

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO

36

2002

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2002*
by Università degli Studi di Trento

ISBN 88-8443-033-X

A norma della legge sul diritto d'autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms o altro

Stampato in Italia - Printed in Italy
dicembre 2002

Litotipografia Alcione S.n.c. – Trento

a cura di
Maurizio Manzin

FUNZIONE DELLA PENA E TERZIETÀ
DEL GIUDICE NEL CONFRONTO
FRA TEORIA E PRASSI

Atti della Giornata di studio
Trento, 22 giugno 2000

INDICE

Introduzione <i>Maurizio Manzin</i>	pag. 1
--	--------

Parte Prima: RELAZIONI

1. Diego Quaglioni <i>Saluto ai partecipanti</i>	pag. 7
2. Maurizio Manzin <i>Presentazione della Giornata di studio</i>	pag. 13
3. Laura Palazzani <i>Pena e verità tra modernità e postmodernità: a proposito di un libro recente</i>	pag. 19
4. Luciano Eusebi <i>La pena: quale verità?</i>	pag. 43
5. Massimo Pavarini <i>Funzioni e limiti del punire</i>	pag. 63

Parte Seconda: INTERVENTI

1. Carlo Nordio <i>Giudici e giustizia: le ragioni di un'emergenza</i>	pag. 79
---	---------

2. Francesca Zanuso
Sulla pena come riparazione pag. 93
3. Désirée Fondaroli
*Risarcimento e/o riparazione come
causa di esclusione e/o di estinzione
della punibilità: così è (se vi pare)* pag. 103

Parte Terza: DISCUSSIONE

1. dott. Battista Palestra
presidente del Tribunale di Trento pag. 129
 2. avv. Adolfo de Bertolini
Ordine degli Avvocati di Trento pag. 133
 3. avv. Renato Ballardini
Ordine degli Avvocati di Rovereto..... pag. 137
 4. avv. Umberto Musto
Ordine degli Avvocati di Bolzano pag. 141
 5. prof. Francesco Cavalla
*Facoltà di Giurisprudenza di Padova
e Verona* pag. 143
 6. prof. Lorenzo Picotti
Facoltà di Giurisprudenza di Trento pag. 151
 7. prof. Gabriele Fornasari
Facoltà di Giurisprudenza di Trento pag. 153
 8. dott. Federico Puppo
*Dottorato di ricerca in Filosofia
del diritto*..... pag. 163
- Conclusioni
Maurizio Manzin pag. 175

INTRODUZIONE

Diamo qui conto delle relazioni, degl'interventi e della discussione, intensa e feconda, ospitati dal Dipartimento di Scienze Giuridiche e dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento in occasione della Giornata di studio intitolata "Terzietà e verità. Recenti posizioni su processo e pena" (Trento, 22 giugno 2000)¹.

Benché la pubblicazione a stampa degli atti compaia con qualche ritardo rispetto allo svolgimento effettivo del Convegno, la sua attualità non è — purtroppo, sarebbe forse il caso di aggiungere — affatto venuta meno, anzi. Lo testimonia, nei giorni in cui quest'introduzione viene scritta, l'insistito clamore con il quale i mezzi di comunicazione di massa c'informano sulla questione della cosiddetta "giustizia giusta": qualcosa di più di un'allitterazione dal tenore vagamente lapalissiano.

La controversa modifica dell'art. 111 Cost. ha rappresentato in effetti un primo e temporaneo segnale (interpretato, in questo caso, dalle forze politiche e dall'istituzione parlamentare) del disagio profondo e non recente che contraddistingue il rapporto del cittadino italiano con il "sistema giustizia".

Di questo rapporto, come hanno insegnato da par loro Giuseppe Capograssi ed Enrico Opocher (e come ognuno può sperimentare nella vicenda personale e quotidiana) la sede primaria è, appunto, il *processo*. È sul processo, dunque, che dovranno appuntare la loro attenzione lo studioso del diritto e

¹ Abbiamo avuto modo di parlarne brevemente in M. MANZIN, *Terzietà e verità: una logica per il giudice nell'età post-moderna*, «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 4, 2000, pp. 589-592. Un articolo al riguardo è apparso anche sul supplemento *Nord Est* n. 24 del quotidiano *Il Sole 24 Ore* del 19 giugno 2000, p. 9, per cura di chi scrive.

quello dei fenomeni sociali, se vorranno trovare il nodo fondamentale di molti fra i problemi sul tappeto.

Il disagio, ovviamente, non è circoscritto a qualche singolo settore dell'esperienza giuridica processuale (civile, penale, amministrativa, costituzionale), poiché tutti sono in varia misura riguardati dalla crisi del "sistema giustizia". Ma appare indubbio che la fenomenologia percepita come la più evidente — in qualche modo "patologica" — è quella che riguarda il versante del processo penale. Su questo terreno le riflessioni giusfilosofiche, penalistiche sostanziali e processuali, nonché giurisprudenziali s'incrociano e si confrontano con particolare intensità (qui tralasciando l'inevitabile e talvolta deprecabile strascico di polemiche e interventi, più o meno "organici" a interessi di parte e di partito, che quasi giornalmente ci affliggono dalle pagine dei quotidiani e dai teleschermi).

Come scriveva Carlo Nordio qualche tempo fa in un suo fortunato saggio, nel modo *tranchant* che gli è congeniale, l'"emergenza giustizia" si rivela con peculiare gravità in alcuni fenomeni mediaticamente assai noti, quali il "protagonismo della magistratura" e "la collaborazione dei cosiddetti pentiti". "Nel frattempo — egli prosegue — abbiamo assistito a due metamorfosi perniciose: quella della Costituzione che, da semplice compromesso ideologico e politico, è diventata una venerabile formula sacrale, e quella della magistratura, che, da ordinaria istituzione fallibile, ha assunto il ruolo di intrepida milizia liberatoria"².

A nostro avviso, entrambe le "metamorfosi" hanno a che vedere con l'attuale secolarizzazione del dogma giuspositivistico, il quale ha generato, con la sua caduta, un *vacuum* di valori a tutt'oggi incolmato. Al mito dello Statonomoteta garante della certezza, e dei suoi giudici *bouches de la loi*, nulla è stato sostituito in maniera efficace: né sul piano dei meccanismi costituzionali, né su quello della teoria generale. Per molti versi, anzi, l'attività delle Corti ha

² C. NORDIO, *Emergenza giustizia*, Milano 1999, p. 12.

proceduto su binari indipendenti rispetto alla dottrina, formando così un solco tra il piano dei principii e quello degli atti e dei fatti giuridicamente vivi e rilevanti.

La sacralizzazione laica della Carta fondamentale, così come delle procure generali o degli organi di rappresentanza della magistratura, è la risposta tardiva e ideologicamente sospetta (una sorta di *excusatio non petita*) alla totale autonomizzazione dei linguaggi del diritto: dalla politica del diritto, alla legislazione, all'interpretazione, all'applicazione, al contesto sociologico. Venuto meno il credo unificante dell'*auctoritas*, attenuatesi le mode formalistiche, nuove intoccabilità e nuovi miti si prodigano nel tentativo estremo di coprire l'evidente nudità del re, tacitando qualche fanciullo troppo impertinente.

Per ovviare a questa tendenza, con l'intelligenza e le forze di cui è capace una realtà accademica come quella trentina, relativamente piccola ma fortemente radicata sul 'territorio' (come usa dire) e, soprattutto, scientificamente agguerrita, si sono intraprese varie iniziative atte a coinvolgere gli studiosi della nostra e di altre Facoltà giuridiche con i soggetti principali della vita viva del diritto: magistrati, avvocati, notai.

Di questa consuetudine collaborativa è frutto il convegno di cui si presentano ora i risultati, realizzato con il concorso delle cattedre di Filosofia del diritto e di Diritto penale e sotto il patrocinio congiunto dei Consigli degli Ordini professionali di Trento, Rovereto e Bolzano.

Le relazioni, gli interventi programmati, la discussione sono stati tutti sottoposti agli Autori avanti la pubblicazione: alcuni di loro hanno voluto modificare o aggiornare il testo, talvolta dotandolo di un apparato critico; altri hanno preferito conservare intatta la vivacità e la freschezza del discorso parlato, mantenendo la trascrizione anche a costo di qualche ineleganza stilistica e con sacrificio della citazione in nota. Entrambe le scelte sono per diversi motivi difendibili, ed abbiamo voluto rispettarle, pur consci dell'inevitabile "rottura di ritmo" che ne sarebbe conseguita. In fondo, la modernità

INTRODUZIONE

nelle sue espressioni artistiche, musicali o plastiche, ci ha abituati da tempo ai “glissandi” e alle “fratture prospettiche”: confidiamo che l’operazione, vagamente espressionistica, ci sarà perdonata pur nell’ambito severo del giure.

Come si diceva, è dichiarato auspicio che la raccolta dei contributi della Giornata di studio trentina possa rappresentare qualcosa di più di una sorta di *instant book*: se è vero, infatti, che certe polemiche sono di questi tempi al calor bianco (e, al proposito, non ci si faccia soverchiamente ingannare dall’indole garbata e dall’*understatement* della discussione, soprattutto fra gli avvocati e il magistrato, riportata negli atti), è altresì vero che i fondamenti teoretici, talvolta solo pudicamente allusi, ai quali sono sospese le argomentazioni dei relatori e degli interventori, sono di tale saldezza e momento da giustificare l’elevato profilo scientifico del dibattito e la sua perfetta fruibilità sul piano della ricerca. Questa consapevolezza ci ha spinto a fermare sulla carta un evento altrimenti destinato a confinarsi nella personale memoria dei partecipanti, per estenderlo a tutti gli studiosi del settore, in ciò trovando pronta risposta (e le necessarie risorse) da parte del Dipartimento.

Maurizio Manzin

NOTA. Uno speciale ringraziamento va al dott. Federico Puppo per aver pazientemente trascritto e raccolto, dalla registrazione Internet dell’evento, la gran parte degli interventi e la discussione nella sua interezza. Senza le fatiche dell’amanuense computerizzato, l’iter di questa pubblicazione sarebbe certo stato assai più lungo e disagiabile.

PARTE PRIMA

RELAZIONI

Saluto ai partecipanti

Come direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche che organizza questa Giornata di studi curata dal collega professor Manzin, ho il piacere di dichiarare aperta la prima seduta di questo incontro e, naturalmente, ho il gradito dovere di ringraziare tutti gli amici e colleghi che hanno voluto onorarci con la loro partecipazione a quest'importante iniziativa, su un tema destinato inevitabilmente a ricongiungere i "pratici" ai "giuristi di scuola". Un rapporto, del resto, che nell'Università è sempre stato fecondo di risultati, ed anzi, nella tradizione degli studi giuridici è sempre stato alla base di qualsiasi inquisizione: rapporto che, quando s'interrompe, non può che nuocere agli uni ed agli altri. Diciamo che non può non nuocere alla dimensione stessa del diritto: alla "prospettiva", come l'ha chiamata un vecchio amico che farà qui oggi visita, "processualistica del diritto"¹. A me tocca di rivolgere il saluto e qualche parola di ringraziamento, e nulla più. Però, poiché a chi rivolge il saluto in genere è concessa qualche stravaganza, mi permetterete di aggiungere qualcosa ai saluti di rito, affinché il sapore di questa Giornata non sia solo quello di un rituale, per cui al direttore di Dipartimento spetta solo di dire qualche buona parola di benedizione per un'iniziativa benefica.

