

## LA PREMIALITÀ E LA NON PUNIBILITÀ TRA DOGMI E PRAGMATISMO\*

di Giovannangelo De Francesco

(*Professore ordinario di Diritto penale, Università di Pisa*)

1. Anzitutto, una precisazione metodologica. ‘Dogmi e pragmatismo’ evocano, non già una contrapposizione, ma un dualismo dialettico da fecondare e sviluppare. Mi sento di aderire (sia pur forzando un poco il significato della terminologia filosofica, ben consapevole della, peraltro controversa, distinzione tra pratico e pragmatico) alla sostanza metodica della critica kantiana al “Detto comune: questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica”.

Oggi, la critica alla dogmatica è divenuta uno slogan, che perverte il senso di un approccio giuridicamente decifrabile: e che dimentica, tra l’altro, che il pur vituperato Arturo Rocco, nella sua famosa Prolusione, insisteva sull’esigenza di separare la dogmatica dal formalismo concettuale, oltreché di scorgere nella prima lo strumento per emanciparsi da una visione ‘positivistica’ della legge aliena dalla ricerca dei significati più profondi delle categorie sostanziali, al fine di renderle consentanee alle esigenze della pratica del diritto, ed effondendo in esse l’alito vivificante degli orizzonti di pensiero ricavati da altre scienze, giuridiche e non. Il che, tra l’altro, mi suggerisce di sottolineare che soltanto sporadica ed incompleta – pur con lodevoli eccezioni, dovute anche all’attuale tendenza ad incrementare modelli sanzionatori alternativi - appare ancora la disponibilità a confrontarsi con altri settori dell’ordinamento, primo tra tutti quello del diritto privato; mentre, invece, come mi è accaduto di verificare in più occasioni, la lettura degli scritti di alcuni tra i maggiori civilisti del nostro tempo, particolarmente pregevoli per il solido impianto teorico, si rivela a tutt’oggi (e non soltanto in passato, giusta il monito del grande Ortolan, non a caso ricordato proprio da Rocco) illuminante per penetrare il senso e la portata delle stesse categorie ed istituti del diritto penale. Per altro verso, e a mo’ di suggello di simili rilievi, debbo aggiungere che il riferimento al ‘pragmatismo’ non si esaurisce in una sorta di neutrale ed asettico ‘empirismo’, ma richiama invece l’esigenza di valutare le capacità di prestazione dinamica e concretizzante di determinate opzioni teoriche, cogliendone l’attitudine a promuovere scelte consapevoli dei risultati ottenibili mediante la loro implementazione.

Orbene, e veniamo adesso, dopo simili avvertenze, al tema della ‘punibilità’. In una prospettiva astrattamente definitoria, la punibilità può essere concepita, o come il

---

\* Il presente lavoro costituisce una rielaborazione della Relazione svolta a Firenze il 24 novembre 2018 in occasione del Convegno dal titolo “Non solo pena”.

‘dover essere della pena’ in rapporto al reato, o come il ‘poter essere della pena’ propria di questo. Si tratta di due visioni, tuttavia, che, per quanto logicamente postulabili, lasciano dubbiosi ed incerti nel momento di valutarne la portata ed il valore euristico. La prima, invero, sembra rendere problematica qualsiasi possibilità di sottrarsi al ‘passaggio’ ch’essa implica: il necessario ‘dover essere’, appunto, della conseguenza penale. La seconda – se formulata senza adeguate limitazioni (o, il che è lo stesso, eccessivamente sbilanciata sul versante della possibilità di eludere quel passaggio) – rischia a sua volta di arrivare a smentire la *ratio essendi* di quella stessa correlazione.

Maggiormente compatibile con gli equilibri del sistema sembra rivelarsi, semmai, il richiamo ad un presupposto valutativo in grado di legittimare le opzioni inerenti alle sorti di quel rapporto: in tal senso – ed evocando di nuovo una formula di ascendenza kantiana – potrebbe allora asserirsi che la punibilità è una ‘condizione di possibilità’ del pensare (o ripensare, anche in concreto) le funzioni della pena in rapporto all’atteggiarsi dell’illecito ed alle vicende che ne abbiano accompagnato gli sviluppi. Una formula, certamente, ancora generica, ma che apre tuttavia uno spiraglio in chiave teleologica, in grado di rendere, al contempo, meno rigide, ma pur sempre razionalmente controllabili, le scelte concernenti la permanenza o meno del legame tra i due termini della relazione.

Non sempre decisivo appare, d’altronde, il contributo ricavabile dal dibattito circa l’inerenza o meno della punibilità agli elementi del reato.

Sotto un primo profilo, e ragionando, per l’appunto, in termini teleologici, ciò che interessa evitare è soprattutto la configurazione della punibilità come una ‘variabile indipendente’ affidata al mero arbitrio del legislatore: da questo punto di vista (e la lezione di Bricola, Padovani e Stortoni lo dimostra) parrebbe, in realtà, che – si ritenga o meno di inserire la punibilità all’interno del reato – quel rischio possa venire fronteggiato tenendo comunque bel saldo l’orizzonte costituzionale (ed ormai anche quello europeo) in cui s’inscrivono i fondamenti e le garanzie del punire e del non punire.

