

NEUTRALIZZARE E RIEDUCARE (PARI SONO, SENZA LA PROPORZIONE)*

SOMMARIO 1. *Neutralizzare vs rieducare*: una contrapposizione apparente. – 2. La pena: una prospettiva descrittiva e non valutativa. – 3. La pena in crisi al tempo della sicurezza come orizzonte del diritto penale. – 4. La pena è una questione di fede? – 5. Crisi della pena e latitanza della colpevolezza. – 5.1. Il capitolo dei reati colposi. – 6. La storica dissociazione assiologica tra legislatore e Corte costituzionale (e la magistratura di sorveglianza). – 7. Avvento della giustizia riparativa e incoerenze di sistema. – 8. Possibili linee evolutive. Il problema dell'imprevedibilità della pena. – 8.1. Il presupposto operativo della nomofilachia: la non sproporzione da argomento a standard. – 8.2. La Cassazione come *Sentencing Commission*? – 9. Sintesi. Neutralizzazione e rieducazione (pari sono senza proporzione)

1. *Neutralizzare vs rieducare*: una contrapposizione apparente

Apparentemente opposte, neutralizzazione e rieducazione sono prospettive di impiego della pena accomunate dalla focalizzazione sul reo, vuoi per sterilizzarne (neutralizzazione), definitivamente o *pro tempore*, la pericolosità sociale, vuoi per correggere (rieducazione) il rapporto distorto con uno o più interessi protetti e i connessi precetti comportamentali. Si tratta, dunque, in entrambi i casi di nozioni relazionali, che descrivono il rapporto tra Stato e individuo.

Ciò non di meno, come tutte le letture consequenzialistiche della pena, che la concepiscono come un mezzo per uno scopo ulteriore, principalmente la riduzione del tasso di criminalità, entrambi gli approcci soffrono la replica della realtà, al pari di quel che accade per le varie teorie della pena riconducibili alla prevenzione generale¹. È dunque opportuno chiedersi se sia giunto il tempo di abbandonare interpretazioni ormai logore dell'esperienza punitiva, incentrate sulla dicotomia tra prevenzione generale e speciale, nelle loro varie e sempre più elaborate declinazioni.

* È il testo della relazione tenuta al Convegno “*Vale ancora la pena? La risposta al reato nell'epoca contemporanea*” svoltosi a Firenze il 17 e 18 ottobre 2024.

** Professore ordinario di diritto penale nell'Università di Torino.

¹ Peraltro, giustamente, occorre distinguere tra fine della pena e sua funzione politico-criminale, poiché è solo entro quest'ultima categoria che può essere collocata la prevenzione generale, dato che nessuno spazio può esserle attribuito nella attività del giudice da un punto di vista tecnico-giuridico. Sul punto M. DONINI, *Per una concezione post riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1186.

Un qualsiasi approccio meramente descrittivo della pena oggi nel nostro sistema (ma lo stesso sembra valere in altri ordinamenti) ci dimostra che essa viene somministrata dall’Autorità giudiziaria in chiave ritualistica, senza aspettarsi un particolare risultato in termini funzionali, ma semplicemente perché così si deve fare e non vi sono utili alternative all’orizzonte.

Che però la pena funzioni nel conseguimento degli scopi cui sarebbe strumentale è tutt’altra questione.

Le dinamiche di psicologia sociale che abbiamo sotto gli occhi indicano chiaramente come la distribuzione della punizione risponda alla semplice percezione della sicurezza ed è possibile astenersi dal castigo pubblico solo quando la monetizzazione della responsabilità convenga alla contingente vittima (nelle ipotesi a querela ad esempio) o al sistema nel suo complesso (i reati tributari sono il modello per antonomasia).

Non pare revocabile in dubbio che la pena insomma venga impiegata per comunicare messaggi ad un pubblico più o meno vasto, quanto meno ai gruppi sociali che si identificano con la vittima dell’illecito o (in presenza di un reato senza una persona fisica ben individuata) con le organizzazioni collettive che ne rappresentano il soggetto esponenziale.

Nulla di nuovo, chiaramente, dato che la portata comunicativa della pena è stata da molto tempo colta dalla letteratura di settore. Già Feinberg, riprendendo Hart, ebbe a rilevare che la pena (*Punishment*) si distingue dalle varie altre figure di penalità (*non punitive Penalties*), proprio per il significato simbolico che nessun’altra misura afflittiva possiede². Quello che in questi ultimi anni, caratterizzati da populismi e demagogie di vario tipo, si è potuto constatare nei media e nella politica è però la tendenza a fare della

² Il concetto di pena è polisenso e ciò dipende dalla sua natura istituzionale, ma anche sociale. D. GARLAND, *Punishment and Modern Society*, trad. it. a cura di A. Ceretti-F. Gibellini, *Pena e società moderna*, Milano, 1999, 55. Sulla sua componente simbolica J. FEINBERG, *The Expressive Function of Punishment*, in 49 *The Monist*, 397 (1965). Da Durkheim in poi è chiaro che la sanzione penale svolge un’importante funzione simbolica comunicativa (R.A. DUFF, *Retrieving Retributivism*, in White (ed.), *Retributivism. Essays on Theory and Policy*, New York, 2011, 19, che segnala la portata di notifica all’autore della disapprovazione mediante l’inflizione della sofferenza), è un linguaggio che veicola valutazioni, riafferma la validità della norma violata, la superiorità dell’ordinamento, la censura del reo, minaccia gli altri consociati. Segnala la correlazione della pena con la natura di reato del fatto compiuto A.C. EWING, *The Morality of Punishment: With Some Suggestions for a General Theory of Ethics*, New Jersey, 1970, 42, per il quale «punire significa [...] infliggere dolore per la commissione di un reato». Chiaramente la descrizione della portata simbolica della pena non significa parteggiare per lo sfruttamento e la massimizzazione di questo connotato, in questo senso è condivisibile l’invito di Eusebi a prendere le distanze da forme retributive simboliche che solo fittiziamente rispondono all’esigenza di tutela espressa dalla collettività, cfr. L. EUSEBI, *Qualcosa di meglio della pena retributiva*. In margine a C.E. PALIERO, *Il mercato della penalità*, in *Studi in onore di Paliero*, II, Milano, 2022, 405.

pena un vero e proprio *trend topic*³, cioè a massimizzarne la dimensione simbolica.

Valorizzando allora questa componente interattiva, più che tra teorie assolute o relative della pena o tra prevenzione generale o speciale, pare possibile scomodare una diversa dicotomia, tra pena come istituzione *orientata ai rei* (attuali o potenziali), per comunicare loro un biasimo attraverso forme più o meno accentuate di sofferenza, oppure ai *consociati come vittime* (anche qui attuali o potenziali), per confermare la correttezza delle scelte comportamentali e generare un senso di vicinanza pubblica (naturalmente sono possibili plurime forme di combinazione tra i destinatari della comunicazione mediante pena).

Chiaramente tra le due opzioni, la seconda sconta una pregiudiziale: se il 'dialogo' si instaura a livello collettivo, tra lo Stato e gruppi esponenziali o la totalità dei consociati, il singolo reo è degradato a strumento, rileva cioè solo in quanto la sua punizione consente di riaffermare la validità (anche in termini di superiorità morale) delle regole violate.

2. La pena: una prospettiva descrittiva e non valutativa

Se non si vuole proporre uno specifico utilizzo della pena proscrivendone altri, ma comprenderne la presenza all'interno delle società contemporanee, la pragmatica spiegazione che viene alla mente è quella che ne riconosce la funzione espressiva con una componente accentuata di neutralizzazione⁴. Si pone uno stigma in capo al singolo per incapacitarlo, di fatto o giuridicamente (con una sorta di *capitis deminutio*), e al contempo rassicurare tutti gli altri consociati, in ordine alla correttezza, convenienza, giustizia del comportamento conforme che hanno ritenuto di tenere⁵.

Una logica di cui il legislatore è consapevole e che sfrutta ampiamente (basti pensare ai ben noti pacchetti sicurezza a partire dal 2008, un *topos* della legislazione da *talk show*). Si tratta di applicare e mantenere in funzione un meccanismo circolare

³ Sull'interazione tra populismo, pena e carcere, si vedano le dense considerazioni di E. AMATI, *L'enigma penale*, Torino, 2020, 243 ss.

⁴ Almeno in alcuni casi, il carcere serve innanzitutto, e forse esclusivamente, a neutralizzare, con particolare riguardo ai crimini che esprimono una pericolosità qualificata. Notazioni in questo senso in T. PADOVANI, *Riflessioni conclusive*, in G.A. DE FRANCESCO-A. GARGANI (a cura di), *Evoluzione e involuzione delle categorie penalistiche*, Milano, 2017, 251; D. PULITANÒ, *Minacciare e punire*, in *Studi in onore di Dolcini*, Milano, 2018, 10.

⁵ Sul rapporto tra stigma e devianza, per tutti, E. GOFFMAN, *Stigma. Notes on the Management of Spoiled Identity*, Englewood Cliffs, 1963, 43 ss., 151 ss.

assai semplice, se non banale: la punizione alimenta la legittimazione del diritto penale (o se si vuole la credibilità morale dello stesso⁶) agli occhi dei consociati.

I fatti sembrano accreditare le letture, già a fuoco negli anni Sessanta nell'opera di Feinberg, per cui la pena esprime riprovazione sociale e censura e canalizza in forme istituzionali lo stress collettivo generato dal reato, rassicurando la collettività⁷. Naturalmente il biasimo è suscettibile di graduazioni secondo la gravità della violazione e il dato è plasticamente espresso dalla mutevole consistenza dei limiti edittali⁸.

L'impiego simbolico della pena è cosciente e razionale, ma le radici della sanzione, in particolare quella carceraria, affondano in dinamiche emotive e possiedono una connotazione assiologica⁹. Non si andrebbe lontano dal vero, forse, individuando nella sanzione di oggi l'istituzionalizzazione di un gesto collettivo di stizza e frustrazione, la soddisfazione di un bisogno di compensazione, per il torto subito dalla vittima, di chi con essa si identifica o per cui comunque simpatizza¹⁰.

Il contenuto di valore morale di questa lettura spiega perché il retribuzionismo espressivo ha avuto e ha grande seguito negli USA, proprio dove la contaminazione tra diritto ed etica è forte¹¹.

La punizione, oltre a una lezione pubblica sul permesso e il vietato, consente la decompressione (e al contempo l'istituzionalizzazione) di una frustrazione sociale, non scevra da componenti di vendetta e persino invidia rispetto al singolo¹².

⁶ Come rileva, in un'ottica preventiva, di promovimento della spontanea osservanza del diritto da parte dei consociati, P.H. ROBINSON, *Distributive Principles of Criminal Law: Who Should Be Punished How Much?*, Oxford, 2008, 9 s.

⁷ In questa direzione si leggano i lavori di J. FEINBERG, *The Expressive Function of Punishment*, in *Doing & Deserving*, Princeton, 1965, 98 ss.; di A. VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, Oxford, 1985, 35; R.A. DUFF, *Punishment, Communication and Community*, Oxford, 2001, 79 ss.

⁸ J. HORDER, *Ashworth's Principles of Criminal Law*, Oxford, 2019, 21.

⁹ G. FIANDACA, *Punizione*, cit., 23. Sulla presenza di un pensiero mitico religioso alla base della convinzione retribuzionistica per cui la pena neutralizza l'esistenza storica del reato e le sue conseguenze negative M.C. NUSSBAUM, *La monarchia della paura. Considerazioni sulla crisi politica attuale*, Bologna, 2020, 74 ss.

¹⁰ F. NIETZSCHE, *Genealogia della morale. Uno scritto polemico* (1887), Trad. it. Milano, 1984, 50 ss. Per una analisi della lettura del filosofo tedesco sul rapporto mimetico tra pena, colpa e dinamiche psichiche insopprimibili M. DONINI, *Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1727 ss.

¹¹ Sulla cultura del biasimo e del castigo propria della *common law*, in particolare statunitense, M. DONINI, *An impossible Exchange, Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 24 ss.

¹² Correttamente rileva Fornasari come non si possa istituire un parallelismo o una parentela concettuale tra retribuzionismo espressivo e teorie che sostengono un diritto della vittima alla punizione del colpevole, dato che queste ultime abbandonano la cornice dei principi liberali in ambito penale per

È al contempo una via d'uscita socialmente accettabile per la nostra aggressività (paradigmatica in questo senso la posizione di Mead¹³), anche attraverso un aspetto rituale di degradazione¹⁴.

Questa componente, leggibile con le lenti della psicologia sociale, è sempre più evidente, a partire da quando la vittima ha preso a fomentare bisogni non già *di tutela per un proprio interesse*, ma *di punizione del reo*, al di là e indipendentemente da istanze risarcitorie e compensative per il torto subito¹⁵.

