

Luciano Eusebi\*\*

SOMMARIO 1. Prevenzione generale e politica criminale. – 2. Sul ruolo cardine della prevenzione primaria. – 3. L'inefficienza del punire secondo le dinamiche classiche di coazione esterna e la centralità dell'orientamento motivazionale. – 4. L'insussistente antinomia fra retribuzione e intimidazione. – 5. Le motivazioni generalpreventive di una pena intesa come *programma*. – 6. L'unitarietà di prevenzione generale e speciale: sul ruolo strategico che assume l'art. 27, terzo comma, della Costituzione. – 7. Il rilievo sistematico dell'introduzione di una pena principale *prescrittiva* (nel solco di una prevenzione generale *reintegratrice*). – 8. Un cenno, dal punto di vista generalpreventivo, circa il ruolo del processo. – 9. Consenso e società pluralista. – 10. In merito alla prassi.

## 1. Prevenzione generale e politica criminale

Se la prevenzione generale consiste nell'agire affinché si eviti la commissione dei reati, e se riteniamo che il diritto penale debba costituire soltanto l'*extrema ratio* della politica criminale, risulta necessario muovere da una visione ampia della strategia volta a far sì che non si delinqua: così che solo sulla base di un simile presupposto sarà consentito interrogarsi circa le caratteristiche di norme penali efficaci in senso generalpreventivo.

Conseguentemente, non si seguirà il percorso consueto rivolto a stabilire in quali modi la pena *come la conosciamo* sia in grado di produrre prevenzione generale. Non muoveremo, cioè, da caratteristiche precostituite del punire, onde disquisire esclusivamente circa le dinamiche attraverso le quali la classica previsione di una conseguenza (quasi sempre) detentiva rispetto al reato e l'esempio della sua esecuzione – tenuto conto della più o meno ampia modulabilità di quest'ultima – possano indurre i consociati a non delinquere.

Dinamiche, queste, per lo più ravvisate, ben si sa, o nell'intimidazione, o nella soddisfazione degli impulsi reattivi sul trasgressore che sarebbe necessaria a ciascuno per consolidare il tabù del proprio non infrangere la legge (secondo le c.d. teorie neo-retributive), oppure nel rafforzamento della percezione inerente al disvalore di una data condotta criminosa e all'intangibilità di un dato bene giuridico (il che, talora,

---

\* È il testo riveduto 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 Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

viene impropriamente descritto come prevenzione generale *positiva*). Tutte modalità di (presunta) incidenza psicologica correlate, comunque, all’impatto nell’opinione pubblica del *quantum* di una pena, comminata e applicata, avente natura corrispettiva, cioè fatte dipendere dall’entità del danno (del *malum poenae*) che si vuole conseguire al reato: in altre parole, da un fattore condizionante esterno a supposta efficacia meccanica sul destinatario, rimanendo con ciò estranea, da parte di quest’ultimo, una presa di posizione *personale* di adesione alla legalità.

Piuttosto ci chiederemo, a partire dall’esigenza di una credibile efficacia generalpreventiva, rispetto ai reati, dell’intero ordinamento giuridico, e non solo del diritto penale, quali dovrebbero essere – senza darle per presupposte – le caratteristiche dell’intervento di quest’ultimo, e in particolare delle forme di risposta al reato (quelle che da millenni indichiamo come “pene”).

## 2. Sul ruolo cardine della prevenzione primaria

Preliminarmente – *first, but not least* – non possiamo che muovere, allora, dalla considerazione negletta della prevenzione primaria (la quale incide su interessi potenzialmente antisociali ed egoismi diffusi in modo più esteso delle stesse pene applicabili, senza che ve ne sia certezza, a seguito della commissione di specifici reati), come pure dal ruolo che riveste, affinché simile aspetto cardine della prevenzione non venga trascurato, la coscienza della corresponsabilità sociale rispetto al prodursi della criminalità.

Una strategia politico-criminale, questa, in effetti poco coltivata, perché impone oneri, in misura variabile, a tutti i consociati e non autorizza un esercizio esente da vincoli delle stesse attività lecite, specie con riguardo all’ambito economico e finanziario. Per cui, si ritiene, non produca consenso politico. Del resto, i suoi risultati restano invisibili (fuori dal contesto, almeno, di complesse valutazioni diacroniche comparative), in quanto mira al non realizzarsi di alcunché, cioè all’esito per cui i reati non vengano commessi. Mentre dinnanzi all’evidenza di un reato è fin troppo facile rendere altrettanto evidente l’applicazione di una pena, giustificandola con un effetto di prevenzione che si produrrebbe *per il futuro*: salvo accuratamente astenersi dal verificare se le cose vadano davvero in questo modo.

È palese, pertanto, che solo una società la quale riconosca le proprie contraddizioni sarà disposta ad accettare gli impegni richiesti dalla prevenzione primaria. Chi si senta a priori nel giusto, facendo leva sullo stesso sistema penale in quanto concepito come selettivo del male, ben difficilmente saprà avvertirsi corresponsabile di fattori

criminogenetici e accetterà di adoperarsi onde contrastarli. Pure il tener desto, quindi, un approccio critico e riflessivo dei cittadini con riguardo a tutto ciò che caratterizza i rapporti sociali, economici, politici è fare prevenzione generale.