Io sono uno studioso di storia del diritto e credo non sia senza significato che ad occuparsi del processo, ed in particolare del processo penale, in una prospettiva che è senz'altro attuale, sia in questo momento la filosofia giuridica, siano i cultori della teoria generale del diritto, siano i penalisti e siano i pratici, in una prospettiva che è quella

¹ F. CAVALLA, *La prospettiva processuale del diritto*, Padova 1991 [N.d.C.].

della riflessione guidata da una preoccupazione che non è solo di politica del diritto. Non semplicemente una riflessione in chiave di “ultima cronaca del giorno”, ma una riflessione che cerca di guardare lontano. Io so bene che proprio alla cultura giusfilosofica nel nostro Paese si deve la riflessione sul problema del processo e della responsabilità del giudice. Penso non solo all’ambito degli studi sul processo civile, ma anche a quelli sul processo penale, a quanto ha fatto in un lungo torno di anni un grande maestro del pensiero giusfilosofico, con il quale ho avuto anche la ventura di collaborare, come Alessandro Giuliani, insieme a Nicola Picardi, uno dei nostri migliori processualisti. Penso ad una riflessione che, partendo dai problemi di oggi, tornava necessariamente indietro, al formarsi dei due grandi modelli del processo, che Giuliani chiamava, da una parte, “modello isonomico” e, dall’altra, “modello asimmetrico”.

Il primo è quello che noi evochiamo quando, nel titolo di una Giornata di studio come questa, evochiamo il problema della “terzietà”: il modello isonomico è quello che si richiama all’isonomia, non semplicemente come ideale astratto di eguaglianza, ma come realizzazione concreta dell’equidistanza (o della terzietà, o dell’eguale sottomissione) di chi “dice il diritto” insieme alle parti; della necessaria sottomissione al diritto di chi deve trovare la verità, mettere in rapporto diritto e verità, pena e verità.

Allora, il modello isonomico da una parte, il modello asimmetrico dall’altra. Quest’ultimo è quello in cui il giudice assume una funzione particolarmente attiva: è il modello del processo inquisitorio, con la sua lunga storia, che ha le sue radici in un primo moto di scientificizzazione del processo, di uscita dal processo su basa ordalica, nell’età intermedia, con il desiderio di accostare prima, ed identificare poi, logica e diritto, con la prima preoccupazione della rappresentazione e della tutela di un interesse generale alla sicurezza, al mantenimento dell’ordine, alla punizione dei delitti. *Ne delicta maneat impunita*. Il modello asimmetrico, che si origina con il processo inquisitorio, è quello che noi conosciamo, perché è

stato molto studiato: modello caratterizzato dalla procedura scritta, dall'*arbitrium* (che non è la stessa cosa della discrezionalità), dal segreto, dall'uso della tortura giudiziaria come mezzo di prova, ma anche, paradossalmente, come mezzo di garanzia per l'inquisito, che supera la terribile prova della tortura ed è purgato da ogni sospetto, da ogni indizio. Insomma: un modello squilibrato, si direbbe, ma che è servito ed ha funzionato. Anzi: ha funzionato talmente bene che è durato moltissimo tempo e in qualche modo proietta ancora la sua ombra sulla realtà presente. Che appare anche a noi ancora asimmetrica, qualche volta eccessivamente asimmetrica, soprattutto nel penale.

Che dire? C'è una storia che pesa, ci sono dei modelli dottrinali che pesano, molto prima che il legislatore si arrogasse il potere di decidere come si procede e che cosa sia reato. Prima è spettato alla dottrina di disegnare non l'ordine del processo, ma l'ordine dei giudizi. Una rigorosa disposizione degli atti del procedere in giudizio, insomma l'*ordo iudicarius*, che si caratterizza sempre più come ordine asimmetrico. In ragione di un rapporto, oggi diremmo, tra politica e diritto, o tra potere e diritto, o tra società e diritto: oggi come allora, cioè come agli inizi di una riflessione giuridica sul processo, soprattutto sul processo penale, sono i fenomeni più turbolenti o più torbidi (chiamateli come volete) degli aspetti sociali a tingere il processo. Non è possibile discutere su queste cose senza pensare ad un rapporto tra diritto e potere. Per questo, se volete, il rapporto tra terzietà e verità, tra processo e pena, anche quando lo si consideri in una chiave così attuale, come si fa con la Giornata di oggi, non può non rinviare ad un antico problema: quello appunto del rapporto tra potere e diritto.

La prima relazione dice "Pena e verità tra modernità e postmodernità". Io mi sono permesso di parlare del premoderno, ma bisognerebbe dire ancora qualcosa sulle origini della modernità, sulle grandi trasformazioni che investono la giustizia penale ed il potere stesso di punire come manifestazione fondamentale del potere. C'è un piccolo

aneddoto, un episodio che mi piace ricordare, e che è tratto da un'opera teorica di un giurista della fine del Cinquecento, che mi ha fatto compagnia per un po' di tempo negli studi. È un episodio che richiama una vecchia questione, che i giuristi dell'età intermedia conoscevano bene: quella del giudice testimone. La dottrina processualistica dell'età intermedia è naturalmente ossessionata dal problema del rapporto tra giudice e testimone. Il testimone non deve mai assumere il posto del giudice: la testimonianza deve supplire nel fatto; al testimone non è mai concesso di mettersi al posto del giudice; non è ammesso che egli partecipi in qualche modo al giudizio se non nella misura in cui può riferire un fatto e, appunto, soccorrere il giudice in questo senso. Il giudice non può ricostruire la verità se non per mezzo di testimonianze che richiamino esclusivamente il fatto. Quindi il giudice acquisisce testimonianze che vengono date su ciò che è stato visto, ascoltato, sentito, ma nulla di più. Al tempo stesso i giuristi dell'età intermedia sono molto preoccupati che il giudice non assuma la funzione del testimone: qualora il giudice abbia assistito egli stesso alla consumazione del delitto non potrà giudicare, ma dovrà scendere dal banco del giudice per passare a quello del testimone, e lasciare ad altri il giudizio e la valutazione della sua testimonianza.

Questa radicale distinzione di ruoli attraversa tutta la dottrina dell'età intermedia. Nel tardo Cinquecento, alle origini della modernità, un vecchio giurista riferisce un episodio curioso: non un giudice qualsiasi, ma il giudice supremo, il Re di Francia, in un certo momento della storia di Francia, è testimone di un delitto capitale. O meglio: riferisce ai suoi giudici di avere colto in flagranza di reato punibile con la morte un cortigiano. Il Re non vuole però dire qual è il delitto, e chiede solamente che il colpevole sia condannato sulla sua parola. I giudici si rifiutano di emettere una sentenza di condanna perché non hanno una testimonianza: chiedono, cioè, al Re di scendere dal banco del giudizio supremo e di testimoniare. Di sottoporsi, quindi, non semplicemente alle procedure, ma di prestare giuramento assertorio: cioè,

chiedono al potere stesso di sottomettersi al diritto e alle forme del diritto. Cosa che il Re non vuol fare, perché la sua coscienza non può essere costretta: il giuramento è una specie di tortura, una *forma* della tortura. Un suo consigliere, molto esperto (non ne mancano mai! Anzi, ai giorni nostri pare che pullulino, ma c'erano anche allora) poiché i giudici resistono, poiché il diritto in quel momento si erge come limite alle pretese del potere, poiché neppure il potere può cambiare l'ordine dei giudizi, un consigliere esperto – dicevo – consiglia al Re di non turbare il popolo con quella novità di un giudizio penale dato contro la coscienza dei giudici e contro le forme del diritto, ma di lasciare che passi almeno il giorno. Infatti di notte il disgraziato viene affogato nel fiume.

Questo episodio mi è sempre parso non solo contenere i due paradigmi di una giustizia alla luce del sole e di una giustizia ingiusta, ma soprattutto contenere una metafora, che è appunto quella contrapposizione, così tipica nell'età moderna, tra una giustizia alla luce del sole, che è quella che deve seguire le forme del processo, e l'altra: una giustizia notturna, che si manifesta all'inizio dell'età moderna in questo modo. Insomma, con un uso spregiudicato del potere che di notte, al buio, quando nessuno vede, quando nessuno può manifestare dissenso, agisce per via "politica" (non so come chiamarla, forse si può dire così). Si tratta di un dissenso tra potere e diritto che ci siamo trascinati dietro sino ai nostri giorni, seppure in una situazione così cambiata come quella odierna. Certo: che la giustizia, e soprattutto la giustizia penale, torni di nuovo ad assumere un aspetto in qualche modo vagamente notturno, è cosa che non può non inquietare.

Da storico ho questo vizio di considerare i problemi del presente sempre alla luce di quanto l'esperienza ha in qualche modo mostrato (non insegnato, ma mostrato) per mettere in rapporto cose solo apparentemente lontane, ma legate da fili che sta a noi tendere per sentire ancora qualcosa di quella esperienza. E queste sono stravaganze che possono essere consentite ad uno storico che, per una volta, ha la ventura di prendere la parola non in quanto storico, ma in

DIEGO QUAGLIONI

quanto direttore di Dipartimento, ad un convegno che invece deve parlare di cose molto più vicine a noi, molto più attuali. Ma ho l'impressione che valga la pena di esercitare questa riflessione per mezzo della memoria.

Spero che non mancheranno, anche nelle relazioni che sono previste, spunti di questa natura, esercizi di riflessione che partano necessariamente dall'esistenza di una tradizione, perché è ciò di cui abbiamo bisogno nella nostra percezione del presente. Chiedendovi perdono per queste divagazioni, darei la parola per la vera introduzione al collega Maurizio Manzin, che ringrazio per avere voluto, ideato, organizzato con il solito impegno e con la intelligenza che gli riconosciamo tutti, questa Giornata di studio.

(D. Q.)

Presentazione della Giornata di studio

Ringraziamenti

Nel salutare i convenuti, mi corre l'obbligo e il piacere di ringraziare in primo luogo quanti hanno reso possibile questa Giornata di studio:

- il direttore del Dipartimento e tutto il personale, con in testa la signora Carla Boninsegna, per la pronta disponibilità e l'efficienza con la quale hanno sostenuto l'iniziativa lungo tutto il suo iter;

- il Preside, che ha seguito con vivo interesse e partecipazione i lavori preparatori, nella immaginabile congerie delle attività che quotidianamente affliggono i poco invidiabili titolari di questa funzione;

- i Consigli dell'Ordine degli Avvocati di Trento, Rovereto e Bolzano e i loro Presidenti avvocati Larentis, Ballardini e Boscarolli, che hanno co-patrocinato il convegno sensibilizzando i loro soci. Uno speciale ringraziamento agli avvocati Bertuol di Trento e Apuzzo di Bolzano, che hanno personalmente coinvolto i colleghi delle camere penali con telefonate, fax e "passaparola" durante le udienze;

- il collega ed amico Lorenzo Picotti, assieme ai colleghi penalisti Fornasari, Melchionda e Fondaroli. In particolare, a Lorenzo e alla sua esperienza debbo i consigli e gli aiuti che mi hanno consentito di coinvolgere studiosi autorevoli quali i professori Pavarini ed Eusebi; a Gabriele devo illuminanti discussioni sulla pena con le quali, l'ho, è il caso di dirlo, tormentato;

- i relatori, che con generosità e passione si sono prestati a dare orecchio al filosofo del diritto e a lasciarsi

coinvolgere in questa discussione, accettando un invito rivolto in tempi oltretutto ristretti. Con il dott. Nordio sono legato da amicizia e stima risalenti al tempo delle sue conferenze veronesi, e lo ringrazio per aver accettato di sostenere la garbata “provocazione” del pomeriggio;

- *last but not the least*, il dott. Palestra, Presidente del Tribunale di Trento, resosi subito e cortesemente disponibile a “scendere nella fossa dei leoni” in rappresentanza, per così dire, del ceto giudiziale e delle sue ragioni.