Per inciso si noti che gli sviluppi della recente legislazione penale italiana sembrerebbero dimostrare la sussistenza di una correlazione, un nesso di reciproca alimentazione, tra l'accentuazione del ruolo della vittima nel processo penale e la massimizzazione della funzione espressiva della pena¹⁶.

In questo quadro, la neutralizzazione si sposa meglio con queste evoluzioni del sistema sanzionatorio rispetto alla rieducazione. Quest'ultima anzi è incoerente perché non utile al messaggio pubblico di censura veicolato dalla sanzione, mentre la prima, nella componente afflittiva insita nella limitazione di una o più libertà del reo, fornisce sostanza e afferrabilità alla disapprovazione.

In quanto dispositivo di controllo e disciplina sociale esprime plasticamente il rimprovero pubblico, imponendo obbedienza e sorveglianza, estromettendo dalla vista del comune cittadino soggetti pericolosi e disturbanti.

È da notare che le istituzioni totali, mancando sistematicamente i propri obiettivi ufficiali, autoalimentano se stesse, poiché perpetuano la validità delle ragioni per cui sono state pensate. Peraltro, il recente impeto di penalizzazione di cui all'ultimo pacchetto sicurezza in corso di approvazione, il d.d.l. n. S. 1236, mira a punire all'art. 415 *bis* c.p. e nell'art. 14, co. 7.1. t.u. imm., nuovi delitti di rivolta in carcere e nei CPR, arrivando a perseguire finanche la resistenza passiva e la protesta generata

tornare a riferimenti premoderni, cfr. G. FORNASARI, *Right to Punishment' e principi penalistici. Una critica della retorica anti-impunità*, Napoli, 2023, 93 ss.

¹³ G.H. MEAD, *La psicologia della giustizia punitiva*, ora in E. Santoro (a cura di), *Carcere e società liberale*, Torino, 2004, 154 ss.

¹⁴ Il riferimento è al notissimo saggio di H. GARFINKEL, *Conditions for successful degradation ceremonies*, in 61 *American Journal of Sociology* (1956), 420 ss.

¹⁵ Segnala come la vittima non sia certo la figura più conciliante tra quelle che partecipano al processo di riparazione dell'offesa M. DONINI, *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena-castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale*, in *Cass. pen.*, 2022, 2033.

¹⁶ Sul fattore emotivo come elemento essenziale di un vero e proprio diritto della persona offesa ad ottenere la punizione del colpevole, il che imporrebbe di guardare alla pena come oggetto di un rapporto trilaterale tra Stato, autore e vittima si legga, in modo critico G. FORNASARI, *'Right to Punishment' e principi penalistici*, cit., 29 ss.

proprio dalle condizioni spesso disumane in cui sono costretti i reclusi. Sembra valere ancora oggi la diagnosi di Goffman, che aveva descritto oltre sessant'anni fa l'istituzione carceraria come un meccanismo che si autoalimenta, in cui le Autorità del controllo sociale vanno costantemente alla ricerca di violazioni che si adattino alla punizione e ricostruiscono poi la natura dell'internato per adattarla al crimine stesso¹⁷.

La centralità della pena deriva dunque dal fatto che è un punto strategico di manifestazione del potere¹⁸ e di creazione dell'identità del conforme integrato e del deviante e di conseguenti relazioni sociali. Come aveva ben inteso Foucault, la pena non è mera disciplina della società, ma un fattore della sua creazione¹⁹, è essenziale la sua inflizione all'esistenza dell'autorità e proprio per questo oppone a ogni tentativo di riduzione o trasformazione un'invincibile forza di inerzia²⁰. Senza punizione, insomma, l'organizzazione pubblica ha i giorni contati²¹.

Le teorie espressive della pena e, nelle versioni più aggiornate di queste, le spiegazioni che puntano l'accento sulla sua componente comunicativa, tendenzialmente non mirano a giustificarla (dunque non si pongono in alternativa alle letture tradizionali in chiave di prevenzione generale o speciale), ma a spiegarne il funzionamento all'interno della società. Già solo per questo si capisce che la componente critica di questa letteratura sia alquanto ridotta, come pure lo è il supporto empirico e l'analisi dei meccanismi comunicativi che sarebbero sottesi all'impiego della punizione oggi²². Nel fare ciò però siffatta lettura è in grado di delineare con precisione disturbante il problema del deficit di legittimazione del trattamento afflittivo in sé e per sé

¹⁷ Così E. GOFFMAN, *Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza* (1961), Torino, 2010, 111 ss., 113.

¹⁸ Sulla punizione come centro della società, punto focale dell'universo collettivo E. SHILS, *The Constitution of Society*, Chicago, 1982, 93 ss. 101 ss.; nello stesso senso C. GEERZ, *Centers, Kings, and Charisma: Reflections on the Symbolics of Power*, in J. Ben David-T.N. Clark (Eds.), *Culture and its Creators*, Chicago 1977; ora in ID., *Local Knowledge*, New York 1983; trad. it. L. LEONINI, *Centri, re e carisma: riflessioni sul simbolismo del potere*, in ID., *Antropologia interpretativa*, il Mulino, Bologna 1988, 153 ss.

¹⁹ Proprio nel confronto con la consistenza conflittuale del diritto penale contemporaneo si mostra l'alternatività (presumibilmente utopica) della giustizia ripiativa. Di qui è ossimorico applicare il paradigma della giustizia riparativa orientata alla costruzione di una comunità di una relazione interrotta laddove la pena nasce dal conflitto, si ambienta nel conflitto e contiene un conflitto che serve a creare il potere.

²⁰ È la notoria impostazione di M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., 334 ss.

²¹ Si leggano a tal proposito le considerazioni sui rischi dell'anomia di R. DAHRENDORF, *Il conflitto sociale nella modernità*, Bari, 1990, 188 ss. in particolare 192 ss.

²² Considerazioni condivisibili in questo senso in A. NISCO, *Teorie espressive della pena: un'introduzione critica*, Torino, 2024, 143 ss. Sulla legittimazione che le teorie espressive veicolano rispetto ad impostazioni retributivistiche della pena M. DONINI, *Punire e non punire. Un pendolo storico divenuto sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 1307 ss.

considerato, gli eccessi immotivati di punizione minacciata e concretamente inflitta per ampia parte delle incriminazioni del nostro sistema e, soprattutto, insinua il dubbio che alla censura pubblica non debba sempre seguire un'afflizione personale per il reo.

3. La pena in crisi al tempo della sicurezza come orizzonte del diritto penale

La componente comunicativa della pena può spiegare perchè, pur dopo decenni di dimostrazione di inutilità rieducativa della sanzione penale, il suo ampio impiego perduri incontrastato nell'esperienza penalistica.

Certamente il banco di prova delle politiche punitive non è rappresentato dai tassi di criminalità e di recidiva. Se così fosse la pena andrebbe rimossa *in toto* dalle opzioni di qualsiasi legislatore, perché non è mai riuscita a ottenere risultati apprezzabili. Quando il numero di reati decresce, si riscontra immancabilmente l'intervento di fattori ben diversi dal carcere (cicli economici, processi di socializzazione, misure di sostegno sociale che operano prima e a prescindere dal sistema punitivo)²³.

A ben guardare, a dispetto dell'ampio ricorso ad essa, la 'popolarità' della sanzione penale, in particolare quella detentiva, è in ribasso. Pur essendo da tutti considerata un male necessario²⁴, è sempre più criticata, per ragioni opposte.

Alla consapevolezza dei costi che implica e della scarsa utilità che produce in concreto (è il formante accademico a segnalarlo solitamente) fa da contraltare, in prospettiva completamente antitetica, la convinzione che il carcere non soddisfi il bisogno sociale di pena, perché la sua applicazione viene reputata clemenziale (troppo breve e incerto il trattenimento *in vinculis* secondo il "formante" politico-populistico, che poi tende a biasimare di ciò i giudici).

Ma al di là della percezione sociale, la pena è effettivamente in crisi di identità, per la combinazione di alcune ragioni normative:

- i) la molteplicità di istituti ispirati alla discrezionalità processuale, che hanno reso la punibilità una variabile dipendente da giudizi di opportunità (ora del reo ora del giudice);
- ii) l'espansione di alcuni principi di garanzia derivanti da fonti sovranazionali e

²³ Rileva come nessuna modalità sanzionatoria è mai riuscita a ridurre i tassi di criminalità in maniera considerevole già D. GARLAND, *Pena e società moderna*, cit., 334.

²⁴ Vale la famosa notazione di M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), Torino, 2014, 252: «conosciamo tutti gli inconvenienti della prigione, e come sia pericolosa, quando non è inutile. E tuttavia non vediamo con quale altra cosa sostituirla. Essa è la detestabile soluzione, di cui non si saprebbe fare a meno»

relativi non tanto alla pena in senso stretto, ma alla sanzione afflittiva, nonché

iii) le disfunzioni operative attinenti al rapporto tra inflizione ed esecuzione della pena, che è divenuta un'eventualità incerta e differita *sine die*.

Quanto al primo aspetto basti qui rilevare come il carcere, nella prassi, si autoriduce progressivamente. A fronte di un'espansione che pare continua delle nuove fattispecie di reato²⁵, l'effettiva inflizione di una pena limitativa della libertà personale non solo è tale in caso di condanna a pena superiore a 4 anni di reclusione, ma è comunque sempre più limitata da istituti sospensivi, premiali, sostitutivi e dalla non punibilità, tanto da far pensare al penale come un corpo pulsante che si dilata sul piano del precetto, ma si contrae su quello della sanzione (quanto meno di quella detentiva).

Non è solo un fenomeno *inter privatos*, poiché anche quando lo Stato, nelle sue articolazioni finanziarie è la vittima dell'illecito, le condotte riparatorie giocano un ruolo decisivo. Si pensi al capitolo dei reati tributari, che offrono un campionario di questi istituti. Da ultimo l'art. 13, ai commi 3 *bis* e 3 *ter* d. lgs. 74 del 2000 ha visto ampliare i casi di non punibilità da parte del d. lgs. 87 del 2024, con un rimando anche all'accesso all'art. 131 *bis* c.p.

In merito al punto *sub ii*), deve constatarsi come sia venuta meno una solida identità del diritto penale, annacquato nella *matière penale*²⁶. La consapevolezza che la punizione passa anche da misure amministrative afflittive, stigmatizzanti, interdittive ha portato ad una contaminazione delle garanzie tra tipi diversi di sanzioni e alla percezione della complessità del concetto di punizione, non confinabile entro la nomenclatura dell'art. 17 c.p. Ad esempio, si è avviata la riflessione sulla portata stigmatizzante (vera e propria *shame sanction*) del processo, che svolge la funzione di pena anticipata, spesso l'unica davvero subita dal cittadino²⁷.

Proprio il tema reputazionale è centrale per apprezzare la fenomenologia della punizione oggi²⁸. Pur se in modo asimmetrico nel sistema penale, nel senso che riguarda

²⁵ Non solo in Italia e non solo da ora, come attestano le riflessioni di D. HUSAK, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford-New York, 2008, 4 ss.; ID., *Reservation about Overcriminalization*, in 14 *New Criminal Law Review*, 2011, 97 ss.

²⁶ In proposito qualche considerazione era stata avanzata in F. CONSULICH, *'Materia penale' e tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, 65 ss.

²⁷ Per una riflessione in merito alla opportunità che l'arsenale sanzionatorio tradizionale si apra a una riflessione su nuove strategie di incisione sul capitale reputazionale e relazionale degli autori di reato, in particolare in ambito economico, A. VISCONTI, *Reputazione, dignità, onore. Confini penalistici e prospettive politico-criminali*, Torino, 2018, 617 ss.

²⁸ Per comprendere la portata del capitale reputazionale nello svolgimento dell'attività di impresa, si veda la casistica riportata da L. POMA-G. GRANDONI-A. GARZINA, *Crash Reputation: 50 + 1 casi di crisi*

più il crimine economico che non altri settori²⁹, la mera iscrizione del procedimento nel casellario giudiziale (e spesso ancora prima tra i carichi pendenti o finanche nel registro degli indagati) è afflittiva, in ragioni delle interdizioni, spesso informali, che poi limitano l'attività di impresa degli esponenti societari, ad esempio nei rapporti con la propria organizzazione, con le stazioni appaltanti, con i fondi stranieri anglosassoni ecc.³⁰.

È evidente, dunque, che il sistema nazionale è stato forzato dalla giurisprudenza convenzionale ed eurounitaria, si pensi al criterio della *close connection in time and substance* elaborato per escludere la presenza di un *bis in idem*, a considerare tutte le conseguenze negative che ricadono sull'autore della violazione, onde evitare eccessi irragionevoli di afflizione (il riferimento corre ai casi Cedu, A e B vs Norvegia del 16 novembre 2016 e CGUE, Menci, Di Puma e Garlsson del 20 marzo 2018)³¹.

Se tutto (o molto) può diventare punizione, ecco che allora la pena cessa di essere riconoscibile.