Non è questa, di certo, la sede per approfondire i diversi aspetti della prevenzione primaria (sebbene debba prendersi atto della circostanza che trattazioni sistematiche in materia risultino sorprendentemente assenti): valga solo rammentare come essa coinvolga due piani distinti, fra loro peraltro collegati.

Anzitutto, quello di carattere educativo-culturale e politico-sociale: la base di qualsivoglia prevenzione dei reati è costituita dalla tenuta, nel contesto civile, del principio costituzionale per cui ogni *altro* è portatore di una dignità autonoma rispetto alle sue «condizioni personali e sociali», dignità incompatibile con ogni atteggiamento che lo strumentalizzi, in via diretta o mediante la compromissione dei beni sociali di cui è partecipante; ma è pure costituita dall'efficienza e dall'imparzialità delle istituzioni pubbliche, come altresì dal fatto che la società civile, nel suo complesso, non si manifesti ripiegata sulla mera coltivazione degli interessi privati.

In secondo luogo, la prevenzione primaria – che ovviamente è altra cosa dalla prevenzione anticipata, cui ineriscono, in particolare, i reati di pericolo – opera attraverso norme giuridiche diverse da quelle penali: norme orientate a contrastare gli spazi percorribili ai fini delle attività criminose nell'ambito economico, finanziario, amministrativo, tributario o concernente gli stessi rapporti interpersonali e sociali. Si considerino, per esempio, l'importanza che avrebbe il venir meno dell'esistenza dei paradisi bancari, le disposizioni in grado di rendere gli appalti pubblici quanto più possibile impermeabili alla corruzione, lo stesso sistema del *welfare*.

Ben può dirsi, in questa prospettiva, che il grosso della prevenzione generale che s'intenda perseguire tramite il diritto dovrebbe essere attivato mediante discipline giuridiche extrapenali. Eppure, non esiste alcuna istituzione tecnica o politica, nell'ordinamento italiano, deputata allo studio e alla progettazione di una politica criminale interdisciplinare. Così che la politica criminale – a parte normative sporadiche slegate da un disegno unitario e alcune discipline di settore, come quella inerente al contrasto del riciclaggio – resta appiattita sulla gestione del solo strumento penale.

Non andrebbe in ogni caso trascurata l'esigenza di approfondire, grazie all'apporto delle scienze psicosociali, il ruolo che assumono fattori criminogenetici nuovi o comunque scarsamente evidenziati, così da limitarne l'incidenza. Fra di essi, per esempio, il fattore emulazione, correlato al diffondersi di modelli o tipologie dell'agire criminoso per il tramite dei *media*: pur quando le loro rappresentazioni siano proposte

in senso stigmatizzante. Si pensi all'insistenza di servizi o dibattiti (soprattutto) televisivi su forme del delinquere di particolare impatto emotivo, o a certa filmografia riguardante, per esempio, le organizzazioni di tipo mafioso: evenienze, queste, che, specie gli occhi di soggetti predisposti, possono finire per lasciar intendere certi comportamenti come praticabili (*qualcuno lo ha fatto*) o come stili di vita attrattivi.

### 3. L'inefficienza del punire secondo le dinamiche classiche di coazione esterna e la centralità dell'orientamento motivazionale

Ciò premesso, si tratta certamente di chiedersi perché il modello generalpreventivo tradizionale – fondato sulla *coazione esterna* che si vorrebbe prodotta dalle pene comminate e applicate in termini di corrispettività ritorsiva rispetto al reato – non funziona, o funziona poco e male.

Il primo elemento da considerare, ben noto e forse banale, e tuttavia vero, è costituito dal fatto che la scelta di delinquere non si compie sulla base di un mero calcolo *a tavolino* avente per oggetto la ponderazione dell'entità e della probabilità dei benefici, da un lato, e dei costi sanzionatori, dall'altro, suscettibili di derivare da simile scelta. Ciò risulta evidentissimo per i reati d'ira o di odio, ma sappiamo che perfino con riguardo ai reati di natura economica viene in gioco un insieme di aspetti influenti, anche di ordine psicologico, ben più complesso rispetto a un presunto ruolo egemone delle valutazioni relative al rischio penale.

Ciononostante, pare semmai doversi riconoscere – secondo la ben nota intuizione formulata a suo tempo da Cesare Beccaria – che sia in grado di incidere significativamente, in termini di prevenzione generale, non già la durezza intrinseca della pena minacciata, ma la probabilità che la commissione del reato, attraverso l'intervento penale, non consegua gli obiettivi cui mira (i quali ne costituiscono il movente): vale a dire, che la commissione del reato *non paghi*. Salvo il caso in cui la *ratio* giustificativa del reato, così come percepita dal soggetto agente, si esaurisca nella sua stessa realizzazione, come può accadere per una parte almeno dei suddetti reati d'ira o di odio.

Un fine, quello inteso a intercettare i benefici del reato, che assume particolare rilievo con riguardo ai profitti materiali delle attività criminose, posto che la netta maggioranza dei reati è posta in essere per finalità lucrative, dirette o indirette.

È ben noto, peraltro, il sussistere in proposito del punto dolente costituito dalla *cifra oscura*, cioè dal fatto che ciascuna singola condotta criminosa conserva un'alta

probabilità – salvo pochissime tipologie di reato, e in ispecie, almeno nei paesi con assetto istituzionale più solido, l'omicidio – di sottrarsi al filtro giudiziario.