Ai miei saluti di benvenuto si unisce il collega Giovanni Orrù, trattenuto contro il suo desiderio da un’indisposizione della quale mi ha dato ieri notizia, rammaricandosi per la forzosa assenza.

Occasione e natura dell’iniziativa

Come tutti loro avranno visto, questa Giornata di studio ha, volutamente, due “anime” (o due “teste”, se si preferisce, in omaggio ai trascorsi imperial-regi della città che ci ospita): una propriamente *teorica*, ed è quella occasionata dalla pubblicazione del volume di Autori Vari *Pena e riparazione* ora uscita per CEDAM, che qui andiamo a presentare. Si tratta del 2° volume della collana “Cultura moderna e interpretazione classica”, diretta dal professor Francesco Cavalla, nata espressamente per raccogliere i contributi di tutti quegli studiosi che, a diverso titolo di provenienza e di funzione, collaborano con l’Istituto di Filosofia del diritto di Padova.

Questo secondo volume monografico ci offre lo spunto di ripensare il concetto di pena nelle sue strutture teoriche e funzionali secondo diverse prospettive: da quella cosiddetta “classica” del Carrara, a quella “positiva” del Lombroso, del Ferri, del Grispigni, ai vari orientamenti della “Nuova difesa sociale”, alle posizioni del Baratta, sino alle più recenti teorie neo-retribuzioniste, che tentano di rispondere a una serie di quesiti fattasi più che mai urgente nella post-modernità: *che ne*

è della pena? che ne è del reo? che ne è dell'offeso? Questi termini designano ancora concetti univoci e dotati di un buon profilo epistemico, nell'età della polverizzazione pulsionistica e del "pensiero debole", che riduce ogni discorso a mera persuasione e ogni concetto alla coerenza relativa e circoscritta del "gioco linguistico" (come direbbe Wittgenstein)?

Questa, dunque, la prima "anima" o "testa" del convegno. La seconda ha invece contenuti maggiormente prammatici, finalizzati a rendere conto di un principio elementare di civiltà giuridica: quello della "terzietà" del giudice rispetto alle parti.

Soprattutto in una visione classica del ragionamento giudiziale (come quella abbracciata da chi vi parla), ispirata alla "veneranda e terribile" dialettica tracciata da Platone, Aristotele, Cicerone, Vico e altri ancora, la determinazione della verità processuale è possibile solo a condizione che un "terzo" possa giudicare le ragioni dei discorsi che le parti (offensore e offeso) offrono al suo ragionamento logico, mediando ciò che è comune ed espellendo le contraddizioni, e dunque proferendo un discorso (il *giudizio*) che le parti non possono rifiutare per la sua incontrovertibilità logica, prima ancora che per la sua autorità istituzionale.

Come è ormai noto a tutti, non fosse che per le recenti e tormentate vicende referendarie, uno dei modi "operativi" che vengono suggeriti, quando non apertamente caldeggiati, per favorire lo specchiarsi di questo principio della "terzietà" nella concreta prassi giudiziale, è quello della cosiddetta "separazione delle carriere", sul quale le posizioni sono controverse e per il quale abbiamo invitato sostenitori, credo, di opposte teorie. Dal loro controvertere cercherò di trarre dialetticamente (ancora una volta) argomenti e ragioni, mostrando così la necessità del dialogo rigoroso come coesistente e coesistivo alle nostre singole soggettività, secondo l'insegnamento a me particolarmente caro di Sergio Cotta.

Finalità

Dunque, se le due “teste” dell’aquila araldica sono rappresentate dalle due sessioni, l’intendimento rimane unico: offrire la possibilità di riflettere intorno ad alcuni punti fondamentali dell’esperienza processuale, nella convinzione che questa costituisce il fulcro dell’esperienza giuridica nel suo complesso. Il *processo*, dico, e non le *norme* o le *azioni tipiche*, perché le une e le altre assumono senso solo nella coscienza del giudice e solo nel momento del giudizio, al quale sono sin dall’origine finalizzate. *La struttura dell’esperienza giuridica è struttura processuale* per motivi teoretici non meno che storici, con buona pace degli imperativismi legalistici.

Ecco perché, nella nostra discussione, si cercherà il conforto e il confronto con chi, all’esperienza processuale, è istituzionalmente e professionalmente preposto: *magistrati* e *avvocati*.

Mi piace, al riguardo, ricordare che questo Dipartimento e questa Facoltà si sono sempre distinti nel promuovere in ogni modo il rapporto e la familiarità con le professioni legali, cercando costantemente il loro coinvolgimento nelle iniziative sia didattiche che di ricerca propriamente detta. In esse si trovano, né potrebbe essere diversamente, i nostri interlocutori naturali; ad esse saranno destinate le giovani generazioni che qui cerchiamo di formare secondo un’autentica educazione giuridica, prima e più ancora che mediante l’apprendimento delle pur necessarie tecniche.

Sono certo che, per merito degli illustri ospiti, questa Giornata di studio saprà rispondere a tutte le aspettative, e certamente alle mie, coinvolgendo “teorici” e “pratici” in una discussione “alta”, garantita nella sua qualità dal valore scientifico e professionale dei relatori e degli interventori.

In piena corrispondenza, peraltro, con l’aspirazione e la funzione principali e originarie dell’Università – istituzione che non può esser confusa banalmente con un’azienda, neppure pubblica. Questo è lo scopo che, pur fra mille difficoltà spesso

PRESENTAZIONE

indipendenti dal nostro volere, si cerca, direi con amore, di perseguire.

Grazie e buon lavoro a tutti.

(M. M.)

Laura Palazzani

**PENA E VERITÀ TRA MODERNITÀ E
POSTMODERNITÀ:
A PROPOSITO DI UN LIBRO RECENTE ***

Riferirsi alla “verità” riflettendo sulla funzione del diritto e della pena può apparire un discorso obsoleto, fuori moda: suona come un riferimento carico di ambivalenza, destinato a suscitare equivoci e fraintendimenti a causa dell’incertezza dei confini, della polisemia del termine, che in ogni epoca e pensiero filosofico è stato formulato, compreso e significato in modi diversi. Il richiamo alla “verità” suscita diffidenza e scetticismo, evocando o l’affermazione dogmatica o la negazione nichilistica. Ma è ancora possibile oggi parlare di verità? Come si è sviluppato il discorso sulla verità tra modernità e postmodernità? Quali sono le implicazioni nell’ambito della filosofia della pena? È questo il nodo problematico, affrontato nel testo curato da F. Cavalla e F. Todescan *Pena e riparazione*, che ne costituisce il filo conduttore, seppur diramandosi e seguendo percorsi e temi diversificati.

Se con l’espressione “*modernità*” (il sostantivo astratto dell’aggettivo “moderno”) non si indica un’epoca storica (l’epoca cronologicamente successiva all’antichità classico-medievale), bensì un orizzonte epistemologico, si potrebbe individuare, in sintesi, la *modernità* con la *pretesa di oggettivazione e di oggettività del vero*.

* F. CAVALLA, F. TODESCAN (a cura di), *Pena e riparazione*, Cedam, Padova 2000.

La modernità coincide con la secolarizzazione e la laicizzazione della ragione umana: la cifra della modernità è individuabile nel principio di immanenza¹. La negazione della trascendenza e del senso dell'Intero nel riconoscimento dell'ordine finalistico nella natura, porta a concepire la realtà come fattualità empirica, che chiede di essere conosciuta come è (un mero insieme di corpi estesi che si muovono nello spazio, casualmente o causalmente), che non esige alcuna giustificazione, nella pretesa di essere sufficiente a se stessa. L'uomo, individuo razionale (considerato, astrattamente, quale individuo irrelato e asociale), posto di fronte alla realtà meccanicisticamente intesa, si sente in grado di conoscere tutto: la razionalità umana, emancipata dall'ordine dell'Intero, pretende di dare ordine al mondo rimodellandolo, oggettivando il sapere, nel tentativo di "esibire" la verità e il fondamento incontrovertibile della verità².

È questo l'obiettivo del sapere scientifico che pretende di quantificare e matematizzare la natura: ma anche del sapere filosofico e giuridico, che ambisce alla sistematizzazione ordinata dei concetti, alla deduzione analitica della e dalla verità, alla costruzione di un'assiomatica per la prassi umana. L'estensione della razionalità scientifica e matematica all'etica e al diritto si delinea nel progetto dell'*homo faber* che, affidandosi alla ragione (nella quale si risolve la natura umana e lo stesso diritto naturale, inteso come diritto di ragione), pretende di elaborare un più o meno compiuto sistema assiologico: a partire da principi immutabili ed eterni, la ragione deduce organicamente e gerarchicamente codici di norme universalmente riconoscibili (in quanto perfettamente razionali), in base ai quali intende progettare una trasformazione della natura. In questa direzione si comprende il

¹ F. D'AGOSTINO, *La giustizia tra moderno e postmoderno*, in *Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 1996, p. 125.

² J. HABERMAS, *Il discorso filosofico della modernità*, tr. it., Laterza, Roma-Bari 1991. Habermas, come è noto, identifica la modernità con il progetto di autofondazione della soggettività.

passaggio dal giusnaturalismo moderno al positivismo giuridico: nella pretesa di codificare e positivizzare il diritto naturale inteso come diritto della ragione umana (riconosciuto come anteriore alla volontà legislatrice) si è finiti con l'identificare il diritto, esclusivamente, nel diritto positivo (emanato dalla volontà legislatrice), dimenticando la premessa naturalistico-razionalistica. La concezione monodimensionale del diritto moderno nel giuspositivismo evidenzia l'orientamento del pensiero giuridico che dal riconoscimento dell'assolutezza della ragione umana scivola verso il riconoscimento dell'assolutezza della volontà politica.

Nell'ambito del diritto penale, la pretesa oggettivante della modernità, si esplica nella ricerca del controllo sociale, nel tentativo di “preservare gli spazi ordinati” della struttura sociale, ove sia tutelata l'autonomia in una sorta di “scacchiera ordinata, in cui come alfiere, torre o semplice pedone, l'uomo moderno può muoversi secondo una serie di possibilità prestabilite ed inderogabili”³, con risposte puntuali nella prassi penalistica codificata positivamente.

In questo senso possono considerarsi “moderne” alcune teorizzazioni della pena (riconducibili a Scuole di pensiero) che, benché si siano riproposte in epoche storiche diverse, della modernità rispecchiano la pretesa epistemologica di oggettivare la funzione della pena. Si tratta delle teorie della prevenzione generale e speciale (riconducibili alla Scuola positiva) e della teoria retributiva (riconducibile alla Scuola classica): tali teorie, nell'ambito del pensiero della modernità, hanno offerto dei modelli della pena, sulla base di presupposizioni e strutture, ben evidenziate, oltre che criticamente discusse, nel testo⁴.