Storicamente, d’altronde, non appaiono determinanti, al fine di dirimere la questione, le indicazioni a favore di una ‘progenitura’ ritenuta di particolare peso ed autorevolezza. Il tema, a suo tempo evocato anche da penalisti del calibro di Roxin, Schmidhaeuser, Stratenwerth, Hassemer – pur se nell’ottica delle categorie della c.d. meritevolezza e/o bisogno di pena – ed, in Italia, ad es., da Aldo Moro, Giulio Battaglini, Francesco Alimena, Fabrizio Ramacci e di recente da Marinucci e Dolcini, Mario Romano, Francesco Angioni, Alberto Gargani, Massimo Donini, Giovanni Cocco, Nico D’Ascola ed Alberto di Martino, concerne anzitutto la posizione di Beling, cui si dovrebbe attribuire – secondo alcune opinioni – l’opzione volta ad inquadrare la punibilità all’interno del reato.

Senza potersi soffermare approfonditamente sull'argomento (e rinviando ad un nostro studio sulla 'punibilità' per più ampi svolgimenti), si deve tuttavia osservare che, sebbene il grande Autore collocasse formalmente le condizioni per poter punire nello scenario dell'illecito, un esame più penetrante mostri, in realtà, come, nel pensiero del Nostro, tali requisiti non avessero, propriamente, un ruolo assimilabile alle altre componenti la struttura del reato, fungendo, piuttosto, da elementi atti ad esprimere il profilo della 'positivizzazione' dello *jus puniendi* incarnato dal ricorso (sulla base di pertinenti valutazioni) alla previsione legale di una minaccia per i fatti corrispondenti.

Quanto detto non significa, tuttavia – ed ecco il secondo aspetto della questione – che il problema dell'inerenza o meno della punibilità agli elementi del reato debba essere considerato del tutto privo di rilevanza. Pur trattandosi di un settore peculiare, a noi sembra, in effetti – come in altra sede si è cercato di dimostrare – che la punibilità 'entri', per così dire, nelle logiche del reato nella particolare ottica della tenuità del fatto. Invero, l'inerenza della punibilità al reato è in questo caso dovuta al porsi della medesima proprio in connessione con gli elementi dell'illecito, sul presupposto che questi possano e debbano essere valutati in relazione al modo di prodursi dei relativi effetti alla stregua delle valutazioni sociali circa l'effettiva necessità della pena in ragione del 'grado' assunto da quegli elementi. Si tratta, peraltro, di un settore della punibilità che, nella sua specifica portata, si rivela solo indirettamente collegato dalle riflessioni che andremo adesso svolgendo; salvo alcuni aspetti pur sempre riconducibili alla categoria in esame, esso viene a porsi, in effetti, sostanzialmente ai margini della presente indagine, risultando questa orientata, in via preminente, all'individuazione dei rapporti della punibilità con le soluzioni corrispondenti agli istituti di natura premiale.

2. Evocando ancora un ulteriore profilo di carattere preliminare, non sembrano assumere, d'altro canto, un'importanza decisiva neanche le considerazioni imperniata sulla valorizzazione del requisito della punibilità, o non, piuttosto, del suo contrario, ossia la 'non-punibilità'. La tensione politico-criminale che anima, specialmente presso alcuni autori, la preferenza per la seconda impostazione – quale si coglie nell'obiettivo di perseguire un'incessante strategia differenziata sensibile anche al 'destino' dell'autore – non sembra implicare l'abbandono della necessità di riflettere sulla stessa 'punibilità' quale coefficiente di legittimazione del ricorso o della rinuncia alla sanzione, pur in presenza del reato. E da questo punto di vista, risulta allora consigliabile sottrarsi alla tentazione di esasperare la rilevanza di quel 'dualismo', anche per impedire che il discrimine tra elementi della punibilità ed elementi di qualificazione di diversa

natura possa risultare eccessivamente condizionato dall'alternativa tra soluzioni più intensamente collegate a presupposti 'legali' ovvero al governo 'giudiziale' dei casi di esclusione della pena: quando invece ben può accadere che a quell'alternativa non venga a corrispondere una reale differenziazione sotto il profilo dell'incidenza sull'elemento della punibilità.

Giunti a questo punto, sembra allora opportuno, al fine di marcare un primo passaggio ineludibile nell'economia della trattazione, fare un cenno al momento identificativo essenziale che – a parte i casi di irrilevanza del fatto – sembra caratterizzare *sotto il profilo strutturale* i fenomeni appartenenti alla categoria della punibilità e della (sola) esclusione di questa. Nel riflettere su tale questione, non sempre adeguatamente evidenziata (e prescindendo adesso dal soffermarsi sulle classiche cause estintive, quali ad es., l'amnistia e la prescrizione, di cui è pacifica l'estraneità al reato) ci è parso già altrove necessario polarizzare l'attenzione su di un requisito del quale sarebbe difficile esagerare l'importanza nel contesto della scelta incriminatrice, ossia sulla *condotta* propria del reato.