Con l'esito per cui l'ordinamento che fa leva sulle pene esemplari si dimostra, facilmente, essere quello più debole, il quale, onde celare agli occhi dell'opinione pubblica la scarsa capacità, se non in certi casi la scarsa volontà, di individuare le attività criminose o talune manifestazioni delle medesime, cerca nondimeno di far valere la sua presenza applicando episodicamente pene di tal genere: così che esse finiscono per interessare, il più delle volte, casistiche semplici di forte impatto socio-emotivo o tipologie criminose riferibili, quasi sempre, ad autori socialmente emarginati.

L'esistenza della *cifra oscura*, tuttavia, appare un dato strutturale, che coinvolge gli stessi paesi più efficienti nelle attività d'indagine. Senza che ciò, è chiaro, possa sminuire l'importanza delle strategie volte a contrastare la praticabilità, e il retroterra, delle attività illegali.

Ne deriva l'inevitabile presa d'atto di come, ove manchi una motivazione *personale* in senso contrario, vi sarà sempre un considerevole numero di persone che correrà il rischio del delinquere, facendo conto sull'impunità.

Il che, però, induce a concludere che il fulcro della prevenzione generale perseguibile attraverso norme penali dev'essere individuato nella capacità delle stesse di *motivare* i loro destinatari (siano essi i consociati o gli agenti di reato) a scelte personali di astensione dal crimine. La prevenzione generale che ambisca a dimostrarsi efficace, pertanto, si rivela non già come un esito meccanicistico di coazione psichica, bensì come una partita sempre aperta fra ordinamento penale e autonomia del singolo: del quale auspica, creandone condizioni favorevoli, una scelta libera di probità legale.

Ma se è così, la prassi della coazione intimidativa risulta addirittura contraddittoria e controproducente, nel senso illustrato da Cesare Beccaria attraverso le sue notissime osservazioni sulla pena di morte: non è comprensibile perché, onde orientare a non uccidere, si dia l'esempio di un omicidio giudiziario premeditato, nei confronti di una persona già neutralizzata. Ciò che è sotteso, infatti, a simile *protesta* di Beccaria è la consapevolezza di come l'estremo dell'intimidazione, costituito dalla esemplarità dell'uccidere il condannato, lungi dal consolidare il rispetto della vita nel contesto sociale (costituente il bene che per quella via si vorrebbe tutelare), lo destabilizza: compromettendo proprio la capacità motivazionale della legge a far proprie, da parte dei consociati, le ragioni di quel rispetto, vale a dire la reale portata generalpreventiva della stessa norma penale.

Tuttavia ciò vale non soltanto per il caso estremo: se il diritto penale rivendica

di tutelare un determinato sistema di beni giuridici, il quale al suo centro non può che avere i diritti umani inviolabili, ma utilizza mezzi antitetici al rispetto di quei diritti, non orienta certamente i consociati alla salvaguardia dei medesimi, la cui percezione d'intangibilità ne sarà compromessa.

Eppure, si continua a far fede sull'inasprimento delle pene, proponendolo quale strumento ovvio di una prevenzione migliore. Ma l'unica cosa certa quanto agli effetti del sistema punitivo imperniato sulla corrispettività di una condanna detentiva è che esso produce da anni, nel nostro paese, tassi spaventosi di suicidio tra i reclusi.

In realtà, se una portata preventiva è da riconoscersi a quel sistema, essa appare essenzialmente legata sia alla qualifica stessa di determinate condotte come penalmente illecite, sia all'esistenza di un apparato normativo di risposta ai fatti criminosi che – cercando di rivelarne la commissione e di assicurare un certo grado del *fare verità* rispetto ad essi – rende incerto il loro rimanere privi di conseguenze e, con ciò, il successo degli obiettivi illegalmente perseguiti. Simile portata preventiva non appare dipendere, invece, dalla asprezza in sé delle conseguenze. Salvo l'effetto immediato di difesa sociale prodotto della detenzione nei casi in cui sussista una forte probabilità di recidiva grave del condannato o si tratti di recidere i legami del medesimo con la criminalità organizzata.

#### 4. L'insussistente antinomia fra retribuzione e intimidazione

Il quesito circa il realismo di un'efficacia deterrente delle pene che s'intenda derivare dall'entità della loro durezza è stato peraltro ampiamente assorbito e, dunque, eluso mediante il rimando tranquillizzante al fatto che l'intento intimidativo – del quale emerge da sempre il potenziale di estremizzazione – verrebbe comunque perseguito solo attraverso la pena *giusta*, identificata in quella retributiva, che fungerebbe da limite dell'intimidazione accettabile.

Ciò secondo quella funzione garantistica tradizionalmente attribuita al paradigma della retribuzione che costituisce uno degli equivoci più radicati e fuorvianti nella teoria della pena.

È proprio il modello punitivo fondato sulla corrispettività retributiva, infatti, che implica una prevenzione dei reati concepita esclusivamente come intimidazione e neutralizzazione: posto che una *coazione esterna* – la minaccia, e poi l'applicazione, di un male – può ritenersi in grado di agire sulla psicologia personale solo in termini intimidativi (e di far sì che il condannato non torni a delinquere solo neutralizzandolo,

oppure facendo leva sul suo timore, dopo l'eventuale scarcerazione, di dover nuovamente sperimentare la durezza della sofferenza patita: il che viene regolarmente smentito dai dati sulla recidiva dopo una condanna eseguita nelle forme classiche).