Un'ultima notazione in merito al punto *sub iii*).

È certamente vero che nella Costituzione non esiste alcuna identificazione della pena con il carcere, né se ne può derivare implicitamente la centralità nel sistema sanzionatorio³², ma è la storia repubblicana ad averlo dimostrato nei fatti.

Negli ultimi anni la metonimia tra la pena e il carcere si è rivelata progressivamente fallace. Certo, la prigione rimane formalmente centrale perché mancano alternative, o meglio, queste, pur presenti sulla carta non vengono implementate in concreto,

reputazionali, Bologna, 2024.

²⁹ La constatazione naturalmente non può essere generalizzata e va anzi declinata secondo la tipologia di criminalità. Vi sono infatti autori che necessitano per la propria attività socio-economica di un alto tasso di integrazione, e rispetto ai quali dunque qualsiasi contestazione può determinare gli impatti negativi appena indicati, fin dalla sua sottoposizione a processo, mentre ce ne sono altrettanti con una sensibilità reputazionale, mai minima, ma inferiore.

³⁰ Si pensi al peso di un carico pendente rispetto alle valutazioni della stazione appaltante ai sensi dell'art. 80 d. lgs. 50 del 2016, anche sotto forma di elemento che integra un grave illecito professionale ai sensi del comma 5 (ANAC Parere funzione consultiva n. 35 del 20 luglio 2023).

³¹ Su questo aspetto, una recente attenzione della Corte ad una analisi della proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria è emersa nella sentenza n. 112 del 2019 in materia di abusi di mercato e confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, nonché nella n. 136 del 2020, in materia di trattamento sanzionatorio del furto monoaggravato, in particolare al § 6 del considerato in diritto.

³² Sulla assenza di una identificazione nella Costituzione tra pena e carcere e sulla negazione della natura costituzionalmente necessaria della pena detentiva, G. ZAGREBELSKY, *Postfazione*, in L. Mancini-S. Anastasia-V. Calderone-F. Resta (a cura di), *Abolire il carcere. Una ragionevole proposta per la sicurezza dei cittadini*, Milano, 2022, 165.

ma il sistema è meno carcerocentrico di quanto non appaia³³. Le persone detenute nel maggio 2022 ammontavano a 57.230, mentre 81.109 erano sottoposte all'esecuzione di misure alternative. I liberi sospesi sono da ultimo saliti a oltre 100.000³⁴.

Visto oggi, insomma, il volto della pena è sfigurato, irriconoscibile in base a criteri formali. La punizione è spesso un fenomeno eventuale, pur a fronte di un reato accertato giudizialmente in via definitiva. Giustamente è stato affermato che il giudizio penale (ma oseremmo dire il diritto penale *tout court*) ha perso la sua perentorietà³⁵.

4. La pena è una questione di fede?

La letteratura che si è dedicata al sistema sanzionatorio spesso ha dovuto fare i conti con la mancanza di dati empirici sull'esperienza della pena in Italia; anche il discorso politico è avvezzo ad affrontare il tema senza consapevolezza della rilevanza del profilo statistico per l'argomento. È però il legislatore ad essere *in primis* del tutto disinteressato a qualsiasi studio di impatto sulla pena³⁶.

La sensazione è dunque che punire il reo ripeta sempre quel *leap of faith* che si chiede al credente a fronte di ostacoli e difficoltà che si presentano nella sua vita. Nessuna certezza, nessuna regolarità consente di attenuare il senso di smarrimento che coglie chi rifletta sulla sorte del condannato dopo la sentenza definitiva e sull'utilità che quell'esperienza può generare per il singolo e per la collettività.

Il tema della pena è, insomma, assai delicato per la scienza penalistica, poiché non penetrabile con criteriologie oggettive e metodi di analisi razionali. Qualsiasi spiegazione da parte della scienza penalistica in merito al funzionamento del meccanismo sanzionatorio, all'identificazione dei fini della pena e al loro raggiungimento si rivela immediatamente priva di riferimenti concreti³⁷, tranne per quelle puramente basate

³³ La notazione è già di R. BARTOLI, *Punire in libertà: le nuove pene sostitutive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 1404.

³⁴ La stima, per difetto, è ripresa di recente da F. FIORENTIN, *I "liberi sospesi" tra criticità presenti e prospettive di riforma*, in *Sist. pen.*, 4 novembre 2024. Per una serie cospicua e aggiornata di dati statistici riferiti al sistema sanzionatorio in Italia si veda R. CORNELLI, *La realtà della pena detentiva attraverso la lettura delle statistiche*, relazione tenuta alla Scuola Superiore della Magistratura, Scandicci, 23 ottobre 2024.

³⁵ La notazione è di F. GIUNTA, *Giudizio e castigo*, in *disCrimen*, 2024, n. 1, 293.

³⁶ Sulla natura politica e non scientifica della pena, per tutti, M. DONINI, *Per una concezione post riparatoria della pena*, cit., 1167, 1192 ss.

³⁷ Come notato da A. VON HIRSCH, *Proportionality in the Philosophy of Punishment*, in *16 Crime Justice J*, 1992, 55, 68, 88. Sulla tendenziale incompatibilità tra empiria e funzione general preventiva

sulla incapacitazione permanente del reo, che però mancano di condizioni minime di accettabilità assiologica (l'ergastolo senza possibilità di ritorno alla società è oramai fuori dal nostro orizzonte costituzionale).

Tutto ciò è particolarmente evidente con riguardo alle dottrine preventive della pena: pur essendo intrinsecamente consequenzialiste, non si premurano di procedere a verifica del tasso di raggiungimento degli obiettivi preventivi prefissati³⁸.

Probabilmente, l'elusione dei vincoli di realtà da parte delle teorie della pena dipende dalla loro intrinseca aspirazione a presentarsi come normative, deontologiche, dunque non disponibili ad accettare repliche dalla prassi, ma al più a modificarne gli aspetti che non si conformino ai loro postulati³⁹.

In effetti le riflessioni in argomento rischiano di incorrere in gravi errori di metodo. Si dovrebbe rinunciare a formulare *teorie*, potendo solo procedere ad *ipotesi* penologiche per poi attendere la constatazione degli effetti di *quantum* e *quomodo* della sanzione sui tassi di criminalità. Solo a seguito di una (presumibilmente complessa) fase osservazionale, si dovrebbe giungere alla elaborazione di una spiegazione generale scientificamente compiuta. In assenza di un simile percorso, quello sulla sanzione criminale assume ampi tratti di un discorso puramente politico sull'impiego della forza legittima.

Nemmeno l'approccio retributivo sfugge a simili critiche: è, ad esempio, marcatamente irrazionale pretendere l'infliczione della pena anche quando l'astensione dalla stessa o comunque la sua mitigazione ben al di sotto di qualunque ipotetico rapporto di proporzione dimostri, nel caso concreto, una maggiore utilità collettiva⁴⁰.

Più che una concezione *polifunzionale* della *pena*, è piuttosto una concezione *policausale* della *devianza* che dovrebbe essere adottata in ogni riflessione sulla politica sanzionatoria. Emergerebbe la dimensione irrealistica della pretesa di raggiungere con il castigo istituzionale risultati che esso non può strutturalmente conseguire, ad esempio la riduzione della recidiva e più in generale la rieducazione del condannato. Non solo perché il diritto penale serve ad applicare sanzioni, ma non ripara⁴¹, ma

della pena G. FORTI, *L'immane concretezza*, Milano, 2000, 138; G.V. DE FRANCESCO, *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, in *Studi in onore di Stile*, Napoli, 2013, 15 ss.; J. KASPAR, *Neue Perspektiven der Generalprävention*, in *FS für Dölling*, Baden-Baden, 2023, 771 ss.

³⁸ Si leggano le notazioni in proposito di I. ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Circa alcune aporie della teoria della pena nel diritto penale continentale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2019, 195 s. In precedenza, A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge, 2015, 84 ss.

³⁹ Come rileva già A. NISCO, *Teorie espressive della pena*, cit., 3.

⁴⁰ F. PALAZZO, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in *Scritti in onore di Furgiuele*, Mantova, 2017, 316.

⁴¹ In questo senso M. DONINI, *Politica del diritto e scienza della legislazione penale tra punizione e*

perché effettivamente la pena non è strumentale alla risocializzazione.

Altri e ben più lunghi e complessi processi sociali possono riuscirci. È insomma ingenuo pensare ad una riduzione della criminalità mediante pena. In effetti, se così fosse, Stati Uniti, Messico, Venezuela e tanti altri ordinamenti che non lesinano condanne esemplari rappresenterebbero un modello di conformità dei propri cittadini.

Probabilmente la pena è un'appendice del controllo sociale che arriva assai tardi nella dinamica dell'illecito per poter davvero incidere in senso decisivo sulla criminalità. Più blandamente serve a neutralizzare, 'gestire' il delinquente, in attesa che altri processi producano effetto. L'unica vera politica attiva della prevenzione è quella che tenta di incidere sulle cause sistemiche dei fenomeni criminali (non solo in termini di opportunità economiche diseguali, ma di istruzione, di sostegno psicologico, di educazione civica, di formazione e avvio al lavoro).

Le miserie pratiche della pena oggi, per capillarità, giungono così a inficiare, rendendole teoriche, se non retoriche, tutte le riflessioni su scopi e funzioni della sanzione e finanche le iniziative legislative volte a legarla a doppio filo alla rieducazione⁴².

In sintesi, la scienza penalistica fatica, tentando di tradurre in proposizioni logiche ciò che ha a che fare con assiologie e scopi, perché la sanzione dipende dalla definizione di scale di valori (infranti e da riaffermare): è insomma, quanto ai temi di fondo, questione di politica non di scienza⁴³. Ogni teoria in proposito si rivela intrisa di elementi valutativi e varia a seconda del ruolo che si voglia attribuire al diritto penale all'interno della società⁴⁴.

La inesausta *querelle* sui fini della pena è istruttiva, tanto che la Consulta ha da tempo ricompreso ognuno di essi nello statuto della sanzione penale⁴⁵: dissuasione, prevenzione, difesa sociale, rieducazione, tutte allineate tra loro perché è impossibile stilare una gerarchia statica e assoluta e ciascuna può contingentemente prevalere se

riparazione, cit., 217, che infatti la definisce una legge meno che perfetta, secondo la tassonomia ulpiana.

⁴² Sul divario incolmabile tra la pena detentiva nella sua astratta configurazione costituzionale e la sua esecuzione pratica, G. FIANDACA, *Punizione*, Bologna, 2024, 15.

⁴³ In questi termini, sul rapporto tra scienza e valori, anche con riguardo al pensiero giuridico M. WEBER, *La scienza come professione*, in Id., *Il lavoro intellettuale come professione. Due saggi*, Torino, 1966, 27 ss.

⁴⁴ Rileva G. FIANDACA, *Punizione*, cit., 86, come le teorie della pena sono in realtà dottrine condizionate da presupposti politico-culturali e intrise da elementi valutativi, tanto da definirle delle ideologie penalistiche.

⁴⁵ Si veda Corte cost. 264 del 1974, ove si può leggere che «*funzione (e fine) della pena non è certo il solo riadattamento dei delinquenti, purtroppo non sempre conseguibile. A prescindere sia dalle teorie retributive secondo cui la pena è dovuta per il male commesso, sia dalle dottrine positiviste secondo cui esisterebbero criminali sempre pericolosi e assolutamente incorreggibili, non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena*».

nessuna delle altre viene obliterata⁴⁶.

Nel campo del sistema sanzionatorio si può certamente discutere di tecniche normative e svolgere un'articolata comparazione, ma non sono oggi disponibili strumenti dogmatici che fondino un discorso scientifico in chiave di stabilità, intersoggettività, verificabilità, logica⁴⁷. Lo dimostra il fallimento della categoria della punibilità, che altro non è se non un contenitore esegetico privo di consistenza in merito a principi guida e regole operative⁴⁸. L'irrompere di varie forme di rinuncia alla pena e della giustizia riparativa hanno di fatto sconvolto la struttura giuridica della sanzione penale, legata istituzionalmente al reato da una sequenza (non logica, certo, ma poggiata su predeterminate regole generali) un tempo ritenuta infrangibile (o quasi)⁴⁹.

Questo determina uno statuto normativo della pena assai fluido. Manca infatti un nucleo di effetti essenziali in rapporto di dipendenza da una data fattispecie giuridica⁵⁰.

Insomma, la teoria della sanzione penale, in assenza del riscontro della verifica empirica, se non è una questione di fede, è quantomeno una questione puramente politica.

5. Crisi della pena e latitanza della colpevolezza

La labilità della riflessione sulla pena dipende anche dallo scarso supporto

⁴⁶ Corte cost. 306 del 1993, § 10 del considerato in diritto: «*Va innanzitutto ribadito, al riguardo, che tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena – da un lato, quella di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività, e, dall'altro, quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo – non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione (cfr. sentenza n. 282 del 1989). Il legislatore può cioè – nei limiti della ragionevolezza – far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata*».