³ F. ZANUSO, *La concezione retributiva fra modernità e postmodernità. Dalla tutela giuridica al “limiting retributivism”*, in *Pena e riparazione*, p. 128.

⁴ F. CAVALLA, *La pena come riparazione. Oltre la concezione liberale dello stato: per una teoria radicale della pena*, in *Pena e riparazione*, p. 1 e ss.

La teoria della *prevenzione generale* si iscrive nella concezione individualistico-utilitarista. Presupposto che l'individuo sia determinato dagli istinti nella ricerca del piacere, della gioia, della felicità, evitando e annullando dolore, sofferenza, infelicità; presupposto che l'individuo (astrattamente irrelato) agisca per interessi egoistici individuali (mediante il calcolo costi/benefici, ossia la minimizzazione dei costi e la massimizzazione dei benefici), la concezione della prevenzione generale legittima il diritto e la pena nella misura in cui tutelano la convenienza sociale (dei più). In questo senso il sistema di norme è rafforzato dal sistema delle pene/minacce di punizioni per disobbedienze a norme (sistemi che dovrebbero essere noti e tutti), con il preciso scopo, mediante la minaccia della pena e la correlativa paura della sofferenza, di distogliere e disincentivare il reo producendo una contro-motivazione a perseguire l'utile individuale, nella misura in cui danneggia l'utile sociale. La pena e la minaccia della pena costituiscono una sorta di sistema di contro-spinte che riequilibrano l'utile sociale complessivo. La disobbedienza alla legge non è un male in sé (anzi, il soggetto non sarebbe riprovevole se nella ricerca del proprio bene commettesse un male): la punizione (caratterizzata da una struttura determinata e afflittiva) di infrazioni commesse (il presupposto oggettivo è che sia stato commesso il comportamento che viola la norma) e la minaccia per possibili infrazioni future (il presupposto soggettivo è l'esemplarità intimidatoria della pena), è motivata dalla prevenzione di futuri illeciti, per preservare l'utile della generalità dei consociati.

La teoria della *prevenzione speciale* si iscrive in una concezione empiristica (psicologico-sociologica). Partendo dalla presa d'atto empirica che l'uomo si organizza in società, ove è ineliminabile la devianza o il disturbo e ove è possibile diagnosticare e neutralizzare i fattori di devianza e di disturbo, il diritto e la pena sono giustificati in quanto funzionali alla conservazione dell'organizzazione sociale, prevedendo ed eliminando le devianze. La funzione della pena, in questo

contesto, è quella di prevenire o di impedire a soggetti determinati (individuati mediante “indici di antisocialità”) la commissione futura di infrazioni del sistema normativo (presupposto oggettivo non è solo l’infrazione, ma anche l’inclinazione o la presumibile inclinazione a infrangere le norme), mediante un sistema di punizioni (caratterizzate da una struttura indeterminata, afflittiva e risocializzante): scopo della pena è l’intimidazione (psicologica), ossia la disincentivazione alla commissione di reati futuri (producendo un meccanismo psicologico di contro-motivazione alla disubbidienza) o la difesa sociale, ossia la prevenzione di reati futuri (dalla rilevazione della pericolosità e della frequenza statistica dei reati). Un caso specifico della prevenzione speciale, è la teoria dell’emenda o della rieducazione: presupposta l’esistenza e la conoscibilità di un sistema assiologico, oltre che la rieducabilità di chi ha commesso un male (presupposto oggettivo della pena è il comportamento malvagio; presupposto soggettivo la correggibilità del reo), il diritto e la pena sono giustificati (nella struttura afflittiva e indeterminata) sulla base della finalità a produrre una rigenerazione interiore, un pentimento e un’esplicita rinuncia a commettere altri reati.

La *teoria della retribuzione* si iscrive in una concezione etica oggettiva. A partire dal presupposto che “esista un sistema assiologico di regole, certamente valido, il quale, salvo eccezioni particolari, è conoscibile da tutti i membri del corpo sociale, rimanendo ognuno libero di attenderlo o disattenderlo”⁵, presupposta dunque l’esistenza e la conoscibilità (di principio) di ciò che è bene e male oggettivamente, oltre che la possibilità per l’uomo di scegliere il bene o il male (dunque la libertà), il diritto penale è giustificato nella misura in cui punisce un comportamento determinato (presupposto oggettivo è la violazione della norma del sistema assiologico predefinito), imputabile (presupposto soggettivo è la rimproverabilità del soggetto libero consapevole), con un sistema di punizioni (caratterizzate da

⁵ *Ibidem*, p. 7.

una struttura determinata, afflittiva e proporzionale). Lo scopo della pena è quello di ristabilire l'equilibrio assiologico, turbato dalla commissione di un'azione malvagia, mediante la commisurazione proporzionale e determinata (in quantità e qualità) dell'entità della pena alla gravità del reato secondo giustizia (la commisurazione materiale coincide con la legge del taglione, nel far patire la stessa sofferenza fisica che il reo ha provocato; la commisurazione antropologica mira invece a provocare la sofferenza agendo sulla limitazione della libertà). A questo ambito è riconducibile il pensiero hegeliano, che interpreta la funzione della pena come una "lesione della lesione", nel tentativo di ristabilire il diritto violato dall'azione criminale "togliendo" (ossia superando) la lesione da esso prodotta (è questa la concezione che S. Fuselli ritiene sia riferibile alla concezione astratta del diritto, ossia ad un modo intellettualistico di intendere la pena nel contesto della dialettica hegeliana)⁶.

L'analisi filosofica (condotta da F. Cavalla)⁷ dei presupposti e della struttura delle teorie prevenzionistiche (generali e speciali) e retributivistiche mira a mostrare che tali teorizzazioni (nonostante siano state formulate in epoche diverse) siano, di principio, "moderne", nella misura in cui pretendono l'oggettivazione della verità. Le teorie prevenzionistiche (riconducibili alla Scuola positiva), a partire da una concezione empiristico-evolutiva della società (secondo la quale la società muta per la conservazione e l'adattamento della specie) e da una concezione deterministica dell'uomo (in base alla quale il comportamento dell'uomo è condizionato da fattori esterni, quali la ricerca dell'utile o la conservazione dell'organizzazione sociale), mirano, sulla base di parametri empirici (la pericolosità dell'autore e l'individuazione dei comportamenti dannosi), a prevenire e a neutralizzare

⁶ S. FUSELLI, *Hegel come critico della retribuzione*, in *Pena e riparazione*, p. 203 ss.

⁷ F. CAVALLA, *La pena come riparazione. Oltre la concezione liberale dello stato: per una teoria radicale della pena*, cit., pp. 6-51.

comportamenti e inclinazioni, in senso terapeutico-eliminativo. La teoria retribuzionista (riconducibile alla Scuola classica), a partire da una concezione assiologica oggettiva (ossia, dalla conoscibilità e dalla codificabilità di principi e valori universali) e a partire dal riconoscimento dell'uomo come soggetto libero (non determinato empiricamente), mira, sulla base di parametri etici (la colpevolezza dell'azione, tassativamente e oggettivamente malvagia), a punire i comportamenti in senso afflittivo.

Attraverso percorsi diversi, entrambi gli orientamenti della modernità convergono, sul piano giuridico, su posizioni giuspositiviste. La Scuola positiva riduce esplicitamente il diritto penale a diritto positivo: la Scuola classica, partendo da una premessa giusnaturalistica (ove il reato è considerato la violazione di una norma giusta, anche se non espressa da una volontà positiva), nella misura in cui pretende di codificare tutte le norme, ritorna, in qualche modo, allo statualismo positivista. Il diritto penale, nella visione moderna, finisce con l'essere identificabile con il diritto posto dall'autorità sovrana, con finalità preventive (in vista dell'utile generale o della conservazione sociale) o con finalità retributive (in vista dell'afflizione della malvagità).

Nell'analisi di tali teorizzazioni oggettivanti della pena, condotta acutamente nel testo, emergono due elementi critici. In primo luogo (con particolare riferimento alle teorie prevenzioniste) la commisurazione della pena su finalità estranee al diritto (o comunque secondarie e aggiuntive, quali l'utilità sociale, la pericolosità, l'intimidazione o la rieducazione) apre la strada ad un possibile uso arbitrario del diritto: le pene potrebbero essere rafforzate, incrudelite e prolungate o, al contrario, indebolite, umanizzate e abbreviate (rispetto alla gravità dell'atto) per ottenere un effetto preventivo, intimidatorio o pedagogico. Con la conseguente depenalizzazione di reati gravi non frequenti o non esemplari, e l'eccessiva penalizzazione di reati non gravi ma frequenti o esemplari; o anche, con la punibilità di soggetti solo perché

ritenuti pericolosi (anche se non hanno commesso un reato) o la non punibilità di soggetti colpevoli, perché non pericolosi o non rieducabili. Il possibile uso arbitrario della pena mette in evidenza l'affermarsi sempre più forte del potere, che non riconoscendo limiti oggettivi (intrinseci), tende all'esaltazione di sé: in un certo senso, la pretesa di "esplicazione" del fondamento della pena nella modernità "conduce alle estreme conseguenze quanto la concezione medioevale del diritto ('penale') aveva predisposto: facendo ricorso ad un succedaneo del 'volere' di Dio, il volere del Sovrano (...), l'uomo si sente spinto a studiare gli effetti della pena come epifania di un potere"⁸. La pena tende a divenire mera forma (del potere), svuotandosi di contenuto (giuridico).

Ma la critica di fondo mossa nei confronti delle teorie "moderne" della pena è la critica che emerge, a più riprese nel testo, contro la modernità: la matrice comune alle teorie moderne della pena è individuata da F. Cavalla nel "razionalismo" moderno: "l'uomo si arroga di avere a disposizione premesse prime evidenti (in realtà: non dimostrate) da cui sarebbe in grado di derivare verità certe e norme certamente valide"⁹. La pretesa di razionalizzare il principio primo cade in una contraddizione irresolubile: l'Intero, il principio primo e originario non si dà né può essere oggetto di pensiero, essendo inoggettivabile. Chi pretende di possedere in modo assoluto le conoscenze prime, da cui derivare nozioni certe, non riesce a rispondere all'interrogativo, che si riaprirebbe all'infinito, sul fondamento delle conoscenze prime. La pretesa di "esibire" un sapere assoluto, sia sul piano fisico che metafisico, non è dimostrabile: "non si può attribuire a nessun sistema di regole, ideale o positivo, una validità assiologica definitiva e irrefragabile"¹⁰. La "continua ricerca

⁸ D. VELO DALBRENTA, *Il diritto penale al cospetto di Dio. Riflessioni sulle teoriche della retribuzione divina*, in *Pena e riparazione*, p. 359.

⁹ F. CAVALLA, *La pena come riparazione. Oltre la concezione liberale dello stato: per una teoria radicale della pena*, cit., p. 32.

¹⁰ *Ibidem*, p. 35.

della norma giusta deve passare dalla costruzione e dalla valutazione delle sue specificazioni storiche”¹¹, ossia dal diritto positivo o dalla critica costante delle stesse norme positive¹².