Non esiste, è risaputo, la pena giusta in sé, a meno che non s'intenda semplicemente prendere atto degli umori fluttuanti riscontrabili nella società circa i criteri del punire, come ben aveva illustrato Hegel, nella sua *Filosofia del diritto*, attraverso il noto esempio paradossale del furto di una rapa al mercato: che esso sia punito con la pena di morte o con una multa di pochi soldi – essendo rilevante per Hegel soltanto il significato di negazione del reato, quale negazione della legge, attribuito alla pena, e non il suo contenuto empirico – dipende da ciò che il sentire sociale in un dato momento storico ritenga idoneo a compensare idealmente il disvalore del reato stesso.

Ma davvero la salvaguardia del condannato, potenziale o effettivo, rispetto a un utilizzo inaccettabile della potestà punitiva pubblica potrebbe esser fatta dipendere dalla presa d'atto, senza alcun vaglio di ordine razionale, del sentire dei consociati: tanto più nella società drogata dai messaggi securitari e dalla demagogia penale?

La vera garanzia del singolo individuo – dei suoi diritti e della sua dignità – rispetto alla suddetta potestà punitiva non è reperibile in un elemento di limitazione *ab extrinseco* degli intenti di prevenzione intimidativa e neutralizzativa, bensì – vi torneremo – nella scelta a monte sul tipo di strategia preventiva che s'intenda adottare e sui relativi mezzi.

## 5. Le motivazioni generalpreventive di una pena intesa come *programma*

Se pertanto il fulcro della prevenzione generale va reperito nella capacità delle norme penali di motivare, piuttosto che di intimidire, i loro destinatari (nonché di rendere palese un'efficienza credibile nel contrastare i profitti e le altre finalità perseguite delinquendo), già se ne può trarre un'indicazione circa il tipo di pena (*scil.*, di risposta al reato) del quale necessitiamo: non di una pena concepita secondo il modello della corrispettività rispetto al reato (*negativo per negativo*), bensì di una pena concepita secondo il modello del *programma*.

Nel momento in cui la pena risulta edittalmente configurata, come di consueto, quale corrispettivo aritmetico del reato (in termini di durata detentiva o di entità pecuniaria), il messaggio che ne deriva, infatti, è quello per cui essa costituirebbe il prezzo di una *disubbidienza*: dovrai essere punito, quale che sia il reato, perché hai disubbidito a chi esercita il potere, e lo dovrai essere secondo un dato tariffario.

Ove invece già in sede edittale la pena assuma contorni programmatici allora essa, già attraverso la previsione legislativa, indicherà implicitamente le ragioni, attinenti alla convivenza sociale, che motivano il divieto, orientando i cittadini a far proprie tali buone ragioni (e dunque a operare una scelta di adesione all'esigenza di tutela che essa esprime).

Un esempio, per quanto semplicistico. Se io dico “nel caso in cui tu inquini, questi sono gli anni di reclusione previsti”, dichiaro di punirti perché hai disubbidito, come – indifferenziatamente – per qualsiasi altro reato; se invece prevedo, poniamo, che in tal caso tu sia chiamato a bonificare, rendo palese la *ratio* della tutela e l'importanza da attribuirsi alla salvaguardia dell'ambiente.

## **6. L'unitarietà di prevenzione generale e speciale: sul ruolo strategico che assume l'art. 27, terzo comma, della Costituzione**

Tutto questo diventa meglio comprensibile se guardiamo alla prevenzione speciale: tuttavia, non dissociandola, in antitesi a quanto avviene tradizionalmente, da quella generale, bensì riguardando la prevenzione dei reati attraverso norme penali come un fatto unitario.

Dal punto di vista della prevenzione speciale, in effetti, la pena fondata sulla coazione esterna, in termini neutralizzativi, parrebbe indubitabilmente funzionare: ove *si buttino via le chiavi* il condannato non delinquerà più, come pure, ovviamente, ove gli si tolga la vita; e il medesimo risultato fu a lungo perseguito da alcuni Stati, fino agli albori del Novecento, mediante la deportazione nelle colonie degli autori di reati non bagattellari.

Peraltro, anche a questo proposito non risulta efficace, sul piano preventivo, ciò che pure, a prima vista, molti ritengono.

Il fatto è che le politiche di neutralizzazione dei condannati non hanno mai lasciato constatare esiti significativi in merito al contenimento dei tassi sociali di criminalità. Potendosi constatare che le opportunità criminose (in ambito socio-culturale ed economico) sfruttate dai soggetti successivamente neutralizzati vengono raccolte, di regola, da altri soggetti: in altre parole, i *posti di lavoro criminale* lasciati liberi (di fatto o metaforicamente) saranno occupati da altri, come ben possiamo osservare con riguardo alle stesse organizzazioni criminali italiane.

Così che emerge nuovamente, anche da questo punto di vista, l'alternativa di un orientamento motivazionale (secondo le parole della Costituzione, *rieducativo*) delle



pene. Ma perché agire in tal senso, onde rendere possibile, ad opera dell'agente di reato, un commiato *per sua stessa scelta* dall'agire criminoso?

Non si tratta soltanto di umanità (le pene, afferma in parallelo la Costituzione, «non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità»), né della mera consapevolezza di una corresponsabilità diffusa circa i fattori criminogenetici (tutto questo, nondimeno, resta fondamentale, posto che una società incattivita produce solo violenza).