Un simile richiamo si rivela particolarmente significativo nell'ambito di due settori 'classici', per così dire, in cui si è articolato il dibattito in materia. Si pensi, anzitutto, alle condizioni di punibilità. Non si tratta, è bene precisarlo, di accedere propriamente alla ben nota opinione secondo la quale tali condizioni non presenterebbero necessariamente una proiezione 'causale' della condotta rispetto ad un risultato ulteriore; si tratta, invece, di rilevare che, laddove si tratti di un evento 'condizionale', la fisionomia della condotta non risulta *comunque* influenzata dal rapporto con l'evento. Così, mentre, in presenza di un evento costitutivo, la condotta risulta normativamente caratterizzata in maniera diversa a seconda che tale evento venga o meno a verificarsi (si pensi al tentativo rispetto al reato consumato), laddove si ipotizzi invece la natura condizionale dell'esito ulteriore (si pensi al fallimento o a determinate 'soglie' di rilevanza in materia tributaria) la condotta non pare subire modificazioni, quanto alla relativa connotazione strutturale, in funzione dell'integrazione o meno dell'elemento considerato.

Di ancor maggiore interesse, come risulterà confermato dal prosieguo dell'indagine, è poi la tematica riguardante il vasto e multiforme scenario occupato dalle condotte di significato 'antagonistico' rispetto al reato; dove, per l'appunto, siffatti comportamenti di contenuto *lato sensu* 'riparatorio' vengono ad assumere, *proprio in virtù del contrasto e della contrapposizione all'illecito*, un ruolo autonomo rispetto alle condotte su cui questo si fonda, e come tale in grado di giustificare, come ha illustrato ampiamente Padovani, il correlativo venir meno delle funzioni della pena (*in primis*, della prevenzione generale) grazie all'atteggiamento 'antitetico' nei confronti della vicenda lesiva mostrato dal relativo autore.

Ci si potrebbe domandare il perché abbiano finora eluso il dibattito sviluppatosi soprattutto in area tedesca (e in altri sistemi che a quella s'ispirano), intriso di quel concettualismo filosofico-giuridico, per così dire, quale si rinviene a proposito dell'elaborazione delle già accennate categorie della meritevolezza e del bisogno di pena.

In realtà, non sembra, tuttavia, che, ai fini della presente indagine, quel dibattito meriti davvero di essere nuovamente riconsiderato. Anzitutto, è il caso di rammentare, a chi intendesse ripercorrerlo, la possibilità di disporre attualmente dell'accurata messa a punto di Daniela Tonon, che peraltro non manca di avvertire l'esigenza di una maggiore concretizzazione degli *input* desumibili da quell'inesauribile travaglio speculativo. In secondo luogo, e con l'occhio sempre rivolto alle insuperate indagini critiche di Giuliano Vassalli, Mario Romano e Klaus Volk, si deve aggiungere che, come si è anche recentemente ribadito, si tratta di criteri di qualificazione, non soltanto, già in se stessi, difficilmente "afferrabili", ma che manifestano la loro ambiguità proprio nel momento in cui ci si debba interrogare circa l'inerenza di determinati fenomeni all'uno od all'altro dei due suddetti piani di valutazione, con il rischio, in ultima analisi, di giungere ad alterare il rapporto tra il *prius* e il *posterius*, e di rendere, pertanto, sostanzialmente arbitraria la collocazione prescelta.

In tale prospettiva, non potrà allora sorprendere, dopo quanto si è osservato – e più ancora, si dirà – la nostra preferenza ad orientare l'analisi verso le riflessioni della dottrina italiana (sia pur nutrite di riferimenti comparatistici), le quali ci paiono, francamente, più vicine alla sostanza, anche pratica, dell'argomento studiato.

3. Alla luce di simili premesse – e tenendo in particolare considerazione i rilievi dianzi formulati riguardo alle condotte *lato sensu* riparatorie – è d'uopo prendere l'abbrivio da un importante contributo di Giancarlo De Vero dedicato alle elaborazioni, a livello scientifico e politico-giuridico, da parte di un grande criminalista del passato, Anselm Feuerbach.

Muovendo dal presupposto in base al quale l'interesse al rafforzamento e alla 'stabilizzazione' dei legami sociali proprio del modello della c.d. 'prevenzione integratrice' – implicando uno 'sbilanciamento' verso l'*applicazione* della pena a scapito della relativa minaccia – sarebbe suscettibile di dar luogo a manipolazioni in chiave repressiva (sino al punto di legittimare la condanna di soggetti di cui pure non sia da escludere l'innocenza), l'Autore sottolinea come Feuerbach incentrasse, viceversa, il potere punitivo sul collegamento della *stessa funzione della pena* alla formulazione "*previa, generale ed astratta* di un *paradigma legale*", sì da attuare un superamento di alcune resistenze provenienti dallo stesso pensiero illuministico: resistenze dovute al fatto



che, pur riconoscendosi “alla legge penale un ruolo di garanzia a livello di fonte dell’incriminazione”, un simile assunto non veniva ancora a compenetrarsi nelle logiche dell’applicazione della pena *post patratum crimen*, derivandone il risultato incongruo secondo il quale soltanto grazie alla sua concreta irrogazione quest’ultima avrebbe dunque iniziato ad esplicare “i postulati effetti general e specialpreventivi”.