⁴⁷ Il punto è ben chiarito in vari lavori di Donini dedicati al sistema sanzionatorio. Da ultimo M. DONINI, *Politica del diritto e scienza della legislazione penale tra punizione e riparazione*, in C.E. Paliero-V. Mongillo-R. Bartoli, *La scienza della legislazione penale: riforme e prospettive di razionalizzazione*, Napoli, 2024, 216.

⁴⁸ Sul punto C.E. PALIERO, *Il mercato della punibilità*, cit., 100 s. In effetti la punibilità emerge come argomento contenitore nel momento in cui si comprende che essa compare nel discorso penalistico essenzialmente in negativo, come non punibilità. La definisce come categoria esterna e successiva all'analisi del reato Donini, ad esempio, da ultimo, in *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE*, in *Sist. pen.*, 20 dicembre 2022, 22.

⁴⁹ Da molti anni ormai la pretesa di un nesso indefettibile tra precetto e sanzione, espresso plasticamente dall'espressione "fatto punibile", non è più ritenuta conforme ai principi liberali né alla razionalità del diritto penale. Sono noti i rilievi già formulati sul punto nella importante monografia di A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, Milano, 1998, 64 ss.

⁵⁰ Sulla definizione di statuto giuridico si veda M. ORLANDI, *Riduzione. Diritto senza forza*, cit., 88.

concettuale da parte della categoria che più potrebbe essere utile a costruirne uno statuto giuridico compiuto, vale a dire la colpevolezza, che dovrebbe, come noto, rappresentare il limite delle esigenze punitive preventive, contro ogni strumentalizzazione della persona per finalità di politica criminale⁵¹.

La colpevolezza è invece umanamente vuota: il dolo è normativizzato, la colpa standardizzata. Nel processo la componente personale del reato viene *in toto* inferita dal fatto con prove logiche assai astratte e rarefatte. Il giudizio penale affronta raramente le componenti psicologiche effettive del reato, le motivazioni, i condizionamenti subiti dall'imputato⁵².

A fronte di questa latitanza processuale della componente soggettiva del reato, il penalista ha avviato da qualche anno un confronto proficuo con le neuroscienze, ma finora senza giungere ad alcun approdo realmente spendibile in termini sistematici. Quel che si è potuto presagire è già comunque di grande impatto nella gestione della punizione: l'idea di libero arbitrio, della responsabilità e del merito appaiono, se non illusorie, alquanto sopravvalutate, e comunque erroneamente date per scontate. Immediata la ripercussione sul fronte delle teorie della pena, in particolare rispetto alla concezione retributiva, che potrebbe scoprirsi fortemente depotenziata nei suoi presupposti⁵³. A fronte di simili acquisizioni progressive, come giustamente rilevato da un illustre studioso, probabilmente è opportuno attestarsi sulla nozione della libertà di scelta come principio regolativo giuridico più che come affermazione ontologica⁵⁴.

⁵¹ C. ROXIN, *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 25; T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 826; W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit., 83: «La colpevolezza definisce il livello massimo di incidenza che la pena può esercitare sul condannato». In fondo, la colpevolezza giustifica e limita la pena applicata al singolo, tanto che la nozione di pena adeguata ad essa ben può essere letta come pena proporzionata al reato, nel senso di pena proporzionata alla riprovevolezza della condotta criminosa, secondo lo stesso C. ROXIN, *Prevention, Censure and Responsibility: the Recent Debate on the Purposes of Punishment*, in *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch*, London, 2014, 33; il riferimento all'Autore tedesco è paradigmatico, dato che come noto egli ritiene che il principio di colpevolezza sia chiamato a svolgere il ruolo di limite della potestà punitiva dello Stato a tutela del cittadino, C. ROXIN, *Sinn und Grenzen Staatlicher Strafe*, in *Jus*, 1966, 377.

⁵² Sulla perdita di consistenza della categoria della colpevolezza, soprattutto nel confronto con la dimensione processuale e probatoria, M. DONINI, *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1587, 1593; ID., *Responsabilità e penale da Kant a Nietzsche*, cit., 1741.

⁵³ In argomento si vedano le affermazioni critiche sulla plausibilità del libero arbitrio di M. DE CARO, *Neuroetica e normatività*, in M. Lalatta Costerbosa (a cura di), *Lo spazio della responsabilità. Approdi e limiti delle neuroscienze*, Bologna, 2015, 106; J. GREEN-J. COHEN, *For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything*, in S. Zeki-O. Goodenough (eds.), *Law and the Brain*, New York, 2006, 207 ss.

⁵⁴ C. ROXIN, *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, cit., 24.

La colpevolezza, insomma, in assenza di parametri condivisi di carattere medico o psicologico, esprime i caratteri di un giudizio legale, la cui misurazione o graduazione è esercizio che si espone ad accenti utilitaristici, con i connessi rischi di impiego strumentale. Anche senza giungere a inverare la pratica del capro espiatorio, che ne è la massimizzazione, una china siffatta merita attenta riflessione, prima e soprattutto nel campo dei reati colposi⁵⁵.

5.1. - *Il capitolo dei reati colposi*

A tale ultimo proposito, negli anni si è assistito ad una marcata crescita di percezione sociale del disvalore dell'illecito colposo, con conseguente riprovazione. Il legislatore ha dato seguito a questo *input* con figure criminose di scarsa razionalità (e utilità) come l'omicidio stradale (e assimilati), per quanto ancora ritenute insoddisfacenti da alcune associazioni esponenziali come sindacati e partiti politici: si pensi alle proposte volte all'introduzione dell'omicidio sul lavoro, quasi che questo non fosse già punito nel nostro sistema⁵⁶.

È agevole osservare che l'opinione pubblica basa il suo biasimo rispetto a questi reati, guardando quasi esclusivamente alla loro dimensione obiettiva, senza interrogarsi sui coefficienti soggettivi degli autori (basti considerare le ondate di sdegno verso i disastri colposi, il caso di Viareggio insegna molto a questo proposito)⁵⁷.

Polarizzando l'attenzione sulla condotta e non sull'evento⁵⁸, si constata invece che la verifica e la dimensione del danno non sempre sono una variabile dipendente dalla gravità della colpa: la medesima imprudenza può produrre un esito lieve, grave o gravissimo e finanche non avere alcuna conseguenza.

⁵⁵ Sul rapporto tra concezioni utilitaristiche della pena e pratica del capro espiatorio L. MILAZZO, *Liberi tutti? Alcune considerazioni su libero arbitrio e colpevolezza*, Torino, 2018, 147.

⁵⁶ È peraltro pendente già dal 2018 una proposta di legge volta all'introduzione dell'art. 589 *quater* c.p., rubricato Omicidio sul lavoro, seguita nel 2022 da una analoga iniziativa alla Camera dei deputati.

⁵⁷ Sono molti i casi in cui si può ripercorrere l'impulso ad una punizione esemplare in ambito colposo, in argomento si veda per tutti il caso dell'incidente della Costa Concordia, su cui M. CATINO, *Trovare il colpevole, La costruzione del capro espiatorio nelle organizzazioni*, Bologna, 2022, 67 ss.

⁵⁸ Sul rapporto di proporzionalità inversa che spesso si constata tra gravità dell'evento e minima violazione cautelare insita nella condotta S. DOVERE, *Colpa e sanzioni: verso un nuovo paradigma?*, in *Arch. pen.*, 1/2022, 7, con evidente irragionevolezza di ogni trattamento sanzionatorio orientato al polo del danno (13). Sulla necessità di una disciplina in proposito differenziata per i reati colposi, L. EUSEBI, *Sistema sanzionatorio e reati colposi*, in M. Donini (a cura di), *Il reato colposo*, in *Enc. dir., I tematici*, II, Milano, 2021, 1200 ss.

È un problema specifico, e ben noto, per i reati colposi. Si parla da anni di *sorte morale*: condotte identiche possono portare a conseguenze lesive assai diverse per l'intervento di fattori imponderabili e che comunque non incidono sul disvalore della condotta dell'agente⁵⁹.

La gravità dell'evento genera suggestioni fuorvianti sul giudice. L'opinione pubblica chiede (e in qualche caso ottiene) pene sproporzionate, per eccesso, rispetto alla responsabilità del singolo imputato, pur percependole comunque inadeguate, per difetto, rispetto alla dimensione dell'esito generatosi⁶⁰. Il più delle volte, però, funzionano ancora correttamente dei vincoli di sistema, al di là dei limiti edittali, che impediscono di infliggere pene spropositate al reo negligente, sicché la pena per violazioni cautelari, pur gravi nei loro esiti, rimane entro i limiti della sospensione condizionale, per effetto delle scelte processuali dell'imputato, dell'intervento di congrui risarcimenti del danno e non per ultimo dell'incensuratezza e del consueto inserimento sociale del reo⁶¹.

Entra in gioco in queste ipotesi anche la necessità di rassicurazione sociale a fronte di fenomeni lesivi (di carattere disastroso, ma anche di entità ben meno grave). L'ansia del consociato, in questi casi, dipende più che dall'entità del danno, dalla sua natura randomica, che fa temere al cittadino di potere essere vittimizzato secondo

⁵⁹ A questo proposito deve rilevarsi come sia condivisibile la notazione di L. EUSEBI, *Formula di Frank e dolo eventuale in Cass., S.U., 24 aprile 2014 (ThyssenKrupp)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 645, secondo cui le condotte trasgressive di cautele hanno una medesima nota di disvalore anche quando non si realizzano, nonostante la violazione, l'evento lesivo che le regole di prudenza volevano prevenire, sicché il profilo rilevante dal punto di vista politico criminale non è l'ascrizione a titolo di dolo eventuale piuttosto che di colpa cosciente dell'offesa prodottasi, quanto la migliore prevenzione della condotta inosservante in sé. La riflessione prosegue da ultimo in ID., *Sistema sanzionatorio e reati colposi*, in M. Donini (a cura di), *Reato colposo*, Milano, 2021, 1209 ss.; in argomento anche D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 105 ss. e L. CORNACCHIA, *Responsabilità colposa: irrazionalità e prospettive di riforma*, in *Arch. pen.*, 2/2022, 1 ss. Si tratta di considerazioni già da tempo sviluppate nel contesto filosofico statunitense, dove molti Autori hanno riflettuto a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso sul concetto di *moral luck*, intendendo con esso esprimere la irragionevolezza del biasimo o, al contrario, della considerazione positiva che la collettività formula per un comportamento, poiché essi finiscono per dipendere da avvenimenti puramente casuali che si verificano successivamente alla condotta dell'agente. In argomento, per tutti, T. NAGEL, *Moral Luck*, in ID., *Mortal Questions*, Cambridge, 1979, 24 ss. e B. WILLIAMS, *Moral Luck*, in ID., *Moral Luck: Philosophical Papers*, 1973-1980, Cambridge, 1981, 20 ss.

⁶⁰ Sulla prevalenza di fattori irrazionali nella dinamica normativa e giurisprudenziale della pena in Italia, D. PULITANÒ, *Minacciare e punire*, cit., 12.

⁶¹ In tema di criminalità colposa, si registra in alcune occasioni la stessa inadeguatezza della sanzione penale che si percepisce nel campo del diritto penale internazionale: in entrambi i settori compaiono macroeventi rispetto a cui la pena per il singolo è incommensurabile (anche perché spesso sono illeciti collettivi, per così dire 'di apparato'). Per una riflessione sul tema, da ultimo, E. FRONZA, *Giudicare e punire i crimini contro l'umanità: quale misura per l'incommensurabile?*, in *Leg. pen.*, 28 maggio 2024, in particolare 6 ss.

logiche del tutto casuali, quindi imprevedibili e non adeguatamente prevenibili⁶².

Tutte queste considerazioni spiegano perché si registra un poderoso deficit di legittimazione della pena in ambito colposo, soprattutto nella prospettiva consequenzialista in cui l'afflizione minacciata e applicata è strumento di prevenzione di ulteriori inosservanze.

Il responsabile del reato non voluto non necessita di rieducazione, né la prospettiva della minaccia sanzionatoria è in grado di motivare alla conformità soggetti che non avevano alcuna intenzione di procurare un danno⁶³.

Tutte le leggi umane si fondano su concetti elementari (ricompensa per il comportamento utile socialmente e punizione per quello disfunzionale). Ciò postula che la legge possa influire sulla mente umana⁶⁴. Nel reato colposo è però difficile che il precetto penale possa funzionare come elemento motivante, posto che siamo in presenza di azioni non attualmente coscienti rispetto alla loro pericolosità. Non si tratta di un *deficit funzionale* dipendente dal destinatario, dalla motivabilità di certe categorie di persone più o meno incapaci, dal contesto in cui la conoscibilità della legge sia più o meno limitata da un tasso tecnico o di oscurità legislativa, bensì di una *connotazione strutturale* dell'illecito colposo, in relazione a cui si pone un problema 'epistemico', di disallineamento tra consapevolezza della condotta e percezione della sua pericolosità.