Piuttosto, deve tenersi conto altresì della circostanza per cui l'autore di reato il quale compia una scelta di affrancamento dal delinquere contribuisce a *chiudere* posti di lavoro criminale nel contesto in cui vive: in quanto nulla riafferma l'autorevolezza, incrinata dal reato, di un dato precetto penale più del fatto che proprio chi l'abbia trasgredito attesti il disvalore (anche in termini esistenziali) di una simile condotta. Simile scelta, dunque, mina l'attrattività del modello di vita criminale e può portare altre persone che l'abbiano adottato a metterlo in discussione.

Non a caso, del resto, le associazioni criminose temono soprattutto la rottura dei legami di appartenenza e il fatto che venga compromesso, sul territorio, il fascino di tale appartenenza: più della stessa lunga condanna detentiva di chi resti fedele all'associazione.

Se Edwin Sutherland, con la teoria delle associazioni differenziali, ci ricordava che si tende a fare ciò che trova approvazione nel gruppo in cui cerchiamo riconoscimento, allora diviene evidente quale sia l'importanza (general)preventiva del fatto che all'interno di quel gruppo si affermino valori conformi alla legalità e vengano posti in discussione gli stili comportamentali antiggiuridici in esso accolti.

La prevenzione speciale *positiva* (quella che la Costituzione chiama *rieducazione*) produce, quindi, prevenzione generale. Ed è per questo che appare opportuno parlare di prevenzione generale *reintegratrice* come funzione complessiva del sistema penale.

L'art. 27, terzo comma, della Costituzione fu quindi chiaroveggente. È l'unica norma che essa dedica al sistema delle sanzioni penali e, pertanto, non può essere intesa come semplice raccomandazione marginale di non chiusura delle pene alla reintegrazione sociale del condannato. Piuttosto, rappresenta una norma strategica, se vogliamo di prevenzione generale: ai sensi di quel comma, la prevenzione stabile nel tempo è quella che si gioca a tutti i livelli del diritto penale sul piano della motivazione, e non su quello della coazione esterna, intimidativa e neutralizzativa.

Il che assume tanto più rilievo in rapporto ai reati più gravi: è rispetto ad essi che l'esito rieducativo, se ottenuto, riveste la maggiore portata di prevenzione generale.

Per cui, sebbene con tutte le necessarie cautele rispetto alle manifestazioni estreme della criminalità, il perseguimento della finalità rieducativa non va, in alcun caso, rinnegato o reso, di fatto, impraticabile.

Sembra invece, talvolta, che un esito rieducativo dispiaccia: tanto che i *media*, quando per esempio, dopo molti anni di reclusione, un condannato beneficia per la prima volta di un provvedimento penitenziario favorevole, ripropongono sovente la narrazione e le immagini del reato a suo tempo commesso. Meglio, sembra supporre, che tutti rimangano nel loro ruolo: i pretesi “giusti” in quello di giusti e i malfattori in quello dei malfattori. Ma se una rieducazione – una recuperata disponibilità *laica* ad agire in modo conforme alla legge – è conseguita, chi ha vinto, la criminalità o la legge?

## **7. Il rilievo sistematico dell'introduzione di una pena principale *prescrittiva* (nel solco di una prevenzione generale *reintegratrice*)**

Tutti elementi, questi, che depongono ulteriormente nel senso per cui un sistema penale non solo nominalmente generalpreventivo è chiamato a superare il modello della corrispettività sanzionatoria (sebbene per secoli ne abbia costituito, addirittura, l'emblema), per accogliere, invece, il modello di una pena-programma<sup>1</sup>, cioè di una progettazione sanzionatoria mirante – anche recuperando, quando necessario, deficit di socializzazione – a favorire una recuperata adesione, da parte dell'autore di reato, al rispetto dei precetti penali: attraverso impegni positivi nei confronti dei beni offesi e, in genere, impegni che appaiano in grado di promuovere una riconciliazione del medesimo autore con la comunità sociale e con le vittime dirette o indirette.

Un modello prioritariamente prescrittivo: tale che dalle pene previste non si attenda (secondo lo schema classico) un effetto preventivo ipotetico *nel futuro*, bensì che esse costituiscano fatti – percorsi – aventi un intrinseco significato preventivo (rieducativo) *attuale*. Da cui l'esigenza d'inserire finalmente nel catalogo delle pene principali la pena *prescrittiva* (la quale, onde evitare una moltiplicazione difficilmente gestibile delle tipologie sanzionatorie fondamentali, potrebbe ricomprendere, quando

---

<sup>1</sup> Per un'utilizzazione del concetto di pena-programma si veda la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 150/2022 (la c.d. riforma Cartabia), con riguardo alle pene sostitutive della semilibertà, della detenzione domiciliare e del lavoro di pubblica utilità (in *Gazzetta ufficiale*, serie gen. n. 245, suppl. str. n. 5, 19 ottobre 2022, 359, 362, 365).

necessario, fra i suoi contenuti, oltre a profili di pena *agita* supportati dal servizio sociale, anche divieti, obblighi di permanenza domiciliare, interdizioni, ecc.)<sup>2</sup>.