Da tale punto di vista, il Nostro critica, tra gli altri, gli argomenti di Francesco Carrara, il quale avrebbe ingiustamente accusato la teoria della prevenzione generale di favorire la condanna dell’innocente, senza avvertire come, all’opposto, soltanto la posizione di Feuerbach fosse realmente in grado di collocare nel ‘cuore stesso’ del magistero punitivo la connessione tra legge penale ed esigenza preventiva, garantendo il cittadino che il suo eventuale *peccatum* avrebbe dovuto incentrarsi sulla trasgressione della legge – onde l’inammissibilità della condanna dell’innocente – non essendo al di fuori di questa rintracciabile la funzione della pena: con l’ulteriore corollario, ragionando in quest’ottica, in base al quale la pena, pur intervenendo *quia peccatum est*, dovrebbe dunque venire applicata, non già secondo una logica retributiva (o neo-retributiva) bensì allo scopo di far sì che il *peccatum* altro non appaia se non come uno svolgimento necessario del “presupposto assunto da una *previa legge penale*” incriminante il fatto.

Alla luce di un siffatto argomentare – e qui De Vero torna a confrontarsi con la posizione di Carrara – la funzione della pena non potrebbe dunque venire ricollegata al timore di una ‘ripetizione’ del delitto – da Carrara ricondotto alla ben nota categoria del c.d. ‘danno mediato’ che dal delitto stesso dovrebbe necessariamente derivare – bensì alla finalità intimidativa quale fattore volto a dissuadere *dalla commissione già del primo reato legislativamente sanzionato con pena*.

A ben guardare, tuttavia, è proprio a questo punto che la ricostruzione ora sommariamente esposta lascia adito ad alcune perplessità. In effetti, deve subito dirsi, in via preliminare, che la teorizzazione di Carrara presenta una chiara impronta di significato garantistico e di delimitazione dello *jus puniendi*. In via generale, Egli afferma, per vero che, “essendo fine del punire il bene sociale” – *e si tenga presente che sono appunto i riflessi sul piano sociale che integrano il contenuto del c.d. ‘danno mediato’* – “quando l’applicare il rigore della pena, quantunque consentaneo a giustizia, produrrebbe alla società un danno maggiore, nasce un conflitto tra la rigorosa giustizia e le esigenze dell’ordine esterno”, in presenza del quale l’applicazione della pena “recherrebbe un disordine maggiore di quello che nascerebbe dall’omettere o moderare la punizione”.

Ebbene, non è difficile scorgere in simili rilievi l’impostazione del problema che è alla base delle odierne riflessioni: se, svolgendo ai nostri fini le premesse carrariane, le sorti del danno mediato – che è poi in sostanza la base della punibilità – non sono

tali da esigere il ricorso alla pena, sarà ancora legittimo punire per il fatto stesso che *peccatum est*? La formula carrariana apre veramente un orizzonte (non soltanto sul terreno, che qui dobbiamo tralasciare, dell'irrelevanza del fatto, peraltro adombrato dall'aver Carrara negato spazio, ad es., alla *culpa levissima*, ma anche) sull'intera tematica che siamo chiamati a sviluppare, sia pure, com'è ovvio, portando la nostra attenzione su prospettive politico-criminali e modelli d'intervento estranei allo scenario originariamente prospettato dal grande criminalista.

Il reale distacco dalla visione retributiva – non a caso osteggiata da Carrara – avviene, a ben guardare, proprio in questa direzione: vero è che Carrara guarda al possibile effetto di un reato già compiuto, ma vi guarda avendo già 'anticipato', per così dire, la categoria idonea a qualificare e a rendere operativo il corollario 'pratico' di quello sguardo: nel senso che la dinamica della prevenzione, sottostante alla pena, è destinata, coerentemente, a governare l'apprezzamento della necessità di farvi ricorso, sì da evitare che la logica tipicamente 'corrispondentista' data dal rapporto bene offeso-pena non arrivi a superare quella della 'necessità' del punire grazie al riscontro del suddetto danno mediato. E se il discorso di Carrara si rivolge *in primis* al momento 'fondativo' del potere di punire, per noi niente impedisce di imprimere alla vicenda un andamento più flessibile e dinamico, consistente nel domandarci se, in mancanza di quel 'danno sociale' che imporrebbe di dare altrimenti seguito all'originaria minaccia, sia possibile elaborare soluzioni alternative in grado di elidere il danno in questione, raggiungendo altrimenti quegli effetti 'socialmente positivi' che pur risultano eccentrici rispetto ad un'esigenza astratta di giustizia incurante dello scopo da raggiungere.

A mo' di ulteriore precisazione, deve peraltro osservarsi che la fecondità sul piano teleologico del pensiero di Carrara è ben lontana dalla successiva teorizzazione, dovuta ad Arturo Rocco, nella quale il 'danno sociale' (mediato) verrà invece ricondotto a quel connotato astratto ed autoreferenziale (e sostanzialmente tautologico) identificato con "l'interesse dello Stato alla tutela del particolare bene o interesse, individuale o collettivo, che è direttamente leso o minacciato dal reato": una visione statica e 'statolatrica', invero, nella quale alla dimensione sociale degli effetti del reato si sostituisce la logica di un' autotutela che trova in se stessa (o meglio nello Stato che viene appunto ad attribuirselo) il proprio fondamento.