Il discorso in ordine alla pena per questa categoria di illeciti penali è dunque estremamente complesso e imporrebbe di ampliare per questi reati le tecniche sanzionatorie e, in generale, la gamma di reazioni formali da parte dell'ordinamento, improntandola ad una sinergia di misure ripristinatorie, amministrative, preventive e, solo da ultimo, sanzionatorie penali.

Prospettiva meritevole di approfondimento da questo punto di vista è, ad esempio, quella dalla *just culture*, che mira a promuovere una cultura della prevenzione concordata, orientata alla analisi tecnica degli eventi avversi per comprendere a pieno le ragioni ultime della loro manifestazione storica e non già ad individuare uno o più

⁶² Si vedano le acute osservazioni di D. MICHELETTI, *Le finalità della pena per l'offesa involontaria*, Relazione al convegno "Vale ancora la pena? La risposta al reato nell'epoca contemporanea", Firenze, 17 e 18 ottobre 2024 (la registrazione è ora disponibile su *disCrimen* nella sezione *Multimedia*).

⁶³ Il punto è stato ben evidenziato da D. MICHELETTI, *Le finalità della pena per l'offesa involontaria*, cit.

⁶⁴ D. HUME, *Trattato sulla natura umana*, 1739, 813. Specificamente sul diritto penale C. ROXIN, *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, cit., 25, che ne riconosce il funzionamento come fondato sulla constatazione che la condotta umana possa essere influenzata mediante norme e valori, tanto più quando operino corredate da un potere coercitivo sicché con minaccia, inflizione ed esecuzione si intende motivare il cittadino.

colpevoli da biasimare: è il paradigma normativo rinveniente dal Reg. 376 del 2014 dell'Unione in tema di eventi nel settore dell'aviazione civile⁶⁵.

In questo ambito, si potrebbe finanche prescindere dalla punizione orientata al singolo (salvo le eccezioni relative alla creazione consapevole di pericoli e, in genere, ad atteggiamenti assimilabili all'anglosassone *recklessness*), dirigendola verso la struttura complessa (pubblica o privata): è proprio rispetto a questo destinatario che la 'rieducazione' assume consistenza pregnante, sotto forma di correzione dell'errore organizzativo che ha causato il collasso della sicurezza.

6. La storica dissociazione assiologica tra legislatore e Corte costituzionale (e la magistratura di sorveglianza)

Abbiamo più volte detto che la pena si colloca entro una dimensione di valore. Proprio da questo punto di vista, si registra, a far data dall'avvento della seconda Repubblica, un allontanamento progressivo tra gli attuali orientamenti del legislatore, pur con qualche discontinuità, e le decisioni della Corte costituzionale in tema di sistema sanzionatorio⁶⁶.

Non è mai entrato nel discorso politico contemporaneo, e quel che più conta nella più recente produzione normativa, l'argomento della pena come strumento per la rieducazione del condannato. Salvo rare eccezioni, il Parlamento ha sempre orientato le sue iniziative alla lotta verso questo o quel fenomeno di contingente emergenza, in chiave di rassicurazione del cittadino conforme⁶⁷.

E così, mentre il legislatore punta sulla soddisfazione di pulsioni sociali di carattere retributivo e si ispira alla prevenzione generale intimidatrice, la nostra Corte costituzionale continua a valorizzare la funzione risocializzativa, pur nella cennata

⁶⁵ Rileva come nel nostro ordinamento l'inasprimento della risposta penalistica abbia rappresentato l'alibi per eludere l'intervento più importante e necessario sugli strumenti di prevenzione primaria (sociale, culturale e normativa), L. EUSEBI, *A quando un sistema volto alla prevenzione effettiva dei reati e alla reintegrazione dei loro autori?*, in *Arch. pen.*, 2023, 3. Si veda a proposito della *just culture* in ambito aeronautico e alla difficile interazione in proposito tra normativa euounitaria e sistema penale italiano M. PILLIA-M. DI GIUGNO, *La 'Just Culture' aeronautica nel sistema penale italiano. Una difficile integrazione*, Milano, 2022, 20 ss.

⁶⁶ Per una recente e approfondita riflessione in proposito E. DOLCINI, *Patologie del sistema sanzionatorio penale e principio della rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, 416 ss., 419 ss.

⁶⁷ Rimangono attuali le considerazioni di M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, 55 ss.

considerazione di una funzione polifunzionale della pena⁶⁸. In questo quadro si inscrive, ad esempio, l'affermazione secondo la quale la rieducazione svolge funzioni di mitigazione dell'entità della pena sproporzionata, come quando occorra ridurla perché il percorso risocializzativo sia già iniziato prima della condanna e dunque debba lasciarsi spazio al dispiegamento del principio del minimo sacrificio della libertà personale (si veda la sentenza n. 179 del 2017⁶⁹).

Gli esempi sono molteplici e non è certo questa la sede per passare in rassegna le pronunce che confermano chiaramente questa linea di tendenza: basti qui il riferimento, tra le più recenti, alla decisione n. 149 del 2018⁷⁰ e, ancor di più, alla paradigmatica n. 253 del 2019 (nonché la successiva ord. n. 97 del 2021)⁷¹, in tema di ergastolo ostativo, che ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto di accesso ai benefici penitenziari dell'ergastolano non collaborante, ma rispetto a cui sia verificabile il pieno ravvedimento.

⁶⁸ Si evidenzia da più parti il protagonismo della Consulta, concordemente ritenuto una conseguenza di pulsioni quanto meno deformanti del paradigma penalistico costituzionale provenienti dal legislatore. In argomento, F. PALAZZO, *L'illegittimità costituzionale della legge penale e le frontiere della democrazia*, in *Leg. pen.*, 2020, 14; V. MANES, *Diritto penale no limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Quest. Giust.*, 26 marzo 2019; G. PONTEPRINO, *La "storia infinita" del sindacato sulla proporzionalità della pena*, in *Sist. pen.*, 9 settembre 2024, 4. Sulla centralità della Corte costituzionale per la riaffermazione di principi fondamentali in materia penale come effetto preterintenzionale del populismo penale E. AMATI, *L'enigma penale*, cit., 292 ss.

⁶⁹ Il principio per cui la libertà personale debba essere compressa nella misura minima necessaria allo scopo di tutela compare anche nelle pronunce in tema di misure cautelari della Corte costituzionale, è stato affermato ad esempio nella n. 265 del 2010, e ancora prima dalla n. 299 del 2005, per giungere poi alla 191 del 2020. In argomento si legga V. MANES, *L'evoluzione del rapporto tra Corte e giudici comuni nell'attuazione del "volto costituzionale" dell'illecito penale*, in V. Manes-V. Napoleoni, *La legge penale illegittima*, Torino, 2019, 41 s.

⁷⁰ La sentenza ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 58-*quater*, comma 4, o.p. nella parte in cui prevede che i condannati all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 630 c.p. (e 289 *bis* c.p.), che abbiano cagionato la morte del sequestrato, non sono ammessi ad alcuno dei benefici indicati nel comma 1 dell'art. 4-*bis* se non abbiano effettivamente espiato almeno ventisei anni di pena.

⁷¹ La sentenza dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1 o.p., nella parte in cui non prevede che, ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416-*bis* c.p. e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* o.p., allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti. In via consequenziale è stata anche dichiarata l'incostituzionalità nella medesima disposizione nella parte in cui non prevede che ai detenuti per i delitti ivi contemplati, diversi da quelli di cui all'art. 416-*bis* c.p. e da quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* o.p., allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti.

La dicotomia alla cui luce leggere il nostro sistema trova poi una concretizzazione nell'ambito della giurisprudenza della magistratura di sorveglianza, i cui provvedimenti sono spesso improntati ad una rieducazione come cambiamento della personalità, adesione a nuovi valori, necessità di pentimento, richiesta di perdono alle vittime⁷².

Sia detto per inciso: non si tratta sempre di scelte commendevoli. Ci si allontana da una visione liberale del diritto penale tutte le volte in cui la giurisdizione piega verso declinazioni etiche ed emotive e si allontana da impostazioni laiche legate al rispetto della legalità processuale e alla pretesa che il condannato si attenga ad una futura ordinata vita associata. Un concetto totalizzante di rieducazione rappresenta un pericolo tanto quanto la massimizzazione dell'impronta securitaria del sistema sanzionatorio.

7. Avvento della giustizia riparativa e incoerenze di sistema

La linea del legislatore riguardo al sistema sanzionatorio non è certo coerente. All'impostazione indicata nel paragrafo precedente si è affiancata una vera e propria fascinazione rispetto all'impiego della giustizia riparativa⁷³, a partire dal d. lgs. 150 del 2022, sicchè ora si registra una vera 'schizofrenia' normativa: da una parte una politica criminale improntata a legge e ordine e basata sugli incrementi di pena e moltiplicazione di fattispecie di reato, dall'altra parte l'implementazione di una nebulosa contaminazione tra processo e mediazione penale, con esiti spesso contraddittori.

La giustizia riparativa non è una disciplina giuridica, poiché disconosce l'equazione "diritto come coercizione" e rinuncia all'idea di un'azione giudiziaria volta alla sua affermazione⁷⁴. Posto che in essa non vi è spazio, programmaticamente, per la presenza di un qualche vincolo e soprattutto per la sua applicazione *contra nolentem*, è ovvio che siamo fuori da una disciplina non solo penale, ma altresì normativa in senso proprio.

La *restorative justice* propone l'adozione di un approccio mite, dialogico, riconciliativo e non punitivo, quanto meno nell'impostazione teorica, ma, una volta giustapposto ad un sistema penale fortemente punitivistico come quello attuale, essa rischia di determinare un'ulteriore pulsione alla criminalizzazione accostando all'accusa

⁷² Per alcune dense riflessioni critiche sulla giustizia riparativa per come intesa oggi entro il nostro sistema, G. FIANDACA, *Punizione*, cit., 139 ss.

⁷³ Per quanto sia estremamente arduo individuarne una nozione condivisa, come rileva A. NISCO, *Teorie espressive della pena*, cit., 163.

⁷⁴ Sul rapporto tra diritto ed azione si veda M. ORLANDI, *Riduzione. Diritto senza forza*, Torino, 2024, 8 ss., 19 ss.

pubblica un pulviscolo di accusatori privati, *id est* le persone offese, la soddisfazione delle cui pretese diviene il riferimento essenziale per determinare il successo dell'esperienza riparativa e quindi per ottenere il relativo beneficio processuale per l'imputato⁷⁵.

Concepire la giustizia riparativa come un rimedio, un'alternativa per correggere le lacune del sistema penale è dunque concettualmente errato e veicola rischi già evidenziati in dottrina, come la propensione alla privatizzazione della gestione della criminalità e la torsione moralizzatrice del concetto di riparazione, non disgiunta da forme di criptopunizione informale, a tutto vantaggio della parte forte del rapporto di mediazione⁷⁶. Siamo anni luce distanti da una visione liberale della pena: si pensi per tutti a Beccaria, per il quale la prevenzione era intesa come neutralizzazione e intimidazione. In nessun passo del suo *pamphlet* è possibile cogliere un riferimento alla emenda o alla riforma morale del condannato⁷⁷.

Nel quadro attuale, dunque, la giustizia riparativa può assumere un ruolo distortivo, una volta inserita a viva forza nel sistema penale, interferendo con i criteri orientati formalizzati nell'art. 133 c.p.

Ciò può legittimare, nei fatti se ne colgono già qua e là le prime avvisaglie, la pretesa privata ad interloquire sulla punizione, per costruire un vero e proprio ruolo commisurativo della vittima nel processo penale. Si aggiungerebbe così nel processo un terzo soggetto che mira non già a potenziare la capacità gnoseologica del giudizio, per giungere all'accertamento dei fatti, ma a dare una veste formale a lagnanze di vario tipo, veicolate attraverso la spesso soffocante presenza di aspetti emotivi e irrazionali.

La vittima, già solo a livello logico, non può invece svolgere alcun ruolo processuale di tale natura, poiché essa ontologicamente esiste solo all'esito del processo, quando si sanziona formalmente l'antigiuridicità della condotta che ha offeso i suoi interessi⁷⁸.

In breve, non esiste il diritto alla condanna in capo alla persona offesa e così pure il diritto a svolgere argomentazioni commisurative. Con specifico riguardo alla tutela della vita, ma con argomenti di portata generale, la Corte edu⁷⁹ ha chiaramente

⁷⁵ Il fenomeno è evidentissimo sul piano del processo, ormai transitato da una prospettiva reocentrica verso una vittimocentrica, V. MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, 2022, 70.

⁷⁶ A tal proposito G. FIANDACA, *Punizione*, cit., 155 s.

