efficienti per risocializzare il reo.

In realtà, deve considerarsi che il sistema valoriale delle popolazioni indigene è completamente differente dal nostro, infatti, la libertà è un valore primario che non sono disposti a sacrificare e per questo il carcere, per loro, non rappresenta una pena "giusta": risocializzare il reo, per gli *indios*, non vuol dire rieducarlo ma bensì, reintegrarlo e reinserirlo nella comunità.

Invero, nella visione nativa la sanzione servirebbe in parte a punire il trasgressore, ma anche e soprattutto a dargli l'opportunità di rendersi pienamente conto dell'inadeguatezza del comportamento e dell'illeceità dell'azione compiuta.

Dall'analisi appena svolta, si comprende come la "*Restorative justice*" sebbene trovi un *humus* fertile nelle popolazioni indigene, che grazie al contesto societario deformalizzato ne permettono una massima applicazione, in un moderno Stato di diritto, la giustizia riparativa si trova a vivere in una forma "ibrida"<sup>392</sup>, a metà strada tra quelle che sono le pratiche burocratizzate del tradizionale processo penale - che richiede il rispetto dei principi formali - e le pratiche riparative autonome basate su elementi di giustizia informali

---

<sup>392</sup> HARRY B., *Restorative Visions and Restorative Justice Practices: Conferencing, Ceremony and Reconciliation*, in *Criminal Justice*, n.1, vol. 10, Luglio 1998.



## 8. Considerazioni conclusive.

*La giustizia riparativa come alternativa alla detenzione nonostante sia un'opzione molto coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento, ed in particolare con la funzione di risocializzazione della pena, crea qualche frizione con i principi del diritto penale processuale. Le ragioni di tale criticità si ritrovano nella origine eteronoma della "Ristorative justice" che invece si conciliano perfettamente con la natura deformalizzata dei sistemi di Common Law. Inoltre, va anche evidenziato che la recezione degli istituti di giustizia riparativa nel nostro sistema è recente e non consente, ancora, di sviluppare un giudizio complessivo, su larga scala, fondato sull'analisi dei risultati ottenuti tramite l'irrogazione degli istituti siffatti.*

*Tuttavia, al termine della presente analisi, è possibile trarre qualche conclusione preliminare, utile per ulteriori approfondimenti.*

*L'affermarsi del paradigma riparativo, insieme alle pratiche di mediazione, certamente rappresenta uno dei cambiamenti più importanti, a cui si è assistiti, nel campo del controllo penale.*

*In particolare, la mediazione, in tutte le sue varianti prasseologiche, suscita forte interesse da parte di quegli operatori del diritto penale italiano concordi nel ritracciare la prima causa della crisi del sistema sanzionatorio nella "promessa non mantenuta della modernità".*

*Invero, le istanze moderne, di matrice illuministica, promettevano di utilizzare il diritto penale per placare i disordini sociali e la violenza; ciò che invece si registra nella prassi, è una allarmante tendenza dello Stato moderno che ha finito per monopolizzare il diritto rendendolo esso stesso violenza, ma formalizzata in legge.*

*Le preoccupazioni dell'Accademia che denunciava le incongruenze del sistema sanzionatorio con i principi fondamentali e la sua inadeguatezza a ricomporre, efficacemente, i conflitti sociali scaturiti dalla commissione di reati sono diventate tristemente realtà, traducendosi in un'inefficienza cronica*

*della macchina giudiziaria. L'enorme mole di processi che la giurisprudenza è costretta, quotidianamente, a fronteggiare non può che andare, infatti, a detrimento della risposta sanzionatoria lasciando insoddisfatta la domanda di giustizia.*

*La crisi di credibilità del sistema sanzionatorio è evidente, anche, sotto il profilo della effettività della pena, in cui è sempre più accentuato lo scarto tra pena edittale, pena irrogata e pena effettivamente scontata.*

*Ciò che più delude, infine, lo studioso del diritto penale, è l'inadeguatezza della sanzione penale rispetto agli scopi a cui la medesima deve tendere nel rispetto dei principi della Carta Costituzionale e nel rispetto della persona umana.*

*Parafrasando le parole di Faget, l'affermarsi, dunque, del paradigma riparativo all'interno dei sistemi di giustizia criminale si inserisce, quindi, nello scenario di una società che cerca un nuovo modo di governarsi e di produrre coesione sociale, attraverso nuovi riferimenti per l'azione.*

*Giunti a questo punto ci si interroga se i conflitti ingenerati dal reato possano ancora essere risanati con i metodi tradizionali di giustizia ovvero se non fosse auspicabile un abbandono della logica coercitiva, parziale, del trattamento sanzionatorio per intraprendere un percorso ispirato ad una logica di inclusione della persona che cede alle ragioni del delinquere.*