Con il che verrebbe intrapresa per la prima volta la strada di un ricorso alla pena detentiva il quale sia effettivamente da motivarsi, già sul piano legislativo, in termini di *extrema ratio* (se si prescinde dall'alternativa già percorribile, ma del tutto secondaria, tra comminazione di una pena detentiva o pecuniaria)<sup>3</sup>. Esigenza suffragata, a ben vedere, dal fatto stesso che l'ordinamento penitenziario riconosce, attraverso i requisiti richiesti per l'applicazione dei c.d. benefici penitenziari, la presenza in carcere di detenuti non socialmente pericolosi (si consideri solo l'art. 30-ter, primo comma, in materia di permessi-premio)<sup>4</sup>.

Né si trascuri, a tal proposito, che l'introduzione della pena principale prescrittiva implicherebbe il mutamento del modo stesso d'intendere, nel sentire comune, il ricorso al carcere, pur quando venga ritenuto inevitabile. Sussistendo anche il binario della pena prescrittiva, infatti, l'entità della detenzione che risulti comminata e applicata non potrebbe più proporsi – in quanto preveduta per l'intera gamma (o quasi) dei reati – come pena, in sé, corrispettivamente “giusta”, ma risulterebbe argomentabile soltanto come pena orientata, pur sempre, ai medesimi fini di quella prescrittiva, con riguardo a situazioni circa le quali, però, il loro perseguimento credibile verrebbe a richiedere una privazione, più o meno duratura, della libertà personale.

Evoluzione, questa, che fra l'altro permetterebbe di recuperare il ruolo

---

<sup>2</sup> Rispondono alla logica progettuale, ma non fanno parte delle sanzioni penali, i programmi di giustizia riparativa previsti dal d.lgs. n. 150/2022, la cui effettuazione, tuttavia, può incidere favorevolmente sul piano giudiziario circa le scelte sanzionatorie, in quanto conforme alla finalità rieducativa (sebbene tale effettuazione non sia da considerarsi in alcun modo *necessaria* per il riconoscimento di un percorso, o di altri fattori, di rilievo rieducativo).

<sup>3</sup> D'altra parte, appare del tutto irragionevole l'indisponibilità politica, manifestatasi nuovamente in sede di introduzione della c.d. riforma Cartabia, a prevedere che l'uscita dal giudizio di condanna nell'ambito del processo di cognizione possa assumere contenuti progettuali, e segnatamente quelli di un affidamento in prova al servizio sociale, ancorché applicato nella forma di una pena sostitutiva: con effetti disincentivanti del consenso necessario per l'applicazione delle pene sostitutive (pena pecuniaria sostitutiva a parte), in forza del poter far conto altrimenti, da parte del condannato, sulla possibile applicazione, sovente dopo aver percorso tutti i gradi di giudizio, del meno affittivo affidamento in prova quale misura alternativa non implicante l'ingresso in carcere, e con il connesso determinarsi del fenomeno, di entità impressionante, dei c.d. liberi sospesi (disfunzioni, queste, le quali non appaiono compensate dalla pur significativa previsione di prescrizioni suscettibili di accompagnare la detenzione domiciliare sostitutiva e dal possibile accesso all'affidamento in prova «dopo l'espiazione di almeno metà» della semilibertà sostitutiva o della detenzione domiciliare sostitutiva).

<sup>4</sup> Potrebbe anche prevedersi (come ampiamente accade, per esempio, nel sistema penale tedesco) in ambito di valutazione giudiziaria in merito all'alternativa tra il ricorso a una pena prescrittiva o detentiva.

originario della magistratura di sorveglianza: riferito al giudizio circa l'evolversi dei percorsi rieducativi in sede di esecuzione delle pene, e non allo *screening*, il quale attualmente occupa la gran parte della sua attività, circa le pene detentive medio-brevi che possano essere eseguite in forma extradetentiva (e che andrebbero trasformate, ma non esse soltanto, in pene prescrittive).

Talvolta ci si chiede, tuttavia, se il modello prescrittivo potrebbe incrinare il principio di legalità. Ma ciò resta difficilmente comprensibile: i contenuti sanzionatori rimarrebbero definiti dal legislatore, così come i criteri della discrezionalità giudiziaria, fermo il fatto che il massimo in onerosità e durata delle pene prescrittive non potrebbe superare quello per cui il fine di prevenzione generale *reintegratrice* appaia adeguatamente perseguibile in rapporto agli elementi della colpevolezza del fatto. Del pari, resterebbero definite dal legislatore le conseguenze nel caso di inadempimento delle prescrizioni.

E ci si chiede altresì, nel medesimo senso, se quelle pene potrebbero ancora dirsi, per un'esigenza garantistica, *proporzionate*. Ma anche a tal proposito l'obiezione appare forzata. Non si vede perché dovrebbe essere ritenuta garantistica una pena inefabilmente concepita come corrispondente (sul piano legislativo) all'ambito di gravità del reato e (sul piano giudiziario) alla colpevolezza del fatto, e non invece – in termini ben più aperti a una verifica razionale – uno spazio prescrittivo pensato dal legislatore come idoneo in astratto, circa una data casistica criminosa, a perseguire la reintegrazione sociale del soggetto agente e, sul piano giudiziario, una pena prescrittiva ritenuta sufficiente nel caso concreto a rendere credibile, nei limiti predetti, il perseguimento di quel medesimo risultato: senza che si oltrepassi, come già si precisava, la conformazione della risposta sanzionatoria cui si addiverrebbe tenendo conto degli elementi suddetti relativi alla colpevolezza del fatto.