Ma se la cifra della modernità è l’oggettività del vero, il pensiero “postmoderno” decreta il *tramonto dell’oggettività e il trionfo della relatività*. Con l’espressione “postmodernità” non si indica la posteriorità storica, ma semmai la posteriorità logica alla modernità: il postmoderno mostra la crisi irreversibile del progetto della modernità, ossia dell’infondatezza e dell’infondabilità dell’idea stessa di costruire un progetto globale, fondazionista, unificante, assiomatico, codificato. Il pensiero postmoderno sfugge da qualsiasi discorso sui principi, ritenendo impossibile “pensare principi e valori, non solo eterni, ma anche semplicemente costanti, ‘transsituazionali’, capaci cioè di agire in situazioni diverse nel tempo e nello spazio”¹³. Nel postmoderno manca una presa di posizione sui principi universali, sulla natura dell’uomo: manca l’ontologia, l’antropologia, la giustificazione del diritto e della pena. La cifra del postmoderno si racchiude nel “contingentismo” più radicale, nella perdita di fiducia nell’oggettività del sapere: tutto è provvisorio, fenomenico, accidentale, mutevole; nulla è necessario, sostanziale, permanente, stabile.

La natura è considerata un insieme casuale e complesso, plurale e frammentato di fenomeni, di eventi e di accadimenti

¹¹ *Ibidem*, p. 36.

¹² In questo senso nella modernità il processo assume una valenza peculiare: la fiducia nella possibilità della ragione di pensare la verità in uno sguardo onnicomprensivo e inglobante e di rappresentare (anche metaforicamente, mediante il linguaggio) oggettivamente, sistematicamente e completamente il reale, porta a credere alla corrispondenza speculare tra pensieri, parole e fatti. In questo senso la modernità crede fermamente alla produzione di verità nel processo, intesa nel senso di produzione di “certezza” mediante il rispecchiamento dei fatti nelle parole, la possibilità di accertare la coerenza delle parole e la verificabilità dei fatti (nell’assunzione del principio di non contraddizione e del principio di verificazione, intesa nel senso di immaginare di poter ripetere la medesima esperienza descritta).

¹³ *Ibidem*, p. 63.

situazionali e puntuali: l'uomo stesso è un fascio di fenomeni, un mero aggregato di proprietà e una serie di atti irrelati, senza un principio sostanziale di unificazione e di permanenza dell'essere. Non si può andare oltre la contingenza: la ragione umana si limita a prendere atto di ciò che accade, nel momento in cui accade, anzi, nel momento in cui osserva ciò che accade, nella sfiducia di poter cogliere qualcosa oltre il fatto, nella convinzione che il fatto non rinvia ad altro che a se stesso, non rinvia a nulla né di precedente, né di seguente, né tantomeno di ulteriore.

La sfiducia nella capacità di oggettivazione del vero e il conseguente tramonto delle "grandi narrazioni", ossia dei sistemi filosofici totalizzanti della modernità, porta alla presa d'atto dell'inconciliabile frantumazione del politeismo etico, nella convinzione che ogni sforzo (peraltro teoricamente improbabile) di tentare l'unificazione delle plurali visioni valoriali, radicalmente individuali, non sia nemmeno auspicabile, in quanto uniformante e omologante, dunque repressivo e impersonale. Ogni visione assiologica soggettiva va accolta, passivamente tollerata e indifferentemente legittimata nei suoi contenuti, nel momento stesso in cui si manifesta, sempre e comunque (incondizionatamente), in modo equivalente rispetto a qualsiasi altra, in quanto autoreferenziale e ingiudicabile.

In questo senso il diritto si svuota di contenuti sostanziali: il diritto si riduce o a normatività (traducendo formalmente la volontà normativa) o a effettualità (registrando la prassi sociale o giudiziale) o a funzionalità sociale (adeguandosi agli interessi dei più) o a procedura (negoziando e continuamente rinegoziando sempre nuovi accordi sociali). In questo contesto, la pena è auspicabile (anche se non giustificata né giustificabile) per la possibilità di produrre conseguenze preferibili, utili e funzionali alla società, al convivere sociale: la pena assume una configurazione polivalente (ora general-preventiva, ora special-preventiva, ora retributiva) non per ragioni di principio (oggettive e oggettivabili), ma per scopi

pratici immediati, per “porre argini, più o meno convenzionali al dispiegarsi dell’arbitrio soggettivo, di cui però non si sa o non osa indicare l’origine e la consistenza”¹⁴.

Ritornano le concezioni delle Scuole e le teorizzazioni precedenti, ma in un orizzonte epistemologico diverso, in una versione, appunto, postmoderna: il neo-prevenzionismo (che parla di prevenzione generale “integrata”, di “non ulteriore desocializzazione”) mira a assicurare (anche solo momentaneamente), mediante le pene, la maggioranza sociale turbata; il neo-retribuzionismo (nelle diverse versioni, tra le quali il “limiting retributivism”, analizzato da F. Zanuso) intende canalizzare le esigenze irrazionali di vendetta ed omogeneizzare le risposte sanzionatorie. La pena, insomma, dovrebbe reprimere le condotte che ai più appaiono riprovevoli, per prevenirle, persuadere all’osservanza più che minacciare (i potenziali devianti), con un effetto intimidatorio connesso a un effetto pedagogico, allo scopo di conservare ed aumentare la coesione sociale. La pena in assenza di concetti e criteri sostanziali (quali illiceità, dannosità, pericolosità), nella prospettiva di un diritto che prescinde da ogni tipo di essenza, natura, realtà stabile, in un orizzonte di destrutturazione e di antiprogettualità, relativista, minimale e pragmatico, non può che essere un “diritto penale minimo”¹⁵.

La pena è cioè ridotta ai minimi termini: la pena è ammessa solo nella misura in cui minaccia chi non ha ancora deviato o punisce chi, avendo deviato, resiste; altrimenti la pena è annullata e sostituita dalla “clemenza” per chi desiste (o

¹⁴ F. ZANUSO, *La concezione retributiva fra modernità e postmodernità. Dalla tutela giuridica al “limiting retributivism”*, cit., p. 167.

¹⁵ Nel testo è più volte citata la prospettiva garantista di Ferrajoli (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari 1989), che nell’intento di proteggere la libertà individuale nel più alto grado per maggior numero, propone un “diritto penale minimo”, quale strumento per tutelare diritti soggettivi (non contingenti, anche se storici, quali la libertà) mediante garanzie sostanziali (retributività, legalità, necessità, materialità dell’azione, colpevolezza) e garanzie processuali (accusatorietà, onere della prova, contraddittorio).

per chi può essere incoraggiato a desistere). Del resto ciò che conta, in una prospettiva contingentista, non è la gravità del reato in sé, né la pericolosità o l'esemplarità o la emendabilità del reo, ma l'atteggiamento momentaneo di chi ha compiuto un'azione antisociale rispetto al potere: in altri termini, la quantità e la qualità della pena vanno calibrate sul comportamento *hic et nunc* dell'individuo (se deviante o incline alla devianza, se in atteggiamento di opposizione o di accondiscendenza rispetto al potere): la pena è diversa in rapporto all'individuo, o meglio, al suo comportamento in quel momento e in quella situazione. La pena non può che essere flessibile, variabile, mutevole in base alla rilevazione esterna delle azioni del reo; pertanto non determinabile o predeterminabile né dalla legge, né dal giudice.

In questo senso la pena serve ad accertare e a mostrare che il reo non si oppone al potere: serve a mostrare l'“accordo” tra chi ha disobbedito alla legge e chi la rappresenta, dissuadendolo dal delinquere o persuadendolo a non delinquere. La pena si riduce dunque, proceduralmente, ad accordo. L'accordo non è il riconoscimento comune di principi universali o la rinuncia forzata delle parti, ma il comune e provvisorio riconoscimento (al di là di chi abbia ragione o torto) del proprio ruolo e della propria funzione nella contingenza e provvisorietà della situazione: l'accusato ammettendo la devianza e riconoscendo il potere legittimo; l'accusatore ammettendo che il deviante non è più tale nel momento in cui riconosce la legittimità del potere, cessando la resistenza.

In questo senso, la pena è lo stesso svolgimento del processo (non, invece, l'esecuzione della condanna): pena e processo verrebbero quasi ad essere omologati, quanto allo scopo; nel processo si realizzerebbe lo scopo della pena nella cessazione del conflitto con la deposizione della resistenza da parte del condannato. Anzi, l'esecuzione della pena non sarebbe tanto ciò che si è deciso nel processo, quanto piuttosto il prolungamento del processo stesso: la pena dovrebbe essere

definita nel continuo rapporto tra magistrato e condannato, nella verifica del comportamento esterno, nella consapevolezza che la stessa opposizione è un fenomeno contingente (un fenomeno “di fatto”, non “di principio”).

Del resto (come è messo in luce nel testo) la stessa recente prassi punitiva italiana è, in qualche misura, un’esemplificazione concreta di questa linea di tendenza: sull’entità della pena (ossia sull’effettiva durata della carcerazione del reo) incidono decisioni giudiziali sia prima del processo (con l’eventuale inflizione della custodia cautelare), sia alla fine del processo (con la determinazione della pena nella sentenza), sia dopo il processo (con la possibile concessione di benefici per alleviare la pena, sulla base di criteri, quali la collaborazione, la buona condotta, il pentimento).

Segno di questo orientamento è anche la tendenza ad adottare le c.d. “misure alternative”, sostitutive del carcere (quali, la liberazione anticipata, la semilibertà, la detenzione domiciliare, l’affidamento in prova, l’ammissione al lavoro esterno, la dimissione costante o solo diurna dalla prigione prima della fine della pena, il soggiorno in certe località, la presentazione periodica all’autorità di polizia, lo svolgimento di attività rieducativa e di recupero sociale o quant’altro). Insomma, mediante l’applicazione delle misure alternative, il diritto penale si accontenta di verificare che il condannato, per un periodo determinato, obbedisca ad una serie di prescrizioni particolari e generali per verificare la desistenza (seppur per un tempo limitato) al comportamento antisociale. L’obiettivo delle misure alternative è proprio quello di accertare che il reo rinunci di fatto, in quel momento, ad opporsi al potere. Scopo della pena è quello di “dissolvere al più presto ogni resistenza al potere giudiziario”¹⁶: se la resistenza si dissolve, la pena non ha motivo di esistere. Con ciò nulla assicura che il reo decida di non delinquere più: è una eventualità, non certo garantibile

¹⁶ F. CAVALLA, *La pena come riparazione. Oltre la concezione liberale dello stato: per una teoria radicale della pena*, cit., p. 68.

né garantita dalla pena. Analogamente, in questo orizzonte di pensiero, si comprende in qualche misura il senso dell'istituto del "patteggiamento", quale rito alternativo al processo ordinario, con la possibilità per l'accusa e la difesa di concordare una pena, ponendo termine alla fase dibattimentale, ove il reo può essere condannato senza dichiarare la colpevolezza, ma solo la responsabilità e il giudice può condannare senza accertare la colpevolezza.