*Dalle prime applicazioni del paradigma riparativo, in Italia, frutto dell'esperienza anglosassone, ergono, contemporaneamente, tanto i pregi tanto i limiti del medesimo sistema. Invero la giustizia riparativa, se da un lato, si presenta capace di superare i limiti intrinseci della pena retributiva e al contempo di essere coerente con la pena intesa come integrazione sociale, dimostrando la sua attitudine a sintetizzare i conflitti e placare il sentimento di insicurezza dei consociati, dall'altro lato è in forte conflitto con alcuni principi del sistema processuale penale.*

*La nuova proposta ermeneutica di «risocializzazione» volta a favorire una giustizia di tipo relazionale – comunicativa che è il fondamento della*

*“Restorative Justice” riesce a bilanciare i bisogni della vittima e le esigenze del reo, in quanto, la vittima riconquista un ruolo sulla scena processuale, in cui non è più solo un potenziale testimone nella veste di “parte civile” ma torna ad esserne protagonista con un suo spazio e una sua voce. Contemporaneamente il reo diventa oggetto di un percorso che gli consente una presa di coscienza del proprio errore e lo pone nelle condizioni di potervi riparare.*

*Nonostante quindi l’entusiasmo con cui gli interpreti del diritto penale non possono non guardare alle ipotesi di giustizia riparativa, come si diceva, contemporaneamente non possono nemmeno ignorarsi le frizioni delle medesime con i principi del processo penale e nello specifico: la presunzione di non colpevolezza, l’obbligatorietà dell’azione penale e il diritto di difesa.*

*Il sistema processuale italiano infatti differisce grandemente con quello dei sistemi di common law sui quali si è modellato il paradigma della Restorative Justice.*

*Bisogna allora domandarsi come conciliare questo conflitto senza snaturare l’essenza della giustizia riparativa.*

*Due risultano le ricostruzioni esegetiche proposte. In primo luogo, si è proposto di formalizzare le pratiche di mediazione in una norma che expressis verbis le legittimi e le disciplini. Tale assunto però ha trovato la resistenza di quanti hanno eccepito una antinomia ontologica fra una siffatta formalizzazione e la natura stessa della mediazione.*

*Sembra suffragare tale critica il recente intervento del legislatore che, nell’ultima riforma del 2017, non ha ritenuto di dover tipizzare delle forme di giustizia riparativa assolutamente intesa, ma si è limitato a far rifluire il concetto di condotta riparatoria nella nuova ipotesi di estinzione del reato ai sensi del 162-ter.*

*Ad opinione di scrive, dunque, sembra più suggestiva il parere di quella dottrina che lucidamente evidenzia come sarebbe di gran lunga più efficiente e rispettoso dei principi, tanto sostanziali quanto processuali,*

*assegnare al procedimento della mediazione una valenza complementare al processo e non sostitutiva del medesimo. Un' applicazione preprocessuale assicurerebbe la possibilità di ottenere tutti i vantaggi derivati dalle tecniche di giustizia riparativa senza rinunciare alle garanzie del sistema processuale.*

*Queste riflessioni non hanno la pretesa di esaurire la trattazione del tema, ma si ripropongono, invece, di essere un punto di partenza per nuove proposte – che tenga conto della tensione tra le esigenze del paradigma riparativo e dei principi conquistati con l'avvento dello Stato di Diritto – su cui “forse vale la pena investire qualcosa in più di una semplice scommessa”.*

## *Bibliografia*

- AMARELLI G., *La nuova causa estintiva per condotte riparatorie ex art. 162-ter c.p.*, Profilo politico criminale, presupposti applicativi e prime incertezze interpretative, in *Studium Juris*, n. 11, 2017.
- AMATO N., *Diritto delitto carcere*, Giuffrè, Milano, 1987.
- ANDERSEN C., *Governing Aboriginal Justice in Canada: Constructing Responsible Individuals and Communities through Tradition*, in *Crime, Law & Social Change*, n. 31, 1999.
- ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983.
- ARISOTOTELE, *Etica Nicomachea*, Libro V, trad. it. MAZZARELLI C, Bompiani, 2000.
- BARAK A., *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, 2012.
- BASCO M. G. - DE GENNARO S., *La messa alla prova nel processo penale minorile*, Torino, 1997.
- BAUMAN Z., *Beschränkung des Lebensstandards statt kurzfristiger Freiheitsstrafe*, Frankfurt am Main, 1968.
- BAUMAN Z., *La solitudine del cittadino globale*, Feltrinelli, Milano, 2000.
- BAUMAN Z., *Modernità liquida*, 17<sup>a</sup> ed., Bari, 2011.
- BAUMAN Z., *Paura liquida*, trad. it. CUPELLARO M, Laterza, Bari, 2008.
- BAUMAN Z., *Resozialisierungsgedanke und Rechtsgilterschutz un 1. Und 2. Strafrechtsreformgesetz*, in *Driz* 1970.
- BAUMAN Z., *Vite di scarto*, trad. it., Laterna, Roma-Bari, 2005.
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di VENTURI F., 10<sup>a</sup> ed., Mondadori, Torino, 2011.
- BELLOMO F., *Nuovo sistema del diritto penale*, I, Bari, 2012.
- BERNARDI A., *Europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004.