⁷⁷ Lo rileva P. AUDEGEAN, *Violenza e giustizia. Beccaria e la questione penale*, Bologna, 2023, 87 ss.

⁷⁸ J.M. SILVA SANCHEZ, *¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autore"*, in *Derecho penal del siglo XXI*, VIII-2007, Cuadernos de derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, 359.

⁷⁹ Corte Edu, II, 29 marzo 2011, *Alikaj vs Italia*, che afferma al § 95 come il diritto alla vita di cui all'art. 2 non implica il diritto alla persecuzione o alla condanna, né possa configurarsi come obbligo di

affermato che esiste sì un dovere dello stato di proteggere la vita, ma dall'art. 2 Cedu non può dedursi l'esistenza di un diritto di un privato a far punire un altro individuo e un dovere dello Stato di adempiere a tale pretesa.

Tornando alla giustizia riparativa, essa può rappresentare un fattore di distorsione della struttura e della dinamica del rito penale: deformalizzando le procedure e potenziando l'intuizionismo del giudice si rischia peraltro di rendere quest'ultimo ostaggio di reazioni contraddittorie e strumentali delle parti processuali.

La mediazione penale è infatti caratterizzata dalla dequotazione delle garanzie dell'imputato (e della stessa asserita vittima), il che è del tutto coerente rispetto alla giustizia riparativa, che nulla ha a che vedere con l'inflizione di una sanzione e che dunque a ragione vive un rito regolato da norme come un ostacolo al raggiungimento della conciliazione e ricostituzione di un rapporto violato tra autore e vittima.

Questo orizzonte però è eterodosso rispetto al giudizio penale: l'irruzione di simili logiche rischia di fletterlo verso letture etiche e comunque strumentali. Ciò emerge con particolare chiarezza nel campo del diritto penale economico.

La criminalità degli affari certo non è del tutto razionale (le compulsioni sono sempre in agguato), ma sicuramente segue più delle altre percorsi logici, essendo motivata da una ricerca di profitto con azioni coordinate ad alta complessità tecnica. In questo contesto è ovvio che la *chance* riparativa si presti a calcoli 'a tavolino', orientati a stabilire la convenienza della commissione del fatto rispetto alle conseguenze negative che ne potrebbero derivare, anche in situazioni di pratica certezza di essere individuati dalle Agenzie del controllo sociale.

Gli sconti di pena per la condotta riparatoria possono essere insomma precalcolati e rendere utile la scelta illecita anche in caso di imputazione⁸⁰.

Inoltre, la riparazione in ambito economico, dove non sono in gioco rapporti individuali, ma offese a vittima diffusa e impersonale, assume per contaminazione una connotazione monetaria, con il risultato di istituzionalizzare una posizione di vantaggio per chi può riparare mediante investimento.

L'impressione è che nel nostro sistema, con particolare riguardo all'illecito di

risultato che prevede che qualsiasi azione penale possa concludersi con una condanna, men che meno ad una determinata pena. A tal riguardo si legga S. MANACORDA, "Dovere di punire"? *Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in M. Maccarelli-P. Palchetti-C. Sotis (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani*, Madrid, 2014, 346.

⁸⁰ In proposito si vedano i rilievi di D. PULITANÒ, *Il penale tra teoria e politica*, in *Sist. pen.*, 9 novembre 2020; e G. FIANDACA, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in *Sist. pen.*, 28 novembre 2020.

impresa, non si stia imponendo un modello di *giustizia riparativa*, ma piuttosto di *deflazione penale*: si pensi alle ipotesi di estinzione anche a seguito di condotte ripristinatorie e risarcitorie per le contravvenzioni in materia di alimenti e bevande e alla continua espansione della messa alla prova (che ben può avere connotazioni di riparazione del danno), nonché alla estensione della particolare tenuità del fatto anche in ambito tributario e societario⁸¹.

Occorre dunque rifuggire dall'impiego indiscriminato di una soluzione normativa non neutra dal punto di vista ideologico, poiché la matrice comunitarista e aconfittuale che ne è alla base deve fare i conti con il pluralismo politico, culturale e morale e con le peculiarità di alcuni settori del diritto penale. La potestà punitiva, sia nell'*an* (condanna) che nel *quantum* (commisurazione), non è strumento di realizzazione di interessi di parte; è una funzione, dunque un potere esercitato per un interesse oggettivo⁸².

8. Possibili linee evolutive. Il problema dell'imprevedibilità della pena

La garanzia che i formanti del diritto penale contemporaneo asseriscono più convintamente di voler tutelare è la prevedibilità della decisione giudiziaria⁸³.

Con una certa singolarità, i contributi che dottrina e giurisprudenza⁸⁴ hanno fornito per l'implementazione di questo principio si sono rivolti pressochè esclusivamente al fronte della definizione del precetto, con riguardo alla costruzione del tipo e della sua interpretazione⁸⁵. Vincolo del precedente e accessibilità non sono stati tematizzati in ordine al momento commisurativo.

L'attenzione che in esso necessariamente si deve porre al caso singolo ha

⁸¹ In proposito si è rilevato che accanto alla disciplina organica della giustizia riparativa sono stati introdotti o incrementati dalla cd. riforma Cartabia modelli di giustizia deflattiva, alternativa a quella tradizionale, intesa come insieme di discipline che hanno come finalità prevalente o esclusiva la riduzione del peso che l'amministrazione della giustizia genera sul proprio apparato burocratico, cfr. R. BARTOLI, *Brevi considerazioni sulla giustizia deflattiva come concetto generale e nella riforma Cartabia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 511 ss.

⁸² Essenziale in questo senso il riferimento a G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942, 164 ss.

⁸³ Fondamentale qui lo studio di F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *La crisi della legalità: il sistema vivente delle fonti penali: atti del Convegno, Napoli, 7-8 novembre 2014*, Napoli, 2016, 213 ss.

⁸⁴ Esemplare Cass., Sez. VI, sent. 26 marzo 2024 (dep. 16 luglio 2024), n. 28594, Pres. Giordano, est. Silvestri, in *Sist. pen.*, 25 luglio 2024, in tema di mutamento giurisprudenziale sfavorevole successivo alla commissione del fatto (nella specie il delitto di cui all'art. 615 *ter* c.p.).

⁸⁵ Si veda la panoramica tracciata di recente da G. DE AMICIS, *Principi di diritto, massime e prevedibilità delle decisioni: la Corte di cassazione tra stabilità e mutamento*, in *Sist. pen.*, 16 ottobre 2024.

legittimato il rifiuto concettuale di ogni vincolo per il giudice diverso dalle cornici edittali. Di qui la dimensione casistica e asistemica dell'*output* sanzionatorio del processo penale italiano. E così casi del tutto analoghi hanno epiloghi ingiustificatamente differenziati in funzione non solo dell'ufficio giudiziario, ma della persona fisica del giudice che procede all'irrogazione della pena⁸⁶.

L'attenzione alla stabilità interpretativa del precetto risulta così francamente eccessiva, se la ricaduta sanzionatoria, che poi è la manifestazione del diritto penale più visibile dai consociati, rappresenta una sorta di lotteria priva di alcuna decrittabilità secondo criteri condivisi.

In un ordinamento che subisce il fascino culturale del vincolo del precedente (manifestazione plastica l'art. 618 comma 1 *bis* c.p.p.⁸⁷), è allora indispensabile pensare a una qualche forma di nomofilachia commisurativa che generi, auspicabilmente, delle *guidelines* giurisprudenziali funzionalmente (non strutturalmente, è ovvio) analoghe a quelle statunitensi. È impensabile applicare da noi il modello nordamericano, sia federale che statale, mancandone del tutto i presupposti istituzionali e processuali, ma sarebbe auspicabile prendere a riferimento l'orizzonte di valore in cui esso si iscrive, vale a dire la razionalità e controllabilità della decisione giudiziale sulla pena⁸⁸.

⁸⁶ La necessità di poter prevedere l'esito sanzionatorio del giudizio spinge a confrontarsi con i modelli di *sentencing* anglosassoni, si veda ad es. E.A.A. DEI CAS, *Sentencing inglese e prospettive di un processo bifasico in Italia: potenzialità e insidie di un mutamento a lungo evocato*, in *Arch. pen.*, 2022, 48 ss., nonché a individuare criteri algoritmici che assicurino uniformità di trattamento e leggibilità del procedimento decisorio sulla pena. Si segnalano anche proposte in merito all'impiego dell'IA (di tipo debole, dunque incapace di autoapprendere e fornire esiti disancorati dalle istruzioni impartite) nella commisurazione della pena, in qualità di assistente del giudice, si veda F. COPPOLA, *Un possibile utilizzo dei sistemi di AI per lo studio della prassi commisurativa*, cit., 126 ss.; ID., *Commisurazione della pena e intelligenza artificiale: una ipotesi di lavoro con l'algoritmo Ex-Aequo*, in *Arch. pen.*, 2023, 1 ss.

⁸⁷ Si vedano le dense considerazioni di G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? sezioni unite e principio di diritto*, in *Dir. pen. cont.*, 29 gennaio 2018, 15 ss. che chiaramente esclude che la norma indicata possa costituire realmente un passo sicuro verso un sistema che operi per precedenti, alla luce di vincoli di realtà ineludibili: al cospetto di una Corte di cassazione che redige 58.000 provvedimenti l'anno l'obiettivo della nomofilachia rischia di diventare una chimera, l'eventualità di pronunce incoerenti è fisiologicamente elevata e determina automaticamente un aumento dei contrasti di giurisprudenza.

⁸⁸ Negli Stati Uniti, il *Sentencing Reform Act* del 1984 ha previsto, a livello federale, lo sviluppo di linee guida ad opera di una apposita Commissione (la *sentencing commission*), che è un'agenzia indipendente appartenente all'ordine giudiziario, composta da sette membri con diritto di voto e due senza diritto di voto, *ex officio*. La legge del 1984 contiene istruzioni dettagliate su come dovrebbe essere presa questa determinazione, la più importante delle quali indirizza la Commissione a creare categorie di comportamento offensivo e caratteristiche del trasgressore. Ai sensi della legge, il tribunale che ritiene di infliggere una condanna deve selezionare una pena all'interno dell'intervallo delineato dalle linee guida. Se, tuttavia, un caso particolare presenta caratteristiche atipiche, la legge consente al tribunale di discostarsi e individuare una sanzione al di fuori dell'intervallo prescritto, previa

Si tratterebbe di un passo fondamentale verso l'effettiva traduzione pratica del diritto a prevedere le conseguenze delle proprie scelte di comportamento e che, allo stesso tempo, nel merito, si presterebbe a veicolare scelte commisurative improntate se non già alla proporzione della pena, data l'inconoscibilità intrinseca di tale misura, quanto meno, in via di approssimazione, alla sua *non sproporzione*.

È noto che il nostro ordinamento preclude al giudice di legittimità qualsiasi indagine di merito, ma le storture commisurative possono essere colte senza necessità di confrontarsi direttamente con il caso concreto e gli elementi di fatto che lo compongono, dunque un intervento diretto della Suprema Corte sulla pena irrogata non è estraneo al sistema.

Già l'art. 620 c.p.p., alla lett. l), consente alla Cassazione di rideterminare la pena sulla base delle statuizioni del giudice di merito, se ritiene di poter decidere senza accertamenti di fatto e anche alla luce di valutazioni discrezionali, come chiarito dalle Sezioni unite⁸⁹.

Ma soprattutto è il controllo sulla motivazione che può rappresentare l'occasione per l'armonizzazione complessiva dei trattamenti sanzionatori per fattispecie di disvalore equivalente in base ai parametri dell'art. 133 c.p.

Se l'accertamento degli elementi storici cui i criteri commisurativi fanno riferimento è espressione di uno scrutinio di fatto, la motivazione in merito alla selezione e alla congruente applicazione dei criteri di commisurazione è senza dubbio occasione per un sindacato di diritto, il che implica che vadano correttamente individuati, enunciati e, ove suscettibili di esegesi divergenti, interpretati in senso conforme a quanto enunciato dal giudice di legittimità.

Il controllo sulla legittimità della motivazione può consentire dunque di rendere omogenea la lettura di criteri ambigui e farne oggetto di applicazione

formulazione di adeguata motivazione in proposito. La Corte d'appello può rivedere la sentenza per determinare se le linee guida sono state applicate correttamente. Le linee guida iniziali della Commissione furono presentate al Congresso il 13 aprile 1987. Dopo il periodo prescritto di revisione da parte del Congresso, le linee guida sono entrate in vigore il 1° novembre 1987 e si applicano a tutti i reati commessi a partire da tale data. La Commissione ha l'autorità di presentare emendamenti alle linee guida ogni anno al Congresso tra l'inizio di una sessione regolare del Congresso e il 1° maggio. Tali modifiche entrano automaticamente in vigore 180 giorni dopo la presentazione, a meno che non venga emanata una legge contraria. Per una approfondita lettura del modello di *sentencing* nordamericano e della sua evoluzione nel tempo rimane imprescindibile G. MANNOZZI, *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena*, Padova, 1996, 71 ss.