Nel processo "postmoderno" il contraddittorio e la terzietà del giudice sono relativizzati (così come è relativizzata la pena): "nella postmodernità il processo diviene una messinscena, un nostalgico surrogato della realtà (...) una costruzione priva di oggettività e funzionale al mantenimento delle strutture di potere"¹⁷. La ricerca della verità è relativizzata alla coerenza della narrazione processuale che tende all'autoreferenzialità (di una verità processuale e narrativa), ossia al distacco e alla rimozione del reale (è questa la tesi avanzata da P. Sommaggio nell'interpretazione dell'orientamento che soggiace a taluni cambiamenti previsti nel nuovo codice di procedura penale che rende irrilevante la figura dell'"offeso")¹⁸. Nel processo ciò che rileva non è tanto l'accertamento (oltretutto non accertabile) della corrispondenza tra la ricostruzione narrativa dell'evento dell'accusa (accompagnata da documenti e testimonianze), quanto piuttosto la coerenza del narrare (dell'accusa e della difesa): la terzietà del giudice sembrerebbe dunque garantire la verità nel senso del controllo della coerenza argomentativa, a prescindere dalla verità obiettiva (oltretutto, ritenuta non verificabile). Il processo tende, nel postmoderno, a divenire "argomentazione autoreferenziale", "verità monologa", "simulacro" (che non

¹⁷ P. SOMMAGGIO, *La scomparsa di Abele. Riflessioni sul problema della persona offesa*, in *Pena e riparazione*, p. 295.

¹⁸ Il "soggetto" danneggiato (non più chiamato "persona") si può costituire parte civile, ma non fa tecnicamente parte del processo, limitandosi al ruolo propositivo nelle indagini preliminari; inoltre nel processo non è esplicitamente contemplato il fine dell'accertamento della verità (*ibidem*, pp. 296-298).

rimanda ad altro che a se stesso), con lo scopo minimo di “garantire la propria esistenza tendendo, perciò, ad autolegittimarsi”¹⁹, appianando fittizi contrasti tra accusa e difesa.

Ma, il postmoderno è l'esito ineluttabile del fallimento della modernità? Non è difficile mostrare, sul piano teorico, la contraddittorietà del postulato su cui si regge il contingentismo: l'affermazione “il contingente è l'unica dimensione della realtà” o è essa stessa contingente (dunque, si deve ammettere anche l'esistenza di qualcosa di necessario e assoluto) o pretende di porsi come assoluta (allora nega le stesse premesse, divenendo dogmatica). Oltre alle facilmente intuibili contraddizioni teoriche, F. Cavalla evidenzia un nodo problematico di fondo sul piano pratico in ambito giuridico, di cui si deve prendere atto: l'affermazione della mera contingenza e la negazione di un principio assoluto nel diritto e nella pena porta, a ben vedere, all'assolutizzazione del potere, che non riconosce alcun limite, sottraendosi a qualsiasi possibilità di giudizio o critica, radicandosi sulla mera forza ed efficacia. Anche se, sulle prime, potrebbe sembrare che la visione contingente limiti il potere, a ben vedere, ad uno sguardo più attento, si coglie un'esaltazione del potere statale e giudiziale. In fin dei conti, il potere (sia del legislatore sia del giudice) non ha bisogno di giustificarsi, si autogiustifica unilateralmente: se ciò che conta è concordare la pena, dietro l'apparente benevolenza del giudice che può decidere se infliggerla o sospenderla in cambio dell'osservanza da parte del reo, si nasconde un possibile uso arbitrario e discrezionale del potere, che rimane senza controllo. Anzi, la relativizzazione postmoderna della pena e del processo diviene, paradossalmente, uno strumento idoneo a rafforzare il potere (assoluto). In questo senso la “retribuzione divina”, nel segno dell'intangibilità della potestà punitiva, rappresenterebbe (come ha sottolineato D. Velo Dalbrenta) “un prodromo, se non addirittura il modello, del discorso penale moderno (e

¹⁹ *Ibidem*, p. 310.

postmoderno), piuttosto che un muffoso trascorso della penalità”²⁰.

Di fronte al fallimento della modernità e allo scenario concettuale e pratico del postmoderno, che cosa si può fare? Solo prendere atto o, tutt'al più, assumerlo con consapevolezza critica? Oppure è possibile, dopo l'esperienza della modernità e della postmodernità, un ritorno al “premoderno”? Se la ragione moderna non è in grado di esibire la verità da cui dedurre certezze, rimane come unico esito lo scetticismo e il nichilismo? Oppure c'è la possibilità di “custodire nel pensiero una presenza che non si consumi nel tempo”, una presenza che sia stabile e permanente? Molti sono gli spunti teorici nel testo che stimolano ad una riflessione filosofico-giuridica in questa direzione.

Bisogna, insomma, tornare a riflettere sui principi, evocare il principio primo (come sostiene F. Cavalla, a più riprese, nel testo), indicare l'origine della verità, la valenza “archetipica” del diritto e della pena oltre il contingente²¹, nella consapevolezza della sua inoggettività di principio. Se la secolarizzazione coincide con il progressivo cammino del pensiero nella direzione della restrizione della verità originaria del fondamento che, dalla “presenza oltre il mondo” è divenuta nella modernità “presenza nel mondo” e nella postmodernità “presenza nella puntualità situazionale”, tornare all'originario significa riscoprire l'antica sapienza dell'essere, della classicità premoderna, dopo l'esperienza della secolarizzazione moderna e postmoderna. Forse una via per la rielaborazione del senso della verità è proprio la filosofia del diritto (e dunque la filosofia della pena e del processo): la giustificazione del diritto (della verità del diritto) rimanda alla giustificazione dell'uomo (della verità dell'uomo): per rendere ragione della necessità del diritto e della pena è necessario rendere ragione dell'*originaria socialità dell'uomo*. Ciò non significa ritornare alla modernità

²⁰ D. VELO DALBRENTA, *Il diritto penale al cospetto di Dio. Riflessioni sulle teorie della retribuzione divina*, cit., p. 322 e ss.

²¹ *Ibidem*, p. 328.

tentando di dimostrare il possesso assoluto del vero: al contrario, ci si limita ad indicare, attraverso la riflessione antropologica, una manifestazione dell'originario.

Forse alcune riflessioni, solo abbozzate, ci possono condurre nella direzione di questo cammino ermeneutico, ancora da percorrere e da teorizzare, nella consapevolezza che non sarà mai compiutamente e definitivamente formulato.

Esistere significa inevitabilmente trovarsi accanto ad altri: l'uomo si trova "accanto" all'altro (nasce da altri, vive in un contesto sociale e culturale); l'alterità precede l'io (è questo un dato meramente fattuale): l'uomo non si autocrea (può uccidersi, ma non può crearsi da solo, autarchicamente: nemmeno nell'ipotesi, ancora fantascientifica, della clonazione: anche il clone presuppone almeno l'esistenza del clonatore). L'uomo, di fronte agli altri uomini, è libero: è un soggetto in grado di esercitare la libertà mediante azioni (non è necessitato come gli animali): la libertà è un dato di fatto, poiché in ogni situazione l'uomo si trova a poter scegliere tra azioni alternative (con il solo limite della possibilità fisica di compierle). L'uomo può agire affermando l'individualità assoluta (nella chiusura all'alterità, con la ferinità e l'odio) oppure riconoscendo la relazionalità (nell'apertura fraterna e solidale).

Ma se l'uomo si trova accanto agli altri e si scopre libero di incontrarsi o scontrarsi con individui simili a lui, non si può non condividere una verità minimale: è meglio coesistere piuttosto che confliggere, è meglio la pace piuttosto che la guerra e la violenza. Del resto, sia la modernità (pur partendo da premesse individualistiche) sia la postmodernità (nella negazione scettica di ogni verità e valore) non sono riuscite fino in fondo a scalfire questo principio: l'individualismo volontaristico moderno e il contingentismo postmoderno, implicitamente (e, addirittura, a volte anche esplicitamente), ammettono l'esigenza di una convivenza pacifica tra gli uomini. Ma, allora, non è forse questo un segnale chiaro che il diritto non ha e non può avere contenuti

arbitrari, provvisori, mutevoli in base alle circostanze, ma che ha e deve avere un significato sostanziale irrinunciabile?

Se si ammette l'esigenza (antropologica) della convivenza sociale, si deve ammettere anche che l'uomo è (ontologicamente) un essere relazionale. L'uomo nel confronto con l'altro (simile a lui), nell'intenzionare l'altro (ossia nell'"avere coscienza di", in senso fenomenologico) avverte, originariamente, il bisogno di esistere "con" l'altro, avverte la propria finitudine nella prospettività del proprio sguardo; avverte l'impossibilità di chiudersi monadicamente in se stesso, di pretendere che vi sia un solo modo di osservare, di agire e di essere nel mondo. In questo senso il fatto di trovarsi accanto all'altro costituisce una spinta a riconoscere la propria non unicità, la propria limitatezza, la propria indigenza: l'uomo comprende di non essere solo, di non essere un individuo irrelato, di non essere assoluto, ma di mancare di qualcosa. Dunque, comprende la necessità di trascendere se stesso nel confronto, nella relazione con la prospettività dell'altro-da-sé. È la relazionalità, radicata nel reciproco riconoscimento, la condizione di possibilità del convivere sociale: senza relazione, c'è conflitto, violenza, sopraffazione, prevaricazione del più forte sul più debole²².

Con uno sguardo retrospettivo, seppur con i limiti e le contraddizioni, va indubbiamente riconosciuto alla modernità il merito di uno sforzo razionale nella direzione della verità (non bisogna dimenticare che la modernità è il pensiero che ha formulato la prima dichiarazione dei diritti umani). Certo è che dopo l'esperienza postmoderna non si può non prendere atto del pluralismo che caratterizza la società: in questo senso la pretesa moderna di esibire (e di imporre) il possesso di una

²² In questo senso il diritto e la pena sono inevitabili e necessarie, contro ogni pretestuoso "abolizionismo", di matrice individualistica o collettivistica. Sarebbe possibile società pacifica, solo a condizione che qualcuno conosca i desideri di tutti (possesso totale della verità) e abbia risorse sufficienti per soddisfarli. Ma né l'uno né l'altro si danno: il possesso ultimativo dei principi è indimostrabile (su cosa si fondano i principi ultimi?); l'inesauribilità delle risorse è impossibile (materialmente).

verità oggettiva non è oggi riproponibile (o meglio, si presterebbe inevitabilmente all'accusa di dogmatismo).

Allora, forse una via, oggi, potrebbe essere quella di individuare nella "dialogicità strutturale" l'originario vincolo tra gli uomini: la relazionalità mostra che gli uomini non sono individualità autosufficienti, ma costitutivamente bisognosi di ricercare la verità comune in un dialogo. L'errore del pensiero postmoderno non è stato tanto quello di evidenziare il pluralismo (di fronte alla pretesa moderna di verità univoca), quanto semmai quello di affermare l'irriducibilità e l'inconciliabilità del plurale: la convinzione che per quanto ci si sforzi, la ricerca di una verità comune e accomunante, sia improbabile, anzi impossibile e comunque non desiderabile (anzi addirittura pericolosa), porta alla rinuncia al dialogo (ridotto a non senso), alla chiusura solipsistica nella propria individualità contingente, al monologo, all'incomunicabilità.

Eppure, proprio il pluralismo (di cui certo non si può non prendere atto, "di fatto") esige "di principio" il dialogo e la comunicazione: il pluralismo non può che essere relazionale (la relazione con se stessi o ciò che è identico a sé non è relazione). Svuotare di senso la relazione (quale specificità ontologica dell'uomo) significa svuotare di senso lo stesso pluralismo. Ma la pluralità relazionale è autentica solo mediante il dialogo, ove i dialoganti si riconoscano reciprocamente come soggetti (empiricamente, ontologicamente pari) in grado di ricercare una verità comune nel confronto delle reciproche ragioni, nella ricerca della mediazione, nell'apertura all'alterità e all'ulteriorità, nella convinzione che sia possibile una fusione dialettica di orizzonti.