- BETTIOL G., *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, Riv. it. dir.pen., 1951.
- BONAFE'– SCHMITT J. P., *La Médiation: un Justice Douce*, Paris, Syros Alternative, 1992.
- BONVISSUTO S., *Dentro*, Archivio Einaudi, 2012.
- BOVATI P., *Vie della giustizia secondo la Bibbia. Sistema giudiziario e procedure per la riconciliazione*, EDB, Bologna, 2014.
- BRAITHWAITE J., *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, 1989.
- BRAITHWAITE J., *Restorative Justice & Responsive Regulation*, New York, Oxford University, 2002.
- BRICOLA F., *Intervento sul tema: "L'azione per la repressione dell'illecito tra obbligatorietà e discrezionalità"*, in Giustizia e Costituzione, 1991.
- BRICOLA F., *Le misure alternative alla pena nel quadro di una nuova politica criminale*, in AA. VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1978.
- BRICOLA F., *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1988.
- BRICOLA F., *Scritti di diritto penale*, Vol. I tomo II, *Diritto premiale e sistemale penale*, Giuffrè Milano, 1997.
- BRICOLA F., *Teoria generale del reato in Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973.
- CANTARELLA E., *I greci, noi e la pena di morte*, Argos, 2009, versión Online ISSN 1853-6379.
- CATTANEO M. A., *Il problema filosofico della pena*, Editrice universitaria, Ferrara, 1879.
- CATTANEO M. A., *Pena diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1990.
- CAVALIERE A., *Diritto penale «del nemico» e «di lotta»: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, Monduzzi, Bologna, 2007.

CAVALIERE A., *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, Giuffrè, Macerata, 1998.

CERETTI A. – CORNELLI R., *Quando la sicurezza cortocircuita la democrazia*, in O. Mazza Viganò (a cura di), *Il «pacchetto sicurezza» 2009*, Giappichelli, Torino, 2009.

CERETTI A., *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in PICOTTI (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1997.

CERTOSINO D., *Mediazione e giustizia penale*, Cacucci Ed., Bari, 2015.

COLAMUSSI M., *La messa alla prova*, Cedam, Milano, 2011.

CONTI C., *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 67 del 2014: problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, in PALAZZO F., SPANGHER G., (a cura di), "Giurisprudenza italiana dal 1849. Gli Speciali", *Sistema sanzionatorio e processo penale: lavori in corso 2015*, IPSOA, 2015.

CORLEONE F., *Il carcere e la crisi della giustizia*, in Riv. Il Mulino, n. 6, novembre-dicembre 2011.

COSI G., *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, Giuffrè, Milano, 2007.

D'AGOSTINO F., voce Sanzione (teoria gen.), in Enc. Dir., XLI, Milano, 1989.

D'AMATO S., *La giustizia riparativa tra istanze di legittimazione ed esigenze di politica criminale*, in Arc. Pen., n.1, 2018.

DE MONTESQUIEU C. L., *Lo spirito delle leggi*, Utet, 2005.

DELITALA G., *Cesare Beccaria e il problema penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1964.

DELITALA G., *Le dottrine generali del reato nel progetto Rocco*, 1927, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, 1976.

DELITALA G., *Prevenzione e repressione nella riforma penale*, in Riv. it. dir. pen., 1950.

DOLCINI E., *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2015.

- DOLCINI E., *La “rieducazione del condannato” tra mito e realtà*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1979.
- DONINI M., *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in Studi sulla questione criminale, n. 2, 2007.
- DONINI M., *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in Scritti per Federico Stella, vol. I, Jovene, Napoli, 2007.
- DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in Riv. Dir. Pen. Contemporaneo, n. 4, 2013.
- DONINI M., *Scienza penale e potere politico*, in Riv. it. dir. proc. pen., n.1, 2015.
- DOVA M., *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Giappichelli, Torino, 2017.
- DURKHEIM E., *La divisione del lavoro sociale (1893)*, trad. it., La cultura, Milano, 1996.
- ESER A., *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altra?*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1997.
- EUSEBI L., *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in Riv. it. dir. proc. Pen., Giuffrè, Milano, n. 4, 2006.
- EUSEBI L., *La pena in “crisi”*, il recente dibattito sulla funzione della pena, Morcelliana, Brescia, 1990.
- EUSEBI L., *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, in "Diritto penale e processo", n. 5, 2013.
- EUSEBI L., *Ripensare le modalità della risposta ai reati traendo spunto da C. Eur. Dir. Uomo 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, in Cass. pen., 2009.
- FAGET J., *I “ragionevoli compromessi” della mediazione penale*, in Studi sulla questione criminale, IV, n. 1, 2009.
- FARAGUNA P. – GIALUZ M., *Il carcere e la promessa tradita della Costituente*, in Riv. Il Mulino, n. 6, 2012.



- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 8<sup>a</sup> ediz., Roma-Bari, 2004.
- FEUERBACH A., *Anti-Hobbes (1797)*, trad. It. CATTANEO M.A., Milano, 1972.
- FEUERBACH A., *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, vol. 2 Erfurt-Chemnitz, 1799/1800, r.a. Aalen, 1973.
- FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale: parte generale*, 7<sup>a</sup> ed., Zanichelli, Bologna, 2014.
- FIANDACA G., *Commentario della Costituzione*, fondato da Branca G. e continuato da Pizzorusso A., vol. 5, Bologna 1975.
- FIANDACA G., *Commento all'art 27, comma 3° Cost., Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca e Pizzorusso, Laterza, Bologna, 1991.
- FIANDACA G., *Considerazioni sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in AA.VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M. Stile, Jovene, Napoli, 1991.
- FIANDACA G., *L'offensività è un principio codificabile?* in *Foro it.*, 2001.
- FIANDACA G., *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune (2001)* Cedam, Padova 2002.
- FIANDACA G., *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Riv. Criminalia*, Annuario di scienze penalistiche, 2013.
- IORE C. – IORE S., *Diritto penale: parte generale*, 4<sup>a</sup> ed., Utet Giuridica, Torino, 2013.
- FLICK G. M., *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, DeS, Editoriale Scientifica srl, n.1, 2012.
- FOIS S., *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano 1973.
- FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, Giuffrè, 1999.
- FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2000.

- FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad.it TARCHETTI A., Einaudi, Torino, 2010.
- GALLO M., voce *Dolo* (dir. pen.), in Enc. dir., XIII, 1964.
- GARDLAN D., *Pena e società moderna, uno studio di teoria sociale*, il Saggiatore, Milano, 1999.
- GARLAND D., *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, trad.it CERETTI A., Il saggiatore, Milano, 2004.
- GATTI U. – MARUGO M. I., *La vittima e la giustizia riparativa*, in G. PONTI (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano, Giuffrè, 1995.
- GIUNTA C., *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1998.
- GOFFMAN E., *Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, trad. it., Einaudi, Torino, 2001.
- GRANDE E., *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000.
- GRIMOLDI M. – CACIOPPO R., *L'abito su misura. Significato ed effetti attesi dai contenuti di progetti di messa alla prova a favore di minori autori di reato*, in *Minori giustizia*, n. 1, 2013.
- GROLMAN K., *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, 1<sup>a</sup> ed. Giessen 1798, r.a. *Glashütten im Taunus*, 1970, 3<sup>a</sup> ed., Giessen 1818.
- GROSSO C. F. – PELISSERO M. – PETRINI D. – PISA P., *Manuale di diritto penale- parte generale*, Milano, Giuffrè, 2013.
- GROZIO U., *De iure belli ac pacis* II, XX, 11.
- HARRY B., *Restorative Visions and Restorative Justice Practices: Conferencing, Ceremony and Reconciliation*, in *Criminal Justice*, n.1, vol. 10, Luglio 1998.
- HOWARD Z., *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Herald Press, Scottsdale, 1990.

- HUDSON B, *Victims and Offenders*, Andrew von Hirsch, et. al., eds., Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms? Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003.
- JAKOBS G., *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004.
- JELLINEK G., *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 1908.
- JOHNSTONE G., *The Agendas of the Restorative Justice Movement*, in H.V. MILLER (ed. by), *Restorative Justice: from Theory to Practice*, Bingley, Emerald JAI, 2008.
- KANT I., *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. it. Chiodi P., in *Scritti morali*, Torino 1970.
- KANT I., *La metafisica dei costumi*, trad. it. VIDARI G., Bari, 1970.
- KRAUSE K., *Abriss des Systems der Philosophie des Rechts oder des Naturrechts*, Gottingen, 1828.
- LANZA E., *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenni*, Milano, 2003.
- LEONARDI F., *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale e abbattimento della recidiva*, in *Rass. Pen. Crim.*, n. 2, 2007.
- LINDEN M., *Posttraumatic Embitterment Disorder*, in "Psychother psychosom", 2003, vol. 72, n. 4.
- LODIGIANI G. A., *La prospettiva del rendere giustizia nel canone scritturistico ebraico - cristiano*, in *Themis - Rivista giuridica*, 3, 2011.
- MALDONADO SMITH M. E., *Torres de Babel. Estado, multiculturalismo y derechos humanos*. ed. UNAM, Messico, 2015.
- MANCONI L., *Così si muore in galera. Suicidi e atti di autolesionismo nei luoghi di pena*, in *Polit. Dir.*, n. 2, 2002.
- MANGIARACINA A., *Il rifiuto opposto dal Regno Unito alla consegna dei condannati: quando in gioco vi è (anche) la credibilità internazionale*, in *Riv. Penale contemporanea*, n. 1, 2015.

- MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Giappichelli, Torino, 2017.
- MANNOZZI G., *La giustizia riparativa per il crimine dei colletti bianchi: una possibilità o un paradosso?*, in AA.VV., *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Cedam, Padova, 2016.
- MANNOZZI G., *La giustizia senza spada*, Milano, Giuffrè, 2003.
- MANNOZZI G., *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia*, in commento, *Diritto penale e processo* n. 7, 2012.
- MANNOZZI G. – LODIGIANI G. A. (a cura di), *Giustizia riparativa, Ricostruire legami, ricostruire persone*, il Mulino, Bologna, 2015.
- MANTOVANI F., *Diritto penale: parte generale*, 10<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova, 2017.
- MANTOVANI F., *Il principio di offensività del reato nella Costituzione, in Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977.
- MANTOVANI F., *Il vero «diritto penale minimo»: la riduzione della criminalità?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005.
- MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2018.
- MARINUCCI G., *L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, in *La questione criminale*, Il Mulino, Bologna, 1981.
- MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., in *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, 1974.
- MARSHALL T. F., *Restorative Justice. An Overview*, Home Office, Information & Publications Group, Research Development and Statistics Directorate, London, 1999.
- MARTISON R., *What Works?, Questions and Answers about Prison Reform, in Public Interest*, 1974.
- MATHIESEN T., *Perché il carcere?* trad. it., Abele, Torino, 1996.

MAZZUCATO C., *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico-pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia riparativa*, in L. Picotti - G. Spangher (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Milano, 2005.

MAZZUCATO C., *Ostacoli e "pietre di inciampo" nel cammino attuale della giustizia riparativa in Italia*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, G. Mannozi - G. A. Lodigiani (a cura di), Bologna, 2015.

MC COLD P., WACHTEL T., *In Pursuit of Paradigm*, 2003, in <http://www.realjustice.org/articles.html?articleId>.

MESTITZ A. – COLAMUSSI M., *Messa alla prova e restorative justice*, in *Minori Giustizia*, 2000.

MESTITZ A., *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Roma, Carocci, 2004.

MOCCIA S., *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Editoriale scientifica, Napoli, 1988.

MOCCIA S., *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Vol I, Edizioni scientifiche italiane, 2003.

MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1992.

MOCCIA S., *L'odierna funzione di 'controllo' e di 'orientamento'*, in *Riv. Criminalia*, Annuario di scienze penalistiche, 2013.

MOCCIA S., *La mediazione come alternativa alla sanzione penale*, in *Mediazioni, conflitti e società complesse. Atti del Convegno Internazionale*, a cura di Ferrara, Pucciarelli e Troisi, Avellino, 2006.

MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni scientifiche italiane Napoli, 2000.

MOCCIA S., *La promessa non mantenuta: ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2001.

MOCCIA S., *Mediazione, funzione della pena e principi del processo*, in Rassegna di dottrina, n. 4, 2004.

MOCCIA S., *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in Enc. giur. Treccani XXII, Roma 1990.

MOCCIA S., *Riflessioni intorno al sistema sanzionatorio e propositi di riforma*, in Riv. online "La legislazione penale", Settembre 2016

MOCCIA S., *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in Riv .it. dir. e proc. pen., 1989.

MOCCIA S., *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello stato di diritto*, *Criminalia*, 2012.

MONGILLO V., *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, Estratto da: Critica del diritto, Rassegna di dottrina giurisprudenza legislazione e vita giudiziaria, Edizioni Scientifiche Italiane, Gennaio-Dicembre, n.1, 2009.

MORINEAU J., *Lo spirito della mediazione*, Angeli, Milano, 2003.

MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, Milano, 1974.

MUZZICA R., *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, in "Processo penale e giustizia" , n. 3, 2015.

NUVOLONE P., *La problematica penale della Costituzione*, in *Scritti in onore di Mortati*, IV, Milano, 1977.

PACKER H.L., *I limiti della sanzione penale*, trad. it., Giuffrè, Milano, 1978, p.383.

PADOVANI T., *L'utopia punitiva: il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Giuffrè, Milano, 1981.

PAGLIARO A., *Il diritto penale tra norma e società, scritti 1956-2008*, vol. III, Altri scritti – I, Giuffrè, 2008.

PALAZZO F., *Esecuzione progressiva e «benefici» penitenziari: che cosa conservare*, in AA.Vv., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Giuffrè, Milano, 2002.