Emerge, in tal senso, una proporzionalità non già di ascendenza retributiva, bensì di adeguatezza razionale della pena circa lo scopo rappresentato dal suo *tendere*, secondo l'art. 27, terzo comma, della Costituzione, alla reintegrazione sociale del condannato: finalità, questa, che rappresenta la migliore garanzia di una risposta sanzionatoria non disumanizzante ed efficace sotto il profilo preventivo<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Sono citato in M. DONINI, *Diritto penale*, I, Giuffrè, Milano, 2024, 252, quale unico esponente nella comunità penalistica che rifiuterebbe non solo l'idea retributiva, ma anche quella di proporzionalità. Peraltro Donini stesso, in modo del tutto condivisibile, ammonisce chi riabilita l'idea di proporzione a «evitare il rischio di mascherare sotto di essa l'idea della compensazione della colpa con un male equivalente, simmetrico». Come del resto è condivisibile l'ulteriore osservazione di Donini per cui il criterio relazionale della *non sproporzione* può risultare utile (secondo l'utilizzo che ne propone F. VIGANÒ, *La*

## 8. Un cenno, dal punto di vista generalpreventivo, circa il ruolo del processo

Va aggiunta una postilla con riguardo al processo penale. Ciò che rispetto ad esso, in effetti, da sempre s'è ritenuto significativo ai fini della prevenzione generale è, nel caso di condanna, il suo esito, rappresentato dalla pena inflitta (sulla quale s'incentra lo stesso interesse massmediatico). Eppure, ciò che prioritariamente fa prevenzione generale, con riguardo al processo, è quel tanto di verità (di squarcio) sul reato – sui contesti materiali, umani e relazionali, della sua commissione, sulle connivenze e quant'altro – che il processo è in grado di cogliere.

Per lo più, dunque, si continua a pensare il processo come funzionale al fine prioritario di condannare, per intimidire e neutralizzare, salva soltanto la cautela di non condannare addirittura l'innocente: tuttavia, non dovrebbe essere il processo funzionale (ancillare) alla condanna, bensì – viceversa – il percorso sanzionatorio dovrebbe conformarsi, nei suoi contenuti, agli elementi emersi nel processo (o, se si vuole, risultare ancillare a quest'ultimo): secondo una progettualità di prevenzione *reintegratrice*.

---

*proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021, *passim*) per ricondurre alla soluzione più mite divaricazioni sanzionatorie in presenza di contesti fattuali sostanzialmente analoghi. Ove, tuttavia, la proporzionalità venga riferita a rapporti nebulosi tra reato e pena non vagliabili secondo l'orientamento rieducativo richiesto dalla Costituzione per *tutte* le pene e avallati sotto l'egida di una loro presunta funzione garantistica delimitativa, allora, in effetti (per le ragioni esposte nel testo), non mi sento un proporzionalista e non ritengo quel concetto utile. Ancor più nel caso in cui si riprenda la retribuzione (DONINI, *ibi*, 251) come funzione strutturale, sebbene non come fine, del punire, in quanto, al di là degli obiettivi che possa o meno aver conseguito, la pena svolgerebbe «comunque la funzione di compensare l'illecito» (così che – *ibidem* – «quanto più il delitto è grave, tanto più la funzione retributiva tende a diventare scopo *contingente* (risponde a un bisogno sociale): perché la realtà sociale chiede comunque una risposta simmetrica, un contrappasso, e il giudice ne riflette sicuramente le tensioni»). Con la conseguenza che proprio la proporzione fornirebbe a simile dinamica il criterio commisurativo (*ibi*, 252), conforme allo schema sopra detto del «compensare l'illecito»: schema il quale della retribuzione rappresenta il nocciolo inveterato. Ora, è forse necessario, in proposito, fare ordine sul piano terminologico. Che la pena rappresenti una risposta disfunzionale al reato e che in tal senso si opponga correlativamente al reato è ovvio: ma esprimere tutto questo evocando il concetto di retribuzione significa, per l'appunto, tornare a mettere in campo tutto il bagaglio di contenuti ritorsivi di cui quel concetto si rende, da millenni, espressivo, e rischia di inficiare quella stessa opposizione alla pena intesa come *raddoppio del male* che Donini, in vari scritti, ha fatto valere. Del pari, che la pena rappresenti un onere è altrettanto scontato (anzi, sul piano del coinvolgimento personale, la pena prescrittiva richiede *di più* rispetto alla sofferenza disperante, ma passiva, di una reclusione): ma identificare tale onerosità con un'intrinseca componente retribuzionistica del punire, la quale identifica simile onerosità con la deliberata inflizione per sé stessa di un male, risulterebbe a sua volta del tutto fuorviante. Per una critica complessiva dell'idea di proporzionalità, alla luce dei suoi effetti indesiderabili, con riguardo alla teoria della pena si veda, p. es., A. J. KOLBER, *Against Proportional Punishment*, in *Vanderbilt Law Review*, 2019, vol. 66, fasc. 4, 1141 ss.