⁸⁹ Cass., S.U., n. 3464 del 30 novembre 2017 Ud. (dep. 24 gennaio 2018), in *Dir. pen. proc.*, 2018, 766 ss., con nota di M. CECCHI, *Annulamento senza rinvio: la Cassazione rimodula i propri poteri*.

progressivamente uniforme.

Per quanto siano innumerevoli le decisioni che rinviano al giudice di merito la decisione per la sola determinazione della pena⁹⁰, la commisurazione non deve rappresentare una zona franca rispetto al giudizio di legittimità⁹¹. Quel che si chiede invece alla Corte è di cogliere, attraverso il veicolo della motivazione apparente o illogica, l'irragionevolezza del procedimento di commisurazione o del suo esito.

Tra i parametri che potrebbero essere implementati in questa opera della Suprema Corte, vi è senza dubbio la proporzione, per rendere così giustiziabile il principio di cui all'art. 49 (3) Carta diritti fondamentali UE, che consentirebbe di contrapporsi, in senso contromaggioritario, agli eccessi punitivi del giudice di merito⁹².

Si tratta di un'operazione che è già stata compiuta dalla stessa CGUE, che ha applicato proprio il principio di cui all'art. 49 (3) CDFUE con effetto diretto sulla disciplina della commisurazione, in relazione ad una disposizione austriaca. Ad avviso della Corte, come stabilito in quel caso, il divieto di pene sproporzionate può essere applicato incondizionatamente dal giudice nazionale con effetti *in bonam partem*, attribuendo addirittura un potere diffuso di derogare i minimi edittali⁹³.

Senza giungere a tali eccessi, la valorizzazione del parametro eurounitario consentirebbe di individuare un solido riferimento normativo alla cui luce svolgere una funzione nomofilattica sulla pena. All'interno del nostro sistema, curiosamente, non esiste alcuna menzione esplicita della proporzione come vincolo per il giudice in fase

⁹⁰ Per alcuni riferimenti giurisprudenziali A. NAPPI, *La rideterminazione della pena nel giudizio di cassazione tra legittimità e merito*, in *Sist. pen.*, 15 aprile 2024.

⁹¹ In questo senso, affermando la natura incontrollabile, perché intuitiva, del giudizio di commisurazione della pena, Cass., sez. VI, n. 7214 del 15 novembre 1989 Ud. (dep. 24 maggio 1990), Rv. 184375 – 01, secondo la quale «il giudizio sulla riduzione della entità di una pena inflitta, come quello per la determinazione della pena base e di quella complessiva da irrogare, più che un processo logico, costituisce il risultato di una intuizione derivante da una valutazione globale dei fatti accertati e della personalità del reo», nonché Cass., II, n. 7842 del 28 maggio 1992 Ud. (dep. 08/07/1992), Rv. 191064.

⁹² Sul diritto fondamentale a non subire una pena non sproporzionata F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 223 ss.; in proposito, con riferimento alla giurisprudenza costituzionale tedesca, A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 2016, 1433 s.

⁹³ CGUE (GC) del 8 marzo 2022, C-205/20, NE, in *Sist. pen.*, 26 aprile 2022, con nota di F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*. Sulla decisione, in chiave critica, si vedano le approfondite riflessioni di M. PELISSERO, *Il principio di proporzionalità (non sproporzionalità) delle pene: recenti sviluppi e impatto anomalo delle fonti eurounitarie sul principio di legalità delle pene*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1370 s., che condivisibilmente evidenzia, tra l'altro, la conseguente disparità di trattamento tra le materie di competenza dell'Unione e quelle riferibili al legislatore nazionale.

commisurativa, tanto che, in assenza di riferimenti espressi ad essa, alcuni illustri commentatori hanno pensato ad un intervento additivo della Corte sul 133 c.p.p., del tipo di quello sull'art. 5 c.p., volto ad aggiungerla al testo della disposizione⁹⁴.

Si tratta dunque di impiegare il sindacato di legittimità come strumento per giustiziare la violazione della sproporzione come standard di giudizio, attraverso la valorizzazione del vizio di motivazione.

Indispensabile è però la semplificazione della nozione, il cui contenuto è in corso di evoluzione, dato che si sta distinguendo via via dalla ragionevolezza, bipartendosi, nella giurisprudenza della Consulta, tra proporzionalità *comparativa* e proporzionalità *intrinseca* della pena, la prima orientata a tutelare la coerenza delle scelte sanzionatorie e la seconda che mira a salvaguardare la coerenza delle sanzioni con valori e principi ulteriori e sovraordinati⁹⁵.

8.1. - *Il presupposto operativo della nomofilachia: la non sproporzione da argomento a standard*

Da noi la proporzionalità della pena si è manifestata storicamente come la sintesi degli artt. 3 e 27 Cost. e ha implicato la necessità di una individualizzazione della sanzione rispetto a offensività e colpevolezza del singolo fatto⁹⁶. La portata della nozione è però ancora oggi destinata ad infrangersi sul banco della prassi e, soprattutto, rappresenta un mero strumento argomentativo, incapace allo stato di tradursi in un vincolo di motivazione scrutinabile in sede di legittimità.

Difficile pretendere da un simile principio la capacità di ridurre l'immensa discrezionalità del giudice nella fase commisurativa. La pena meritata dal reo viene per lo più individuata dal magistrato sulla base di considerazioni attinenti

i) alla proporzionalità *ordinale* (quindi *relativa*, dipendente dal confronto con le pene previste per la generalità dei reati nel sistema penale o con gruppi di essi omogenei a quello di cui si discute) e

ii) alla proporzionalità *cardinale* (cioè intrinseca al rapporto tra gravità del reato

⁹⁴ E. LUPO, *I controlli giurisdizionali sui giudizi discrezionali*, in *Sist. pen.*, 23 settembre 2024, 13.

⁹⁵ In argomento F. PALAZZO, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, cit., 323 ss.; D. TEGA, *La Corte nel Contesto*, Bologna, 2020, 145; F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 237.

⁹⁶ Per una lettura della evoluzione del sindacato sulla pena e la sua proporzionalità, tra gli altri, R. BARTOLI, *Il sindacato di costituzionalità sulla pena tra ragionevolezza, rieducazione e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1441 ss., 1445 ss.

e della pena, dunque *assoluta* rispetto alle altre incriminazioni e non riferita alla comparazione con esse).

A tali criteri si aggiunge poi inevitabilmente la componente esperienziale personale, che implica il confronto con casi simili incontrati in precedenza, ma anche con casi diversi (di disvalore maggiore o più lieve), affrontati nel proprio percorso professionale e in quello degli altri colleghi che condividono il suo ufficio giudicante. Naturalmente il risultato finale viene poi razionalizzato alla luce dei riferimenti legali (circostanze, continuazione, concorso formale, riti processuali e così via)⁹⁷.

La commisurazione è insomma attività difficile da irregimentare⁹⁸, a fronte di fattori, spesso extragiuridici, se non inconfessabili e finanche inconsci (appiattimento ritualistico su decisioni precedenti, conformismo giudiziario, *bias* decisionali di vario genere, basati sul tipo di interessi offesi, caratteri personali della vittima o dell'autore, pressioni mass-mediatiche e così via)⁹⁹, sicchè è di fatto oggi impossibile predire quale sarà la pena inflitta in caso di condanna¹⁰⁰.

Abbandonata la rincorsa del miraggio della pena giusta in quanto proporzionata al fatto, una sorta di figura normativa impossibile *à la* Escher, si deve ripiegare su una pena *non palesemente ingiusta perché non manifestamente sproporzionata*¹⁰¹.

⁹⁷ Sul punto, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 168 s.; G. MANNOZZI, *La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla precisione legislativa alla prassi applicativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1240 s. Sul ruolo giocato nella decisione del giudice dalla esperienza e dall'intuizione e sulla razionalizzazione *ex post* all'atto del motivare si legga già G. VASSALLI, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, in *Conferenze. Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari*, II, Milano, 1958, 1315.

⁹⁸ Sul ruolo giocato da fattori estranei agli indici di cui all'art. 133 c.p. e attinenti tra l'altro al processo, ai riti alternativi, alla sospensione condizionale della pena e all'affidamento in prova, già T. PADOVANI, *La disintegrazione del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 423 ss. Si noti che a tal punto la commisurazione razionale è assediata che aspetti che apparterrebbero a pieno titolo a questa fase vengono ad essa sottratti pur di individuare soluzioni prevedibili: è quel che accade rispetto a casi di vero e proprio concorso formale di reati, generatori di cumuli di pene percepiti come sproporzionati e che, invece di essere risolti entro le coordinate del combinato disposto degli artt. 133 e 81 c.p., vengono intesi come episodi di concorso apparente di norme, in specie nel capitolo del *ne bis in idem* e risolti secondo opinabili criteri di valore. Sul tema, recentemente, D. COLOMBO, *Apologia del concorso formale di reati. Principio di legalità, istanze di ne bis in idem sostanziale e proporzionalità della pena irroganda*, in *Arch. pen.*, 3/2024, 64 ss. Essenziale a tal proposito la riflessione di C. SOTIS, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, in *Ind. pen.*, 2017, 472; ID., *Il "concorso materiale apparente": confine tra artt. 15 e 81 c.p.*, in *Giur. it.*, 2020, 192 ss.

⁹⁹ Sul ruolo che elementi irrazionali giocano nella commisurazione della pena già E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 66.

¹⁰⁰ Si veda in proposito F. COPPOLA, *Un possibile utilizzo dei sistemi di IA per lo studio della prassi commisurativa*, in A. Bondi-G. Marra-R. Palavera (a cura di), *Diritto penale tra teoria e prassi*, Urbino, 2024, 122.

¹⁰¹ Per una panoramica di questa evoluzione G. BASSO, *Determinación judicial de la pena y*

8.2. - La Cassazione come Sentencing Commission?

Il punto però è come garantire un simile risultato, come renderlo cioè giustiziabile.

Operativamente dovrebbe dunque chiedersi al giudice di merito di valorizzare, dandone poi adeguato conto nella motivazione, i parametri di maggiore importanza per la commisurazione della pena.

Nella storica latitanza del legislatore¹⁰², che mai ha chiarito quale fosse il rapporto tra gli indici dell'art. 133 c.p., il compito dovrebbero gravare sulla Cassazione, chiamata poi compiere un'adeguata attività nomofilattica rispetto ai giudici di merito. La suprema Corte, insomma, dovrebbe indicare vere e proprie linee guida di commisurazione: non si tratterebbe di un'invasione di campo (non può certo il legislatore commisurare la pena), ma di un completamento del processo di individualizzazione della sanzione secondo criteri verificabili.

L'operatività della Cassazione come '*sentencing commission* giurisprudenziale' si dimostrerebbe proprio in relazione allo standard della proporzione.

Tale concetto, in sé vuoto o semivuoto, deve essere riempito di criteri operativi a partire dal fatto concreto oggetto di giudizio. Lo standard, infatti, non è un principio astratto, ma assume un contenuto solo in relazione a fatti concreti e infatti esiste solo quando vi sia una fattispecie concreta da valutare in base ad esso. Come noto, il procedimento interpretativo in questo caso è anomalo rispetto alle cadenze classiche della sussunzione del fatto concreto nella norma astratta: prima si pone il fatto, poi

proporcionalidad con el hecho, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2019, 93 ss., 235 ss. e F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 213 ss. Non che questo comporti un particolare avanzamento sul piano scientifico. Rinunciare alla pena giusta per deflettere su quella non ingiusta lascia impregiudicata l'identificazione dei fattori da considerare per comprendere il livello sanzionatorio da rispettare. La pena non ingiusta dovrebbe essere valutata sia nella prospettiva della società nel suo complesso che rispetto al singolo destinatario della sanzione, in argomento si leggano C. ROXIN-L. GRECO, *Strafrecht, AT*, München, 2020, 128 e 156. L'idea che esista una corrispondenza diretta tra due entità così eterogenee come reato e pena è evidentemente errata fino dalle basi concettuali e certamente non ha nulla di plausibile dal punto di vista scientifico. Sul punto, condivisibilmente M. DONINI, *Per una concezione post riparatoria della pena*, cit., 1174 ss. Nonostante il successo a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso e le perduranti letture in tal senso di parte della dottrina internazionale, il fondamento retributivo sconta da sempre l'intrinseca opinabilità della corrispondenza reato-pena. Per una lettura aggiornata C. ROXIN-L. GRECO, *Strafrecht*, cit., 131, che si esprimono in termini di *Renaissance der Vergeltungstheorie*, riprendendo uno scritto di Schünemann del 2002; nel contesto anglosassone A. ASHWORTH, *Sentencing and criminal justice*, Cambridge, 2015, 93 ss. e nella nostra letteratura, G. MANNOZZI, *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena*, cit., 135 ss.