Vero è che Rocco, nel confutare il pensiero di Carrara, verrà in certa misura a riallacciarsi, col configurare il danno mediato, cui quest'ultimo si riferiva, come 'pericolo sociale', pur sempre ricollegabile alla possibile ripetizione del reato. Ma una siffatta categoria verrà chiaramente ad accusare una dimensione essenzialmente 'psicologica' (e non già invece squisitamente teleologica) vale a dire, per l'appunto, legata agli effetti psichici sul reo, sulla vittima ed i familiari, infine sugli altri consociati: una

dimensione, in primo luogo, sostanzialmente estranea – a differenza di quanto accadeva in Carrara – alla *legittimazione* già *ex ante* dello stesso potere punitivo ed appunto della punibilità, ed, in secondo luogo, e soprattutto, chiaramente influenzata dall’obiettivo di una ‘lotta alla delinquenza’ ispirata a maggior rigore, essendo, per di più, il suddetto pericolo concepito in forma presuntiva in guisa di ‘male ulteriore’ da combattere da parte del sistema repressivo.

Dice bene Franco Bricola come nella visione di Carrara tutto cospiri, *ex adverso*, in direzione di un “garantismo severo”, alla cui stregua le dinamiche connesse all’elemento del ‘danno mediato’ quale fattore in grado di incidere sull’ ‘opinione di sicurezza’ da parte dei consociati devono essere fatte risalire ad un’ idea di “prevenzione generale positiva” intrisa di un programma di “selezione degli illeciti” ( potremmo qui aggiungere: anche in chiave ‘diacronica’, sia pur enfatizzando la virtualità ‘anticipatrice’ del pensiero carrariano) tale da risolversi in “un freno” costante “all’arbitrio del legislatore”.

4. Se quanto detto può considerarsi fondato, ecco allora aprirsi un percorso particolarmente significativo per decrittare il ruolo svolto dalla c.d. ‘premialità’ ai fini del sistema della non punibilità.

Lo scenario di fondo che si vuole qui accreditare è fondato sull’idea secondo la quale le condotte c.d. ‘riparatorie’ – concepite in senso lato (ché non ci si vuole occupare nella nostra ricerca delle innumerevoli *nuances* dei fenomeni in discorso, cui sono stati già dedicati innumerevoli contributi, ben altrimenti approfonditi) – realizzano in forma paradigmatica il modello speculare dei comportamenti cui la minaccia di pena si rivolge, e che configurano l’illecito. Non a caso abbiamo cercato di valorizzare il riferimento al modo di atteggiarsi della condotta nel quadro delle dinamiche della punibilità. Nella logica di un sistema moderno, emancipatosi dall’ottica retributiva ed avviato verso la configurazione, non più di un *patis*, ma di un *agere*, si staglia l’immagine di un contributo anch’esso volontario – come volontario è il reato – volto a lenire e a far tacere il danno mediato concepito secondo la visione dello stesso Carrara. Dice bene Giorgio Agamben in un recente volumetto (per quanto orientato verso ulteriori prospettive) che la logica della ‘libertà e responsabilità delle azioni umane’ segna il distacco progressivo da visioni ‘fatalistiche’ e destinali delle sorti dell’individuo, come pure dal primato della “conoscenza”, e di poi anche da quello della “potenza” di aristotelica memoria, sino ad approdare alla fase finale in cui “l’uomo moderno è un essere che vuole”. Così come la volontarietà dell’illecito, *id est* la decisione a questo collegata, s’insediano nel *crimen*, così pure, nella visione oggi preferibile, si dovrebbe attribuire



rilievo, per l'appunto, ad una contro-azione frutto di determinazione volontaria, non interessa troppo se più o meno intensamente promossa e sollecitata.

Molto mi convince, a tale ultimo proposito, la tendenza di uno studioso quale Domenico Pulitanò a convogliare nella logica della c.d. premialità sia comportamenti incentrati sulla regressione dell'offesa entro determinate soglie temporali, sia condotte sollecitate dal giudice nella forma, ad es., di una messa in prova, sebbene, questa volta, più marcatamente attratte nella dimensione teleologica della prevenzione speciale. D'altronde, come ci ricorda De Vero – e il suo argomentare vorremmo fosse valorizzato anche ai fini della nostra tematica – tra la prevenzione generale, sempre bisognosa di venire arricchita di un essenziale profilo di “orientamento culturale”, e la prevenzione speciale nella sua indispensabile valenza rieducativa, corre un rapporto di necessaria osmosi e coerente sviluppo e ‘prosecuzione’, pur quando nella logica dei singoli istituti possa emergere la tendenziale prevalenza, ora dell'una, ed ora dell'altra, proiezione finalistica.

Riassumendo allora le fila del discorso: le condotte riparatorie costituiscono – nel loro ruolo emblematicamente ‘speculare’ – l'espressione, non più degli elementi dell'illecito, bensì invece dell'estremo della punibilità, ed in particolare della sua negazione. Ed invero, nel fatto stesso dell'attivarsi concreto dell'autore è possibile cogliere una *voluntas operandi* idonea a testimoniare la presenza di ragioni atte a giustificare il venir meno della necessità della pena: una testimonianza, a nostro avviso, che – contro le opinioni tendenti a sminuire il ruolo dell'apprezzamento giudiziario – dovrebbe, preferibilmente, essere soppesata di volta in volta, non trattandosi più (come ammoniscono, tra gli altri, e sia pure con diversità di accenti, studiosi quali Forti e Pulitanò) di far valere la dimensione del ‘precetto’, ma di introdurre delle valutazioni necessariamente aperte – e sia pure sulla base di opportune indicazioni normative – ad una certa flessibilità e discrezionalità (specialmente riguardo alle prestazioni effettuate su *input* del giudice, e meno, viceversa, com'è ben noto, nel contesto delle figure ‘classiche’ di tempestiva ‘reintegrazione’ del bene protetto) della verifica circa la loro reale portata ed efficacia nell'economia della vicenda in cui s'inseriscono. Una valutazione, per finire, sulla cui plausibilità si sono già espressi studiosi particolarmente sensibili alle dinamiche della pena, quali Roxin e Nowakowsky, e che anche noi, modestamente, abbiamo cercato già altrove di sottolineare, auspicandone un ruolo più incisivo in una prospettiva *de lege ferenda*.