## 9. Consenso e società pluralista

Resta una questione di fondo, la quale, ove non sia chiarita, potrebbe compromettere in radice la possibilità stessa di una prevenzione generale credibile dei reati: se questa, come s'è detto, dipende essenzialmente, sia in termini di prevenzione primaria, sia con riguardo all'apparato sanzionatorio, dalla tenuta, e quindi dalla promozione, del *consenso* intorno ad alcune esigenze fondamentali della convivenza civile e del rapporto con la realtà esistenziale di ogni individuo umano, in che modo ciò potrebbe essere possibile nell'ambito di una società pluralista?

Spesso si muove dall'assunto, infatti, che nei contesti democratici, essendo ciascuno libero di coltivare i più diversi orizzonti di pensiero, ne consegua che gli stili comportamentali perseguiti da ciascuno risultino a loro volta indiscutibili, in quanto meramente soggettivi: purché, si suole dire, non venga lesa la libertà altrui (sebbene risulti difficile trovare, in proposito, un equilibrio, dato che gli attori in gioco non hanno la medesima forza contrattuale). Saremmo tutti, in tal senso, *stranieri morali*, secondo criteri "moralì" dell'agire fra loro non dialoganti e aperti soltanto a una non meglio definita tolleranza.

Tuttavia, non fu questo lo spirito dell'illuminismo e, successivamente, delle costituzioni: gli illuministi non contrapposero alla "morale" indiscutibile del sovrano assoluto il fatto che la società pluralista non possa condividere princìpi, bensì il fatto che essa, nella ricchezza del suo pluralismo, sarebbe stata ancor meglio in grado di individuare punti di vista – princìpi – non funzionali a interessi precostituiti di parte: da cui le dichiarazioni dei diritti dell'uomo e le stesse costituzioni.

Quale il presupposto di una simile ambizione? Il dato per cui gli esseri umani, in ogni contesto, latitudine o epoca, condividono un'esperienza comune: di fronte all'interrogativo su ciò che è bene e su ciò che è giusto non si tratta di decidere, ma di *comprendere*.

Non che, allora, sia facile riconoscere sempre medesimi princìpi giuridici o istanze morali: ma l'esperienza di quella ricerca e di quel discernimento ci accomuna o anzi, per riprendere il terzo termine, alquanto trascurato, tra gli ideali almeno originari della rivoluzione francese, ci *affratella* (per cui, poi, i diversi percorsi che contraddistinguono il pluralismo democratico potranno non essere intesi come implicanti contrapposizioni tra nemici).

Appare dunque legittimo che la prevenzione generale si sostanzi essenzialmente – secondo quella che, correttamente, può essere definita la sua versione *positiva* – nel

promuovere il consenso intorno a criteriologie comportamentali costituzionalmente fondate e democraticamente condivise.

Del resto, ove nulla potesse proporsi come socialmente condivisibile, per quale motivo – se non la pura detenzione del potere – sarebbe lecito, nondimeno, influenzare il comportamento altrui (fare prevenzione generale) attraverso strumenti di *coazione esterna*?

Che dunque il diritto penale, e anteriormente la prevenzione primaria, mirino a rafforzare il consenso sulle esigenze di tutela riferite a beni riconosciuti rilevanti ai fini sociali e per la tutela della dignità di ciascun individuo non è tipico di un sistema illiberale, ma del miglior prodotto del liberalismo, vale a dire della democrazia.

## **10. In merito alla prassi**

L'intitolazione assegnatami prevedeva che mi soffermassi, altresì, sull'empiria della prevenzione generale: mi limiterei a osservare, in proposito, che essa rimane per ampia parte agli antipodi di quanto sin qui sostenuto.

ABSTRACT

*Il testo propone innanzitutto una visione ampia della prevenzione generale, a partire dalla prevenzione primaria. Si critica, poi, l'efficacia della tradizionale finalizzazione intimidativa del punire e si evidenzia il nesso tra di essa e la concezione retributiva della giustizia: questo concetto, pertanto, non è in grado di assumere una funzione di limite rispetto alla potestà punitiva. Il fulcro della prevenzione generale viene ravvivato nella capacità del sistema penale di motivare i cittadini e lo stesso autore di reato a scelte personali libere di rispetto delle norme penali. In tal senso, si propone una visione integrata di prevenzione generale e prevenzione speciale, in base all'assunto secondo cui l'orientamento rieducativo delle pene, come previsto dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione italiana, produce prevenzione generale. Ne deriva l'auspicio che si risponda alla maggior parte dei reati attraverso pene prescrittive di carattere non detentivo.*

PAROLE CHIAVE

Prevenzione generale e finalità rieducativa – Prevenzione primaria –  
Riforma del sistema sanzionatorio penale

\* \* \*

THEORY AND EMPIRICISM OF GENERAL PREVENTION

ABSTRACT

*This paper presents a comprehensive approach to general prevention, beginning with primary prevention. It critiques the traditional focus on the deterrent function of punishment, exposing its limitations and its alignment with the retributive concept of justice, which fails to provide a sufficient check on punitive power. Instead, the essence of general prevention lies in the penal system's ability to encourage both citizens and offenders to make autonomous, law-abiding choices. The paper advocates for an integrated perspective that combines general and special prevention, grounded in the principle that the rehabilitative orientation of penalties, as enshrined in Article 27(3) of the Italian Constitution, inherently leads to general prevention. This approach supports the aim of addressing the majority of offenses through non-custodial, prescriptive sanctions.*

KEYWORDS

General prevention – Rehabilitative justice – Primary prevention –  
Penal sanctions reform – Non-custodial penalties