- PALAZZO F., *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture. (A proposito della legge n. 67/2014)*, in Riv. it. dir. proc. pen., n. 4, 2014.
- PALAZZO F. C., *Principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, CEDAM, 1979.
- PALAZZO F., *Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia*, in Riv. Penale Contemporane, n. 4, 2017.
- PALAZZO F., *La riforma del sistema sanzionatorio: le esperienze del passato e le prospettive future*, in *Le pene– riscrivere il codice penale*”, Pacini Editore, Pisa, 2014.
- PALAZZO F., *Strafgesetzlichkeit. Transformation und Vielschichtigkeit eines „Fundamentalprinzips“ (Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen. Kleine Schriften* , Münster, Berlin, 2010.
- PALIERO C. E., *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed ‘effetti penali’ dei media)*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006.
- PARISI F., *I confini della Restorative Justice nella più recente normativa europea sulla tutela della vittima: ragionevole attuazione di una victim - centred justice o inevitabile condanna al destino di Sisifo?*, in *Sistema penale e tutela delle vittime tra diritto e giustizia*, M. F. Cortesi - E. La Rosa - L. Parlato - N. Selvaggi, (a cura di), 2015.
- PARISI F., *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione. Considerazioni a partire dai risultati intermedi di un progetto di ricerca europeo sulla protezione della vittima*, in Riv. Penale contemporaneo, n. 3, 2014.
- PAVARINI M., *Decarcerizzazione e mediazione nel sistema penale minorile*, in PICOTTI (a cura di), *la mediazione nel sistema penale minorile*.
- PAVARINI M., *I nuovi conflitti della penalità*, Bologna, 1994.
- PECORELLA G., *L’efficacia nel tempo della legge più favorevole*, Cuem, Milano, 2008.
- PEDRAZZI C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Giuffrè, Milano, 1955.

- PELISSERO M., *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Giappichelli, Torino, 2008.
- PERGOLA U., *La legge biblica del taglione: suo significato e valore*, *La Rassegna Mensile di Israel*, terza serie, Vol. 16, 1950.
- PERINI C., *Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia*, in *Riv. Diritto penale contemporaneo*, n. 1, 2017.
- PETROCELLI B., *Retribuzione e difesa nel progetto di codice penale del 1949*, in *Riv. It. Dir. pen.*, 1950.
- PINO G., *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Riv. Ragion pratica*, n. 2, 2014.
- PITTARO P., *L'effettività della sanzione penale: un'introduzione*, in AA. VV., *l'effettività della sanzione penale*, Milano, 1998.
- PUGIOTTO A., *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Riv. Telematica giuridica dell'A.I.C.*, n. 2, 2014.
- PULITANO D., *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in AA.Vv., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. Stile, Jovene, Napoli, 1985.
- PULITANÒ D., *Politica criminale*, in MARINUCCI G., DOLCINI E., (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè Milano, 1985.
- REGGIO F., *Giustizia dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice*, Angeli, Filosofia del diritto, 2010.
- REGGIO F., *Vittima, offensore e comunità «pietre angolari» per un «ritorno all'umano» della giustizia penale*, in *Per una nuova giustizia possibile. Un progetto per la Città*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.
- ROCCO A., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale: contributo alle teorie generali del reato e della pena*, F.lli Bocca, Milano, 1913.
- ROMAGNOSI G. D., *Genesi del diritto penale (1791)*, Giuffrè, Milano 1996.
- ROMANO M., *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1967.
- ROXIN C., *Fragwürdige Tendenzen in der Strafrechtsreform*, in *Radius*, 1966.



- ROXIN C., *La posizione della vittima nel sistema penale*, in *Ind. pen.*, 1989.
- ROXIN C., *Politica criminale e sistema del diritto penale (1970)*, 2<sup>a</sup> ed. 1973), trad. it. MOCCIA S., Napoli 1986.
- ROXIN C., *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1, 1987.
- ROXIN C., *Zur Entwicklung des Strafrechts im kommenden Jahrhundert*, in E.W. PLYWACZEWSKI (a cura di), *Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie*, Bialystok, 1998.
- ROXIN C., *Zur jüngster Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im strafrecht*, in *Festschrift für P. Bockelmann*, München, 1979.
- SALAS D., *Il populismo penale*, in *Quest. giust.*, n. 2, 2006.
- SBRICCOLI M., *Giustizia criminale*, in *Storia del diritto penale e della giustizia in Europa*, I, 2009.
- SCARDACCIONE G., *Nuovi modelli di giustizia: Giustizia riparativa e mediazione penale*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n.1-2, 1997.
- SILVESTRI G., *La dignità umana dentro le mura del carcere, Intervento al Convegno «Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torregiani della CEDU»*, Roma, Carcere di Rebibbia, 28 maggio 2014, in *Riv. Diritto pubblico*, n.1, 2014.
- SIMON J., *“Il governo della paura”. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, trad. it., Cortina, Milano, 2008.
- SIMONATO M., *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, Giappichelli, Milano, 2014.
- SMART B., *The Subject of Responsibility*, *Philosophy and Social Criticism*, n. 21, 1995.
- SPRICIGO B., *La giustizia riparativa nel sistema penale e penitenziario in Nuova Zelanda e Australia: ipotesi di complementarità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015.
- STEINER S., *“Uomo bianco scomparirai”*, Jaca Book, Milano, 1977.