5. Dove, invece, non ci sentiamo di seguire senza riserve le prospettive rivolte all'utilizzazione di misure reintegratorie all'interno del sistema, è nella tendenza, recentemente valorizzata, a privilegiarle alla stregua di opzioni sanzionatorie, più o

meno autonome. Non che simili soluzioni debbano considerarsi del tutto prive di una loro intrinseca coerenza. E tuttavia, ci sembrerebbe che, ragionando in un'ottica politico-pragmatica, per così dire, i tempi non siano ancora maturi per una siffatta configurazione: nel senso che, dovendosi richiedere, oggi più che mai, quella necessaria attitudine del pensiero (anche) penale a sapersi 'confrontare razionalmente con l'irrazionale', non è azzardato affermare come tali proposte rischino di sottovalutare le esigenze tuttora espresse da parte della comunità sociale, sì da trasmettere la sensazione di coltivare un disegno a prima vista concettualmente lineare, ma tale da rivelarsi, nella realtà attuale, viziato da un eccesso di 'razionalismo' suscettibile di indebolire e delegittimare il messaggio in esso racchiuso.

Quella esigenza di fondo, poco sopra accennata, di tenere distinto il potenziale dissuasivo del precetto dalle dinamiche sottese alle articolazioni della vicenda riparatoria sembra suscettibile, insomma, di venire meglio soddisfatta, evitando di caricare l'arsenale sanzionatorio di una gamma di alternative tipologiche tuttora meglio collocabili nell'area della non punibilità (o dei modelli di attenuazione della pena): ed invero, laddove un simile programma venga perseguito con ragionevole ampiezza – ed evitando, beninteso, di affidare a scelte improvvisate o a 'mani inesperte' il governo dei meccanismi di incentivazione e di controllo delle condotte riparatorie – sembra, al contempo, dissolversi anche il timore che la mancata previsione come misure autonome di contributi a carattere reintegratorio possa meritare l'accusa di favorire una perdurante configurazione in chiave 'retributiva' del sistema delle sanzioni.

Per concludere sul punto – ed al fine di contrastare l'ulteriore argomento fondato sul maggior rigore in termini di 'legalità' della previsione come sanzioni dei modelli reintegratori – non è forse inutile insistere sull'esigenza primaria secondo la quale la 'cultura della legalità' deve sapersi sempre più coniugare con la 'cultura della giurisdizione' (e della discrezionalità, per quanto guidata e 'moderata', che non può non accompagnarla), perché l'una, senza l'altra, rischia di oscillare tra il polo dell'assoluto e dell'invariabile e quello dell'arbitrio nelle valutazioni di meritevolezza del 'premio' accordato: dovendosi aggiungere – o se si vuole, ribadire – che una scelta in tale direzione, per quanto depurata dalle tradizionali componenti afflittive (ché, anzi, la sua vocazione è per l'appunto quella di arrivare a surrogarle), trova la sua legittimazione nel mirare pur sempre a soddisfare quella finalità di superamento delle conseguenze sul piano umano e sociale generate dall'illecito che già vedemmo essere alla base della categoria anticipatrice del c.d. 'danno mediato'.

Su questa direttrice, non ci sembra, d'altronde, particolarmente preoccupante la circostanza che – come accade, ad es., nell'ambito della sospensione del processo con messa alla prova – non venga sempre richiesto, malgrado la 'consistenza' delle prestazioni riparatorie, un effettivo accertamento della colpevolezza, con il rischio, a prima

vista, di dar luogo ad una possibile tensione con la garanzia della presunzione d'innocenza.

Pensiamo che sia arrivato il momento di liberarsi da quella tendenza a riproporre tuttora una visione ancorata ad un diritto ed un processo penale del tutto insensibili (se si eccettua il comune ostracismo verso misure 'custodiali' e segreganti) al progressivo incedere di orizzonti culturali più vicini alle esigenze di giustizia dei nostri tempi: una tendenza che, ampliando lo sguardo, vorrebbe tuttora accreditare la necessità di reagire contro i soli comportamenti offensivi o concretamente pericolosi, che disconosce la rilevanza dei beni collettivi, che si pronuncia (più o meno dichiaratamente) – ed è questo che soprattutto ci interessa – contro la sperimentazione di meccanismi alternativi di definizione delle controversie.