Il senso del diritto è proprio quello di garantire, difendere, promuovere la coesistenza dialogica (come un bene, almeno come un bene giuridico), di regolare (esteriormente) i comportamenti, punendo atti anticoesistenziali secondo giustizia (uguaglianza, simmetria, reciprocità). La premessa antropologica forte consente di indicare un bene giuridico

“indisponibile”, quale è quello della dignità umana e della dialogicità coesistenziale (come emerge nel contributo di P. Moro)²³: giustificare l’esistenza di beni e diritti indisponibili (ossia sottratti all’autonomia del soggetto che ne è titolare), comporta il riconoscimento della illiceità di un comportamento che viola un bene degno di tutela in sé, anche se l’offeso acconsentisse o la volontà legislatrice non si pronunciasse esplicitamente.

Del resto questo è uno degli orientamenti “classici” o “premoderni” che permangono nell’ambito giurisprudenziale, accanto ad orientamenti “moderni” (individualistici, razionalistici, volontaristici) o postmoderni (contingentisti): la possibilità di riconoscere un bene come “valore significativo e rilevante” giuridicamente “tutelato da un diritto penale minimo a salvaguardia di un’armonica e non violenta convivenza associata”²⁴ consente di giustificare l’“oggetto della pena”. La volontà (legislativa e individuale) non ha il potere di escludere la lesività quanto si tratta di un bene indisponibile giuridicamente: la violazione di un bene indisponibile è un “danno” che esige una punizione, a prescindere dal consenso dell’offeso o dalla volontà legislativa (è questo un ambito che trova interessanti applicazioni a questioni bioetiche, ove si discute su problemi spesso non previsti dal diritto positivo e spesso affidati all’autonoma decisione individuale). Nella ricerca del significato della pena traspare la problematica giusnaturalistica (come ha rilevato F. Todescan)²⁵ dei diritti dell’uomo, dell’uomo come misura del diritto.

In questo senso, si riscopre nel processo una funzione meta-narrativa, teoretica e dialettica: il giudice deve distinguere le posizioni nella controversia, dialettizzarle (eliminando le contraddizioni), al fine di rintracciare elementi comuni tra

²³ P. MORO, *Oltre il consenso dell’offeso. I modelli dei diritti indisponibili nella giurisprudenza*, in *Pena e riparazione*, p. 235 e ss.

²⁴ *Ibidem*, p. 237.

²⁵ F. TODESCAN, *Custodia cautelare e diritti umani*, in *Pena e riparazione*, p. 111 e ss.

discorsi contrari (innegabili dalle parti), nella ricerca della verità (quale sintesi superiore agli opposti o mediazione tra i contrari), intesa in senso empirico come ricerca della corrispondenza delle parole ai fatti e in senso metaempirico come ricerca del criterio, indisponibile alle parti, in base al quale esprimere un giudizio che consenta la coesistenza tra pretese opposte. Del resto il giudice, anche su un piano meramente fenomenologico, non si limita ad applicare il diritto positivo o a decidere arbitrariamente o sulla base della registrazione della prassi sociale, ma è chiamato anche a giustificare la sua decisione in riferimento alla situazione concreta. La decisione del giudice non è un atto di volontà arbitrario, o la ripetizione del diritto positivo, o la rilevazione della convenienza sociale o l'espressione di un accordo tra le parti: ma è la ricerca del senso del diritto (positivo o non positivo) in un contesto specifico. La stessa attività del giudice è l'esemplificazione emblematica del senso del diritto: il fine del processo è la risoluzione delle controversie (empiriche), al fine di rendere possibile la coesistenza, di difendere la persona sia di chi ha subito il torto sia di chi ha torto: in questo senso il processo "non difende principi metafisici, ma dimensioni storiche e materiali dell'esistenza"²⁶. Il processo non è riducibile ad accordo contingente: ogni accordo non può che essere frutto del dialogo, del confronto.

Un ultimo punto rimane da considerare. La fondazione antropologica (premoderna) della pena rimanda inevitabilmente ad una riformulazione della teoria retribuzionista? È questo un interrogativo sul quale, in particolare, ci si sofferma nel testo. Pur nella rilevazione di elementi comuni tra teoria della retribuzione e teoria della "riparazione" (identificati nella premessa antropologica relazionale, nel riconoscimento dell'intollerabilità assoluta del male sociale e dell'irrinunciabilità della risposta tassativa, anche istituzionale, al comportamento malvagio antidialogico,

²⁶ F. D'AGOSTINO, *Contingenza delle norme e soluzione delle controversie*, in *Filosofia del diritto*, cit., p. 120 e ss.

anche se non è qualificato positivamente, commisurandolo alla gravità del reato), rimane da discutere se effettivamente la sofferenza sia una qualificazione intrinseca della pena, come sostiene il retribuzionismo.

La teoria retributiva ritiene che sia costitutiva della pena l'umiliazione della volontà anticoesistenziale, nel tentativo di creare le condizioni (mediante la detenzione, dunque la limitazione della libertà) di costringerla a non volere (in senso assoluto) o, meglio, a volere diversamente da come ha voluto (rinunciando alla sua malvagità, alla sua assolutezza). La sofferenza della pena è ritenuta la condizione irrinunciabile per l'espiazione della colpa, ossia per il possibile riconoscimento interiore del senso del male compiuto. Anche se la sanzione giuridica si limita a produrre pubblicamente l'espiazione, "favorisce" anche l'espiazione morale, garantendone le condizioni esteriori minime di possibilità (ma non sempre sufficienti). La sanzione ha "fiducia" (non certezza) nell'efficacia espiatoria del diritto: la sanzione produce la "rigenerazione giuridica", consentendo al reo di riacquistare la sua innocenza (giuridica), reinserendolo nella coesistenza. La retribuzione significa dunque "far retrocedere la volontà criminale alla comune misura coesistenziale"²⁷.

La teoria della riparazione, sulla base del criterio di "mediazione" come condizione di possibilità del superamento interno dell'ordine prescrittivo, considera la pena come necessaria per chi rifiuta la mediazione e inibisce il dialogo sociale, proprio al fine di ristabilire la comunicazione interrotta: il fine della pena è quello di "dissolvere l'ordine violento provocandone il superamento, imponendo quindi, dove è negata, la mediazione con chi gli si oppone"²⁸. In questo senso la sanzione primaria dovrebbe essere costituita dal "confronto dialettico" tra offensore e offeso: la disponibilità al

²⁷ F. D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino 1999.

²⁸ F. CAVALLA, *La pena come riparazione. Oltre la concezione liberale dello stato: per una teoria radicale della pena*, cit., p. 96.

dialogo, nella sua struttura, mostra che il reo comprende l'intollerabilità della pretesa violenta di inibire l'opposizione. Per confronto dialettico si intende, oltre al risarcimento civile del danno (ma non solo, altrimenti la sanzione penale sarebbe ridotta a sanzione civile), anche le pubbliche scuse, il lavoro coatto, il servizio in istituti di pubblica utilità. Si tratta di pene che riparano la colpa e hanno il valore simbolico di mostrare che il reo non si oppone alla punizione, e si apre alla restituzione dei rapporti sociali. Lo stesso processo è una forma di mediazione; di ricomposizione del dialogo, di rimedio al male commesso: "la riparazione inizia nel momento stesso in cui chi non voleva parlare con l'altro è costretto, invece, a dialogarvi, nel processo"²⁹. La pena non dovrebbe affliggere, prevenire, intimidire o correggere: semmai il reo dovrebbe essere messo nelle condizioni di "liberamente attuare i rapporti intersoggettivi nell'ambito delle possibilità garantite dall'ordinamento stesso"³⁰. La detenzione coatta temporanea è una sanzione secondaria, suppletiva (nel caso in cui reo resistesse alla sanzione primaria o fosse responsabile di omicidio, ritenuto un atto violento "irreparabile"³¹).

Ma, non è forse vero che il male, la violenza, non è mai, di principio, "riparabile"? Non solo il delitto, ma anche altri comportamenti che non riconoscono la misura coesistenziale, costringendo arbitrariamente la libertà altrui (il furto, la frode, l'inganno), sono di principio, irreparabili (sul piano empirico). Non solo la vita di chi è ucciso non è "restituibile", ma nemmeno la libertà costretta è "restituibile": né mediante una quantificazione economica, né mediante comportamenti che mostrino esternamente la disponibilità a riconoscere il male. Se la gravità del reato è commisurata alla violazione della libertà, anche la pena deve configurarsi mediante la costrizione della libertà che ha preteso di assolutizzarsi: la rilevazione esteriore dell'obbedienza a comportamenti sociali imposti non

²⁹ *Ibidem*, p. 100.

³⁰ *Ibidem*, p. 99.

³¹ *Ibidem*, p. 95.

restituisce il danno prodotto, non elimina il male commesso: la privazione della libertà non può essere restituita con nessuna azione sociale di pubblica utilità riparatrice. La commisurazione retributiva ha una valenza qualitativa, non quantitativa: in questo senso è “astratta”³², ma non è “indeterminabile”: la determinazione della pena è antropologica. La giusta retribuzione presuppone l’afflizione: ma l’afflizione non è violenza. Far soffrire, mediante la pena, il reo, significa garantire le condizioni per la comprensione del significato della pena: non è negazione di mediazione, semmai la condizione di possibilità della mediazione e della riparazione del male. In questo senso anche la sofferenza è dialogica, nella misura in cui offre le condizioni di possibilità per il riaprirsi del dialogo intersoggettivo.

³² *Ibidem*, p. 100.

Luciano Eusebi

LA PENA: QUALE VERITÀ *

SOMMARIO: 1. Che cosa vuol dire “si deve punire”? – 2. Le nuove esigenze di tutele. – 3. L’inadeguatezza di un sistema fondato sulla detenzione. – 4. Diritto penale e verità: un’antinomia? – 5. Su forza o consenso nella strategia preventiva. – 6. Fini della pena e dignità umana. – 7. Quale modello di giustizia? – 8. Riforma penale e politica criminale.

1. Vorrei prendere le mosse dalla conclusione dell’amica professoressa Laura Palazzani¹ è meglio coesistere che confliggere: d’accordo; l’uomo è relazionale: senza dubbio; il diritto non può essere privo di contenuti, seppure né esaustivi, né idonei a essere del tutto oggettivizzati: nessuna obiezione; *ergo*, si *deve* punire, perché ci sono atteggiamenti antisociali ed esistono beni giuridici indisponibili che vanno protetti.

Mi domando: ebbene? Che cosa vuol dire *si deve punire*? Sembrerebbe sottintendersi che c’è una risposta

* Il testo rielabora le relazioni svolte in occasione della Giornata di studio *Terzietà e verità. Recenti posizioni su processo e pena*, tenutosi presso l’Università degli studi di Trento il 22 giugno 2000, e del convegno *Il corpo de-formato. Nuovi percorsi dell’identità personale*, tenutosi presso l’Università di Roma Tor Vergata e la Libera Università Maria Santissima Assunta di Roma l’11 e il 12 gennaio 2001 (nei cui atti è in corso di pubblicazione col titolo *La pena e il corpo: appunti per una giustizia senza ritorsione*).