- STELLA F., *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, Bologna, 2006.
- STELLA F., *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1973.
- STELLA F., *La tutela penale della società*, in MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985.
- STENDARDI D., *Per una proposta legislativa in tema di giustizia riparativa*  
*Per una proposta legislativa in tema di giustizia riparativa: spunti di riflessione dall'analisi degli ordinamenti degli Stati Uniti e del Regno Unito*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2015.
- SWEPSTON L., "A New Step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples: ILO Convention n. 169 of 1989", *Oklahoma City University Law Review*, n. 15, 1990.
- SYKES G.M., *The Society of Capyives. A Study of a Maximun Security Prison*, Princeton, 1958.
- TIGANO S., *Giustizia riparativa e mediazione penale*, in "Rassegna penitenziaria e criminologica", n. 2, 2006.
- TRAMONTANO G., *Percorsi di giustizia: verso una nuova modalità di risoluzione dei conflitti*, in *Rassegna pen. crim.*, n. 2, 2010.
- TUMMINELLO L., *Il "volto" del reo, l'individuazione della pena tra legalità ed equità*, Giuffrè, Milano, 2010.
- VALENTINI V., *Cause di giustificazione e abrogatio criminis*, in Riv. It., 2009.
- VASSALLI G., *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi Pioletti*, Giuffrè, Milano, 1982.
- VASSALLI G., *Funzioni ed insufficienze della pena*, in Riv.dir.proc.pen., n.2, 1961.
- VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, 1994.
- VEZZADINI S., *La vittima di reato tra negazione e riconoscimento*, Bologna, Clueb, 2006.

- VIGANÒ F. – MAZZA O., *La procedura penale, in Europa e giustizia penale, Gli Speciali di Diritto penale processo*, in Riv. Dir. pen. Cont, 2011.
- VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in Dir. pen. cont., 19 dicembre 2016 e in C.E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L. Risicato (a cura di), *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, ESI, Napoli, 2016.
- VIGANÒ F., *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all’adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in Dir. pen. cont., 9 gennaio 2013.
- VON JHERING R., *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen, 1867.
- VON LISZT F., *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1883, p. 1 ss. (trad. it. a cura di A.A. Calvi), *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1962.
- VON LISZT F., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Giuffrè, 1962.
- VORMBAUM T. *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, Riv. Dir. pen. Contemporaneo, n.1, 2015.
- WALGRAVE L., in *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, Cullompton (Devon), Portland (Oregon), Willan Publishing, 2008.
- WALGRAVE L., *Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice*, in *Washington University Journal of Law and Policy*, n. 36, 2011.
- WALZER M., *Sfere di giustizia*, Laterza, 2008.
- WRIGHT M., *Justice for Victims and Offender*, Waterside Press, Winchester, 1996.
- ZAFFARONI E.R., *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, 1989, trad., *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dogmatica giuridico – penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

ZELLERER E. – CUNNEEN C., *"Restorative justice, indigenous justice, and human rights."* In *Restorative community justice: Repairing harm and transforming communities*, ed. Gordon Bazemore and Mara Schiff, 2001.

ZUCCALÀ G., *Sul preteso principio di offensività*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, di AA. VV. (tre tomi), Milano, 1984.

## *Giurisprudenza*

- Corte Cost., sent. n. 104 del 1957.
- Corte Cost., sent. n. 53 del 1961.
- Corte Cost., sent. n. 15 del 1962.
- Corte Cost., sent. n. 169 del 1963.
- Corte Cost., sent. n. 12 del 1966.
- Corte Cost., sent. n. 26 del 1966.
- Corte Cost., sent. n. 191 del 1970.
- Corte Cost., sent. n. 168 del 1971.
- Corte Cost., sent. n. 42 del 1972.
- Corte Cost., sent. n. 204 del 1974.
- Corte Cost., sent. n. 264 del 1974.
- Corte Cost., sent. n. 114 del 1979.
- Corte Cost., sent. n. 169 del 1983.
- Corte Cost., sent. n. 170 del 1984.
- Corte Cost., sent. n. 11 del 1988.
- Corte Cost., sent. n. 364 del 1988.
- Corte Cost., sent. n. 282 del 1989.
- Corte Cost., sent. n. 409 del 1989.
- Corte Cost., sent. n. 479 del 1989.
- Corte Cost., sent. n. 487 del 1989.
- Corte Cost. sent. n. 313 del 1990.
- Corte Cost. sent. n. 88 del 1991.
- Corte Cost. sent. n. 349 del 1993.
- Corte Cost., sent. n. 317 del 1996.
- Corte Cost. sent. n. 173 del 1997.
- Corte Cost. sent. n. 158 del 2001.
- Corte Cost. sent. n. 341 del 2006.
- Corte Cost. sent. n. 393 del 2006.
- Corte Cost. sent. n. 394 del 2006.
- Corte Cost. sent. n. 190 del 2010.
- Corte Cost. sent. n. 249 del 2010.
- Corte Cost. sent. n. 250 del 2010.
- Corte Cost. sent. n. 236 del 2016.
- Corte di Giustizia, sent. del 1964, causa C 6/ 64 Costa c. Enel.
- Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. II, Caso *Sulejmanovic vs Italia*, Sent.16 luglio 2009, (Ricorso n. 22635/03).
- Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. II, Causa *Torreggiani e altri C. Italia*, 8 Gennaio 2013 (Ricorso 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 E 37818/10).