Non soltanto le Sezioni unite (sent. 31 marzo - 1° settembre 2016, n. 36272), ma anche, e con più energica determinazione, la stessa Corte costituzionale (sent. 21 febbraio – 27 aprile 2018, n. 91) hanno fatto invero giustizia di siffatte, perveraci, resistenze 'di principio'. Ad avviso della Consulta, in particolare, "il trattamento programmato non è una sanzione penale, ma dà luogo ad un'attività rimessa alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte dell'imputato": il quale, del resto, qualora ritenga di "possedere elementi per l'affermazione della propria innocenza", non è affatto obbligato a richiedere quel percorso alternativo, percorso che d'altronde potrà sempre "far cessare", decidendo di rimuovere ogni eventuale ostacolo alla prosecuzione del giudizio ordinario. E già a suo tempo Giulio Ubertis aveva opportunamente osservato come nulla escluda che, nel rispetto dei principi, all'imputato venga data la possibilità di riconciliarsi "con sé stesso, con la vittima e con la società, senza passare attraverso una decisione che dirima il conflitto in base a regole gnoseologiche formalizzate".

Ancor più vicine alla sostanza del problema ci sono parse, in definitiva, le riflessioni di Matteo Caputo, dapprima in una ricerca sul patteggiamento, e di poi in uno stimolante saggio di più recente pubblicazione. Da tali indagini emerge l'idea di fondo secondo la quale la legittimazione di un addebito personale di responsabilità dovrebbe oggi vedere sempre più intensamente coinvolta la dimensione 'diacronica' di tale processo ascrittivo: dovendosi ammettere, in particolare, che un siffatto momento personalistico ben possa esprimersi nella facoltà di scegliere la strategia con cui indirizzare "la notizia di reato, influenzando il proprio destino" mediante "libere scelte d'azione"; tutto questo, così almeno ci sembra, a conferma ulteriore di quel dato essenziale, che si è cercato anche in questa sede di rimarcare, consistente nel dare sempre più spazio, nei limiti del possibile, ad una visione 'attiva', 'responsabilizzante', di positivo e personale contributo alla definizione della vicenda conflittuale ad opera del soggetto che ne è all'origine.

6. Passo dopo passo – è ormai impossibile nascondere – vanno delineandosi i tratti qualificanti di quell’opzione di fondo, oltre che riparatoria, ‘conciliativa’ e ‘compositiva’, a sua volta da implementare e coltivare grazie all’attivazione di percorsi di c.d. ‘mediazione penale’. A tale proposito, e pur riconoscendo in quest’ultima una tappa ulteriore nel processo di superamento di vecchi paradigmi, a noi sembra, tuttavia, che le differenze rispetto alle logiche ‘reintegratorie’ sin qui richiamate non debbano venire esasperate oltre misura.

Muoviamo anzitutto dai termini di una controversia, più o meno latente, tra differenti opinioni dottrinali. Da un lato, v’è chi – come Roberto Bartoli – avverte come non si dovrebbe per nulla trascurare la circostanza che il ricorso a tecniche di ‘composizione’ e reciproca conciliazione risalgano a periodi storici lontani nel tempo, e come dunque – pur senza disconoscere le novità emergenti – ben potrebbe affermarsi che l’esperienza del passato additi un modello che le prospettive attuali giungerebbero, alla fin fine, a riattivare pur modernizzandolo. Dall’altro lato – come pare emergere dalle affermazioni di Eusebi, Paliero, Mannozi e Mazzucato – la ‘giustizia senza spada’ offrirebbe un paradigma diversificato, non soltanto dalla logica vendicativa, ma anche dalla (a suo tempo) “gemellare variante compositiva”, venendo (ed anzi dovendo) protendersi in direzione di un “riscatto dalla colpa” in grado di tradursi in un *quid alii* a confronto con i modelli tradizionali di reazione alla devianza.

Ebbene, e senza pretendere, date le nostre limitate competenze, di esaminare la questione in maniera approfondita, è opportuno anzitutto sottolineare che, pur riconoscendo al paradigma della giustizia conciliativa una dimensione più marcatamente innovativa, non possa negarsi che tale modello si ponga pur sempre – come hanno osservato Francesco Palazzo e lo stesso Bartoli – nell’ottica di un *tentativo*: nel senso che sarà comunque necessario fare i conti con l’eventualità che la mediazione fallisca e che in ogni caso sarà difficile evitare un sindacato giurisdizionale (per quanto di portata circoscritta) sulla vicenda sviluppatasi a seguito della *diversion* a suo tempo innescata; per non parlare, poi, del fatto – è ancora Palazzo a rilevarlo – che la vicenda conciliativa dovrebbe in ogni caso sfociare in una ‘presa d’atto’ a livello giudiziario, in ipotesi da tradurre positivamente in una dichiarazione di estinzione del reato.

Semmai, ci sentiamo di dover porre l’accento su di un fondamentale profilo evolutivo che caratterizza l’insieme dei meccanismi di intervento ‘alternativo’ via via sperimentati in questa complessa ed articolata ricerca di soluzioni di nuovo conio. Ha colto invero nel segno Aldo Schiavone, quando, a conclusione di uno studio illuminante su “L’invenzione del diritto in Occidente”, ha osservato come, al di là di suggestioni fuorvianti, solo in tempi recenti (e a differenza di quanto accadeva nel modo antico ed anche oltre) è andato avviandosi quel grande processo storico “fondativo

dell'idea stessa di "diritti umani"". Un processo che – riteniamo di dover aggiungere – ci fa apparire quanto meno eccessiva la particolare insistenza sulla genesi antropologica dell'idea della pena sotto forma di vendetta (da parte di molti, e tra questi un filosofo come Cacciari, ritenuta inestirpabile), oppure, a seconda delle opinioni, sulla ineguagliabile potenza speculativa racchiusa in contributi memorabili come la nietzschiana genealogia della morale, e sul relativo scetticismo circa la possibilità di sottrarre la pena al 'piacere della crudeltà', nel vano intento di ridefinirne modernamente scopi e funzioni.