¹⁰² Si tratta di un'esperienza che lo stesso legislatore ha svolto solo di recente e solo con riguardo all'art. 131 *bis* c.p. È quel che è accaduto in relazione all'art. 2621 *ter* c.c. e 13, comma 3 *ter*, d. lgs. 74 del 2000, rispetto allo standard della particolare tenuità del fatto.

interviene la sua valutazione in base allo standard, infine la qualificazione da parte della norma che contiene quest'ultimo¹⁰³.

Insomma, in questi casi l'imputazione, intesa come il collegamento dell'effetto giuridico ad una fattispecie normativa si risolve nell'applicazione, cioè nell'attività di riconduzione della previsione astratta al caso concreto e non nella sussunzione.

Per poter operare, lo standard richiede criteri di valutazione ed è qui che deve intervenire la nomofilachia della Cassazione. Le opzioni sono presto dette. O ci si rivolge a criteri sociali, il che significa essenzialmente alla *communis opinio* storicamente percepita dal giudice, oppure a criteri di sistema, cioè a direttive che si ricavano dall'interazione delle disposizioni che compongono l'ordinamento o sue branche più o meno ampie.

Chiaramente il primo criterio è discutibile ogni qual volta si richiedano valutazioni tecniche che non sono un patrimonio comune e, soprattutto, quando non sia rinvenibile un orientamento sociale consolidato. Per quanto riguarda i profili attinenti alla pena, poi, si pone un ulteriore specifico problema: il senso comune o la coscienza collettiva, ammesso che esistano, potrebbero flettere in modo marcato verso la iperpunizione di questo o quel fatto di reato. Sono noti, infatti, i plurimi fattori di irritazione dell'opinione pubblica in ambito penale, sempre alla ricerca di rassicurazione¹⁰⁴.

Ecco perché, sia detto per inciso, non convincono i riferimenti a quel che la Corte Suprema americana chiama *standards of decency* rispetto allo scrutinio della pena eccessiva¹⁰⁵: sia che li si intenda come riferiti a valutazioni socialmente condivise, sia che li si interpreti come l'espressione della capacità innata in ognuno di riconoscere ciò che evidentemente è ingiusto¹⁰⁶, essi appaiono troppo facilmente manipolabili, in particolare oggi.

Pare più praticabile allora la prospettiva di riempire lo standard guardando al

¹⁰³ Per la definizione di questo *iter* interpretativo, essenziale lo studio di M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1989, 156.

¹⁰⁴ Il giudice Scalia nella opinione resa nel caso *Harmelin vs Michigan*, 501 U.S. 957 (1991) lo aveva evidenziato: non esiste alcuno standard oggettivo per misurare la gravità di un reato. Per altri sette giudici della Corte però il principio di proporzionalità della pena esisterebbe e dovrebbe essere inteso in senso restrittivo, come mero divieto di pene grossolanamente sproporzionate, che la Corte deve scrutinare sulla base di criteri obiettivi, ammettendo poi che i tipi e l'entità delle sanzioni riflettono opzioni politiche di competenza del legislatore, che a loro volta dipendono dalla percezione e i bisogni di pena della collettività.

¹⁰⁵ Sugli *standards of decency* la prima pronuncia è *Trop vs Dulles*, 356 U.S. 86, 101 (1958). Vi è da dubitare che tali *standards* esistano e che, nel caso, siano orientati nel senso del contenimento dell'afflittività e non già, al contrario, ad un inasprimento parossistico della penalità. Considerazioni in tal senso in J.F. STINNEFORD, *Rethinking Proportionality under the Cruel and Unusual Punishment Clause*, cit., 918 ss.

¹⁰⁶ In questo senso, di recente F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 313, per il quale l'espressione andrebbe intesa non come riferita ad una valutazione sociale media, bensì come capacità di ciascuno di riconoscere ciò che evidentemente è ingiusto, manifestamente sproporzionato.

sistema, vale a dire dare un ordine logico e gerarchico agli indici di cui all'art. 133 c.p., in modo da chiarirne significato e rapporti reciproci. In breve: la non sproporzione può assumere un chiaro statuto concettuale, ma anche operativo, istituendo un vincolo esegetico, sorvegliato dalla Cassazione, rispetto ai criteri che compongono la disposizione codicistica in tema di commisurazione della pena.

In via interpretativa si potrebbe riprodurre qui, *mutatis mutandis*, il modello della tipizzazione sintomatica, impiegata ad esempio del delitto di cui all'art. 603 *bis* c.p.: come il legislatore fornisce una serie di elementi indiziari che guidano (come una *guideline* probatoria) l'interprete nell'identificazione di una condizione di sfruttamento nel caso concreto¹⁰⁷, così potrebbe agire la Cassazione rispetto alla individuazione della pena non sproporzionata da parte del giudice del merito.

È un'operazione possibile, cui la giurisprudenza in fondo è avveza ogni volta che si confronta con clausole generali bisognose di direttive esegetiche *pro futuro* (dalla causalità ai requisiti del diritto di critica scriminante, lo abbiamo sperimentato molte volte)¹⁰⁸.

La pena non sproporzionata sarebbe quella risultante da una applicazione dell'art. 133 c.p. 'gerarchizzato', con riguardo ai criteri presenti al proprio interno, e 'vincolato', quanto all'esegesi delle nozioni suscettibili di interpretazioni alternative, da parte della Cassazione.

9. Sintesi. Neutralizzazione e rieducazione (pari sono senza proporzione)

L'adeguatezza della punizione è la migliore prevenzione, secondo Hassemer¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Essenziale il riferimento in proposito allo studio di A. DI MARTINO, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Bologna, 2019, 59 ss. Sia consentito in proposito anche il rinvio a F. CONSULICH, *Controllo del comportamento economico deviante ed evoluzione del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2024, 36 ss.

¹⁰⁸ La Cassazione, d'altra parte, sempre più spesso interviene valorizzando la proporzione come principio in grado di invalidare il percorso commisurativo del giudice di merito, spesso operando con approccio sistematico, cioè considerando il complessivo trattamento sanzionatorio, comprensivo di sanzioni extrapenali. La stessa Cassazione, pur riconoscendola un caso eccezionale, afferma in materia di abusi di mercato che spetta al giudice penale di disapplicare *in toto* la fattispecie penale in presenza di una precedente sanzione amministrativa già proporzionata (Cass., V, 15 aprile 2019, n. 39999 ad esempio). Il giudice potrebbe anche disapplicare *in mitius* i minimi edittali e applicare il limite di 15 giorni dell'art. 23 c.p. (Cass., III, 3 giugno 2014). Si legge anche che non si viola la legalità della pena perché il giudizio che spetta al giudice della cognizione è assimilabile a quello di cui all'art. 133 c.p. ma con allargamento del suo oggetto, esteso al trattamento sanzionatorio complessivo, anche comprensivo della sanzione amministrativa (Cass., 21 settembre 2018, n. 49869 punto 10.2. della motivazione).

¹⁰⁹ W. HASSEMER, *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, trad. it. a cura di D. Siciliano, *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012, 102.

È un'affermazione intrinsecamente ambigua in cui però il nucleo concettuale sembra potersi individuare nella proporzione e tempestività della reazione statale all'illecito. L'adequatezza è un requisito essenziale sia al momento della comminatoria che della commisurazione e impone al sistema giuridico (e al giudice in seconda battuta) di rimanere ben lontano dal ciglio del baratro delle passioni e della vendetta che da sempre animano la penalità¹¹⁰.

La proporzionalità della pena, in uno Stato di diritto, è insomma essenziale per ancorarla ad un'ottica rigidamente retrospettiva, orientata al singolo specifico fatto compiuto precedentemente dal reo¹¹¹. La funzione della proporzione è, in sostanza, limitare la caratura preventiva della pena, che diversamente non conoscerebbe argini¹¹².

Ma la proporzione è in crisi.

Non serve qui ricordare che è impossibile correlare in modo verificabile due entità incommensurabili come reato e pena, posto che questa incide sulla vita della persona che ha un valore non stimabile (la domanda priva di risposta è sempre la stessa, come recita il titolo di un saggio evocativo di Kip Viscusi: come misurare il valore di una vita¹¹³?).

Il punto è piuttosto che, nella presente fase storica, l'impiego della pena da parte del legislatore tende ad enfatizzarne le componenti espressive, in ragione della spinta mediatica alla punizione e della pressione sociale che impone un dovere istituzionale di solidarietà con la vittima. Tutti fattori che, se assecondati, spingono il sistema penale a debordare dal rimprovero *per il fatto* per giungere ad un biasimo *della persona* per le sue inclinazioni, in sintesi a fondare la pena sul disvalore di personalità.

Si tratta di tendenze che possono trovare un terreno fertile nei sistemi punitivi contemporanei, che già propendono in alcuni casi verso il ricorso a paradigmi prefabbricati di autori di reato, sintesi di presunzioni ad essi applicabili e regimi processuali e penitenziari differenziati per categorie.

È così che il diritto penale si avvierebbe ad una declinazione per stereotipi personali che sovrastano il fatto storico per cui si celebra il processo: l'appartenente alla criminalità organizzata, il corruttore, il faccendiere, lo *stalker*, l'immigrato, il marito violento,

¹¹⁰ Per questa constatazione, esplicitamente durkheimiano, C.E. PALIERO, *Il mercato della penalità*, cit., 98 ss.

¹¹¹ J.F. STINNEFORD, *Rethinking Proportionality under the Cruel and Unusual Punishment Clause*, 97 *Va. L. Rev.*, 2011, 962.

¹¹² Sulla retribuzione come limite rispetto alle finalità preventive del sistema, basata su un principio di giustizia anche potenzialmente contraddittorio rispetto ad esse H.L.A. HART, *Prolegomenon to the Principles of Punishment* (1959); ID., *Punishment and the Elimination of Responsibility* (1961), entrambi in *Punishment and Responsibility*, 1968, 10 ss. e 181 ss.

¹¹³ W. KIP VISCUSI, *How to Value a Life?*, in 32 *J. Econ. Finan* (2008), 311.

il tossicodipendente, e così via. Nell'impossibilità ontologica di individuare la 'pena perfetta' per il singolo e irripetibile caso, il sistema giudiziario sublimerebbe modelli personali per semplificare la gestione della criminalità e dei relativi *itinerari* giudiziari.

Per prevenire un simile degrado, occorre puntare su linee uniformi di applicazione dell'art. 133 c.p. e così implementare la proporzione come supercriterio di commisurazione¹¹⁴, la cui violazione può essere censurata dalla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 606 comma 1 lett. e) c.p.p.

In fondo, dunque, l'enigma della pena giusta potrebbe trovare una soluzione in chiave di conformità 'protocollare', puramente stipulativa e senza pretesa di giungere a risultati assoluti di carattere morale. Tale sarebbe quella che sia conforme ad un processo condotto secondo le regole del codice di rito e segua delle linee guida commisurative che la rendano da un lato prevedibile e per un altro lato conforme ai precedenti.

Di qui la lieve modifica al titolo della relazione che mi era stata attribuita. *Neutralizzazione e rieducazione* finiscono per sovrapporsi tra loro tutte le volte che si dimentica di sorvegliare il vincolo supremo della non sproporzione: in entrambi i casi siamo al cospetto di una punizione illegittima.

ABSTRACT

La riflessione sulla sanzione penale è oggi prigioniera di esausti dilemmi come quello tra neutralizzazione e rieducazione. La sua dimensione empirica rimane sostanzialmente ignota per l'assenza di studi di impatto. Gli interrogativi teorici sulle finalità della pena trascurano un grave deficit di prevedibilità e uniformità della commisurazione della pena nel nostro sistema. Sarebbe il tempo di sviluppare lo sforzo nomofilattico della Cassazione in direzione di linee guida commisurative ispirate al principio di proporzione.

PAROLE CHIAVE

Sanzione penale – Funzioni e fini della pena – Prevedibilità della commisurazione – Nomofilachia – *Sentencing guidelines* – Proporzione

* * *

¹¹⁴ A. ROSS, *Skyld, ansvar og straf*, trad. it. a cura di B. Benedixen-P.L. Lucchini, *Colpa, responsabilità e pena*, Milano, 1972, 78.

INCAPACITATION AND REHABILITATION (EQUALS, WITHOUT PROPORTIONALITY)

ABSTRACT

The debate on criminal sanctions is today confined to dead-end dilemmas such as the one involving incapacitation and rehabilitation. Its empirical dimension remains largely unknown due to the absence of impact studies. The theoretical questions on the aim of punishment overlook a serious gap in terms of predictability and uniformity of the proportionality of punishment in our system. Time would be ripe to develop the nomophilactic effort of the Supreme Court of Cassation towards sentencing guidelines inspired by the principle of proportionality.

KEYWORDS

Criminal sanction – Functions and aims of punishment – Predictability of sentencing
– Nomophilacy – Sentencing guidelines – Proportionality