## Ringraziamenti

*L'iscrizione alla facoltà di Giurisprudenza è avvenuta un po' per caso, sognavo di fare la giornalista per poter scrivere dei diritti che ogni giorno vengono infranti.*

*Ad oggi il mio sogno è cambiato: non voglio dare solo una voce a quei diritti ma voglio farli valere. Una passione inaspettata ha accompagnato questo mio percorso e il prestigio della mia Università, la "Federico II" di Napoli, mi ha reso ancora più fiera della scelta fatta.*

*Esame dopo esame, ho imparato a capire l'importanza che ha la conoscenza degli istituti giuridici ma è stato l'incontro con il Prof. Sergio Moccia a spingermi ad approfondire lo studio del Diritto Penale. Durante le sue lezioni, ho potuto ammirare la passione con cui spiegava, ne ho stimato i modi anticonvenzionali e ho provato a fare bagaglio della sua cultura.*

*Sono sicura, però, che il mio lavoro non sarebbe potuto essere così com'è, se non avessi avuto l'aiuto di una giovane dottoranda, la Dott.ssa Giulia Beguinot, a cui auguro un giorno, di poter diventare un grande Magistrato, conservando la gentilezza e la precisione che mi ha riservato in tutto il percorso.*

*Un percorso universitario che non avrebbe avuto la stessa importanza se non avessi potuto dividerlo con le persone che amo.*

*È stato essenziale...*

*l'appoggio dei miei genitori, la forza che mi trasmettono con i loro sacrifici e la stessa distanza che se da un lato ci ha tolto tanti momenti, dall'altro ci ha unito sempre di più. Sono convinta che un giorno la vita vi ripagherà dei vostri sforzi; siate fieri di quello che fate con l'onestà che vi contraddistingue;*

*la presenza costante dei miei fratelli, che seppur più piccoli di me, in certi momenti hanno dimostrato di essere più grandi, sapendomi sostenere e ascoltare. La caparbia di Sonia, la porterà a volare alto e la dolcezza di Christian nasconde in realtà, la forza di un piccolo uomo.*

*Oggi posso dire di aver affrontato con tanta determinazione il mio percorso è questo lo devo, soprattutto, ai valori che mi ha trasmesso mia Nonna, una donna d'altri tempi, che ancora oggi riesce a tenere unita tutta la mia famiglia, ed è proprio di quella nostra unione e di quei nostri momenti di dialogo e di discussione che ne ho fatto tesoro; vorrei poter dire ad ogni mio cugino ed ogni mio zio, che siete stati importanti perché ognuno di voi, in modo diverso, mi ha insegnato qualcosa.*

*Ma in questo percorso come in ogni foto, c'è stato anche il negativo e ringrazio Marco che più di ogni altro, mi è stato accanto e con i suoi silenzi e i suoi modi dolci, mi ha fatto capire più di quanto le parole avrebbero potuto fare; gli auguro di continuare a sognare con arroganza e di non abbassare, mai, le sue aspettative; custodisci la tua famiglia, che spesso per me, è stata un porto sicuro.*

*Insomma, un percorso di alti e bassi, una strada che gli amici hanno saputo rendere più leggera, più felice e per questo li ringrazio di esserci stati. Spesso ho imparato il diritto più davanti ad un calice di vino che leggendo un libro, grazie a due giovani avvocati, che hanno iniziato a realizzare tutti i loro obiettivi; porto nel cuore i consigli di Roberta, il suo modo di sorridere alla vita e il suo sapermi trasmettere leggerezza. Non perdere mai la tua allegria quando realizzerai i tuoi sogni.*

*Lascio per ultima, la mia amica di avventura Mery, per lei avrei fiumi di parole da dedicare, ma glieli dirò quando smetteremo di essere colleghe e non è questo il giorno, per ora ti dico di essere onorata di averti conosciuta e ti prometto di starti accanto in tutti i tuoi traguardi, festeggiandoli insieme come solo noi sappiamo fare.*

*Grazie a chi c'è stato e a chi, invece, mi sta guidando dall'alto: come una stella, è stato e sarà il mio punto fermo, a lui dedico questo punto di partenza.*