Si tratta di visioni che, a nostro parere, non tengono appunto nella dovuta considerazione le conquiste ottenute sul terreno dei diritti umani, le quali hanno determinato un progresso decisivo nel modo stesso di concepire il rapporto tra i soggetti in campo.

Di essa appaiono già una significativa testimonianza gli sforzi rivolti a legittimare una concezione c.d. 'interpersonale' dell'illecito fin dal momento delle scelte di criminalizzazione. Ma, soprattutto, ne costituiscono una conferma emblematica le tendenze a porre in risalto il ruolo della vittima nella sua qualità di 'soggetto' protagonista nella fondamentale 'dialettica' dell'illecito e dei percorsi della sua rielaborazione all'interno della comunità.

Una simile tendenza potrebbe sembrare paradossale, nel momento in cui la stessa centralità del ruolo del 'soggetto' e delle sue prerogative individuali risulta, già da tempo, filosoficamente messa in dubbio. Sennonché, a parte il rilievo che anche un grande pensatore contemporaneo quale Michel Foucault, dopo una posizione in chiave critica, si era andato alla fine orientando verso una riattivazione dell'importanza di quel ruolo, dobbiamo confessare, con tutta franchezza, che, nell'alternativa (segnalata da un saggista come Vittorio Strada) tra la fine del 'soggetto' come un evento salutare e 'liberatorio' – secondo gli auspici di Nietzsche – ovvero come una malattia da combattere – nella prospettiva di Dostoevskij – preferiamo schierarci a favore di quest'ultimo, aggiungendo, in un'ottica di maggiore attualità, che proprio i diritti umani quella malattia sono andati vigorosamente contrastando con crescente successo.

7. Diritti, oggi, addirittura illimitati e perfino 'insaziabili', come taluno è arrivato ad insinuare? Forse, ma solo per un certo aspetto: ossia, a ben vedere, soprattutto nell'ottica di un indiscriminato ricorso ad 'obblighi di tutela' penale, magari estesi a nuclei di valore troppo ampi come, ad es., la 'dignità umana' (meno pervasiva, quest'ultima, se, tuttavia, s'intenda limitarla, come altrove abbiamo proposto, allo specifico settore del razzismo e del negazionismo); ma, allo stesso tempo, non più meritevoli di un simile addebito avendo riguardo, viceversa – e questa volta facendo leva sullo stesso



paradigma della dignità come connotato di sintesi - alle garanzie della persona nella definizione delle strategie di governo dei rapporti tra individuo e autorità, e nella prospettiva di modelli di giustizia umanamente ispirati ed attuati.

E torniamo adesso alla vittima.

Sono passati i tempi in cui - per dirla con lo Zibaldone leopardiano - si poteva affermare che tra gli effetti del delitto "non entra la compassione verso la vittima del misfatto, anzi ella è bene spesso, per varie circostanze, o leggera o nulla, e fuor di proporzione" con il risentimento e lo spirito vendicativo nutriti verso il delinquente e con la spietata soddisfazione nel vederlo condannato e castigato. Al giorno d'oggi, lo scenario è mutato, anche se il percorso non è ancora giunto alla meta: il soggetto-vittima, quale portatore di intangibili diritti umani, dovrà esserlo anche di quello di vedersi assicurato un impegno atto a garantirgli un adeguato ristoro per il pregiudizio subito, nel migliore dei casi cancellando il dolore sofferto grazie ad una 'nuova intesa' con chi l'abbia provocato, nel segno di un 'ripristino' delle prerogative violate. D'altronde, e per l'appunto, lo stesso offensore non dovrà più apparire come un individuo reietto da emarginare e neutralizzare, ma - ed ancora una volta - come un 'soggetto' pur esso a tutti gli effetti; la cui giuridica umanità, per così dire, ben potrà postulare ch'egli non sia reso destinatario passivo di una sofferenza da scontare, ma sia invece ammesso a godere, tra l'altro, del potere di attivarsi a favore dell'offeso grazie ad una scelta consapevolmente adottata e responsabilmente condotta a buon fine.

Efficienza del sistema e garanzie fondamentali, progettualità politica e mediazione giurisdizionale, elaborazione dogmatica e pragmatismo delle soluzioni possibili, tutto si riannoda ed avvince attorno all' 'umanismo' del soggetto e ai diritti che in ragione di quello debbono essere vieppiù incentivati e riconosciuti: ed a tale stregua, anche le visioni ispirate ad una logica riparatoria - al di là delle differenze tra i modelli in campo - vengono dunque a delinearsi come un'alternativa, più che auspicabile, addirittura doverosa, pur nel rispetto, anch'esso ineludibile ai fini di tale programma, dell'esigenza di promuovere un'adesione volontaria, e di potenziare gli strumenti volti a garantire, attraverso controlli affidabili e adeguati alle circostanze, l'attuazione di iniziative conformi alle pretese teleologiche della 'non punibilità'.