¹ Cfr. L. PALAZZANI, *Pena e verità tra modernità e postmodernità*, in questo Volume.

scontata al sussistere di quegli atteggiamenti e, comunque, un modo *scontato* del punire. Preso atto, dunque, che il problema della criminalità esiste (nonostante i molti profili di interesse del *labelling approach*), è davvero autoevidente il criterio con cui affrontarlo? La risposta al reato che definiamo pena, quale da secoli la conosciamo, è veramente ovvia? Ed è ovvio ricondurre la politica criminale alla politica *penale*, anzi a un diritto penale che, nella condanna, si limita in pratica a modulare entità di detenzione?

Non credo che il dibattito *classico* sulle funzioni attribuite alla pena possa esaurire l'analisi dei cultori di filosofia del diritto, posto che quel dibattito ha rappresentato, per lo più, una disquisizione *a tavolino*. La pena è rimasta ampiamente inalterata nella sua dinamica di ritorsione del male e nei suoi contenuti; piuttosto, si è giustificato in forme diverse, senza discuterlo, il suo consistere in *qualcosa di negativo* che il colpevole dovrebbe subire: o come *giusto in sé*, o perché risponderebbe a finalità di deterrenza, o perché sarebbe necessario alla difesa sociale.

Beninteso: il percorso di affrancamento dal *male* commesso e di riparazione della frattura che il fatto illecito (ma non esso solo) rappresenta rispetto ai vincoli di solidarietà sociale può essere impegnativo, se vogliamo *sofferto*. Tuttavia, altro è che un percorso pensato *secondo il bene* implichi determinati oneri e risulti di conseguenza faticoso, altro ritenere, com'è implicito al modo corrente d'intendere la giustizia, che si tratti d'infliggere, all'individuo giudicato colpevole, ciò che nei suoi confronti sia pensato come un male.

Troppo spesso, purtroppo, la filosofia del diritto non ha ritenuto di doversi occupare delle modalità *concrete* di risposta ai reati, preoccupata com'è di giustificare lo *ius puniendi*, più che di interrogarsi sulle sue dinamiche e di prenderne in esame i contenuti (quei contenuti che Hegel, non a caso, riteneva ampiamente intercambiabili, facendoli dipendere dalle condizioni socio-culturali, ai fini della pena retributiva). Per uscire dall'ambito delle mere dispute sui concetti, peraltro, il

quesito se le suddette modalità rispondano o meno all'esigenza descritta dalla professoressa Palazzani di una relazionalità intersoggettiva pacifica, che è quanto dire all'obiettivo di una prevenzione coerente con la dignità umana, non può essere eluso.

2. Una prevenzione non solo simbolica dei reati deve peraltro tener conto di realtà assai diverse rispetto a quelle costituenti oggetto d'intervento del sistema punitivo classico. Mi si consenta muovere, a titolo di esempio, da un'immagine suggestiva, che del resto è una semplice constatazione: il diritto penale fondato sul modello sanzionatorio tradizionale si è sempre occupato degli omicidi volontari – alcune centinaia – commessi giornalmente in tutto il mondo; il fatto è, però, che ogni giorno si verificano nel mondo decine e decine di migliaia di morti *evitabili*, delle quali *quel* diritto penale si occupa assai poco, pur rappresentando conseguenze indirette ma tutt'altro che imprevedibili – non di rado, anzi, messe nella sostanza *in conto* – di atteggiamenti che trascurano esigenze fondamentali di tutela.

Nei confronti di tali conseguenze il diritto penale classico ha fatto, e continua a fare, una prevenzione insufficiente; mentre si è molto occupato – senza che ciò abbia prodotto, a sua volta, una buona prevenzione – dell'individuo che, pur ritenuto imputabile, *perde la testa* o che comunque, in situazioni particolari, si rende agente *immediato* di un certo esito lesivo.

Oggi, tuttavia, non possiamo non tener conto, nella società complessa, di quelle morti evitabili: per ingiustizie economiche, per violazioni sovente spregiudicate di norme cautelari, per fame, per guerra, e così via.

In un simile quadro diviene indispensabile la distinzione, assente alla prospettiva del diritto penale classico, fra interventi che cerchino di incidere sulle condotte rischiose a prescindere dall'avvenuta lesione del bene protetto (è il settore

della c.d. tutela anticipata, che rappresenta il fulcro dell'azione preventiva), e interventi che si realizzino a bene giuridico ormai offeso. Sono situazioni – e il ventaglio potrebbe alquanto estendersi, specie ove si desse veramente rilievo al vissuto personale dei soggetti agenti – che non possono essere affrontate con modalità operative identiche.

Preso atto della complessità di un intervento giuridico serio in materia penale, diviene più facile constatare l'inadeguatezza del modello corrente di risposta ai reati, che costruisce la pena come una sofferenza quantificata attraverso la dosimetria detentiva in rapporto alla gravità del reato commesso, comunque si giustifichi l'inflizione di tale sofferenza.

Su questa via, infatti, gli stessi scopi generalpreventivo e specialpreventivo sono visti come esiti del meccanismo di ritorsione, il cui livello d'intensità resta ampiamente disponibile (si può rispettare, è ovvio, la proporzione relativa alla gravità di più reati attraverso livelli diversissimi, fra loro proporzionali, delle rispettive pene). Anzi, in un'ottica nella quale la prevenzione è intesa come effetto della ritorsione si riterrà, come molti epidermicamente ritengono, che a un livello più elevato dei parametri di ritorsione corrisponda una migliore prevenzione (così che lo stesso impegno per il recupero del condannato finisce per non avere alcuno statuto preventivo, essendo percepito come non conforme allo standard ottimale di prevenzione).

Il *modus operandi* del punire e del perseguire risultati preventivi resta legato in quest'ottica a un meccanismo fondato sulla *forza*: su una dimensione, cioè, puramente coercitiva – per fini di deterrenza o neutralizzazione – del tutto disinteressata al profilo del *convincimento*, cioè alla promozione di scelte *libere* nei destinatari dell'intervento penalistico. La relazione punitiva classica, in altre parole, non ha in mente un interlocutore con cui si tratti di instaurare, per quanto austero, un dialogo: nel momento in cui si punisce, e finché si punisce, l'autore del fatto illecito è riguardato,

soltanto, come un *corpo*, oggetto passivo dell'inflizione di un male; così come, nella medesima ottica, non sono riguardati diversamente dai bruti i cittadini cui il diritto penale si rivolge con la mera minaccia di un male.

Proprio la struttura retributiva del punire tradizionale, dunque, rinuncia a configurare la relazione sanzionatoria secondo una logica che faccia pur sempre appello, anche nel momento in cui siano imposti degli obblighi, alla capacità tipica degli individui umani di operare scelte secondo convinzione: elemento, questo, che dovrebbe contraddistinguere i rapporti fra persone, quali soggetti capaci di libertà.

Ci interrogheremo pertanto circa la configurabilità di un modello complessivo della risposta al reato, e dunque di prevenzione, che faccia leva non sul fattore *forza*, ma sul fattore *consenso*, vale a dire sulla capacità dello stesso sistema sanzionatorio di promuovere, o recuperare, modalità di adesione *libera* – per autonomo convincimento – al rispetto dei precetti penali: un sistema (non disgiunto dal contrasto degli interessi soprattutto economici che fanno da sfondo alla maggior parte dei crimini) a un tempo più umano e più efficiente in termini di prevenzione.

Il nodo problematico, del resto, non è *se* lo Stato debba o meno agire in senso preventivo generale e speciale, ma *come* lo debba fare.

3. Consideriamo preliminarmente, tuttavia, alcuni profili molto sintetici dell'inadeguatezza preventiva di un ordinamento penale, come quello classico, incardinato sul ruolo della detenzione.

a) Si dice, innanzitutto, che il sistema penale italiano è ineffettivo. Ciò in parte è vero, con riguardo alla fascia inferiore delle pene inflitte (quasi sempre detentive). Molte delle pene di durata medio-breve non vengono in effetti

eseguite, perché diversamente si produrrebbero palesi inconvenienti dal punto di vista della prevenzione (rientrerebbe in breve tempo nella società un soggetto che ha patito tutti gli effetti desocializzanti connessi alla permanenza in carcere).

Una pena detentiva davvero eseguita, del resto, sarebbe oggi considerata umanamente inaccettabile rispetto a una gamma molto ampia di trasgressioni non particolarmente gravi (o non implicanti una specifica pericolosità del soggetto agente): trasgressioni che un sistema monoliticamente imperniato sulla retribuzione detentiva non può che punire, pur sempre, col carcere.

Ebbene: modalità non detentive potrebbero condurre non solo a circoscrivere in modo drastico il ricorso al carcere (oggi ampiamente utilizzato anche in assenza del pericolo di reiterazione di reati gravi), ma anche a recuperare spazi importanti di efficienza dell'intervento penale.

Dobbiamo riferire quest'ultimo rilievo, peraltro, non solo e non tanto alla criminalità tradizionale, quanto soprattutto alla criminalità concernente la sfera dell'economia: perché l'ineffettività della pena non riguarda essenzialmente i clienti tradizionali del carcere, vale a dire gli *outsider sociali*, che oggi ancor più di ieri ne costituiscono in via pressoché esclusiva la popolazione e che vengono reclusi anche per pene brevi (in quanto, sovente, non hanno i requisiti onde poter accedere ai vari benefici, non sono adeguatamente difesi, e così via); la pena, piuttosto, è del tutto ineffettiva rispetto al settore degli illeciti penali a matrice economica, cioè rispetto agli illeciti *moderni*, cui poco sopra facevamo riferimento, essenziali per la tutela indiretta, ma importantissima, dei diritti dell'uomo (si pensi al diritto penale mirante, in genere, al controllo dei fattori di rischio, alla garanzia della trasparenza, e comunque al diritto penale societario, finanziario, dell'ambiente, *etc.*).

In questo settore, deputato – fra l'altro – a prevenire le summenzionate morti *evitabili*, l'efficienza penalistica è minima proprio in forza del modello sanzionatorio che

identifica la pena con la sofferenza retributiva patita, attraverso il carcere, da un determinato individuo.

b) Del resto, un sistema penale che concepisce la pena come sofferenza, fisica e psicologica, per il male commesso, che si autocomprende come *finalizzato* a far patire sofferenza, è inevitabilmente poco sensibile a un aspetto della prevenzione oggi importantissimo, vale a dire all'intervento sui profitti illecitamente realizzati.

Rispetto alla criminalità organizzata il tema dei profitti, peraltro, è centralissimo, dato che in qualche modo *serve a poco* intervenire su posizioni soggettive sempre surrogabili se non si riesce a intaccare il meccanismo che produce ricchezza in modo anti-giuridico e aggrega, in tal modo, coinvolgimenti personali (idonei a essere facilmente sostituiti, pure nelle posizioni di vertice). Ove invece si riesca a bloccare il volano che produce e consente di utilizzare vantaggi economici criminosi, l'organizzazione viene intaccata nella sua stessa *ratio essendi* e in tutta la trama delle cointeressenze che le siano legate.

A questi fini, finora, la progettazione resta scarsa: solo da pochi anni la confisca dei profitti è divenuta obbligatoria per certe categorie di reati; solo da pochi anni si è iniziato a concepire una normativa anti-riciclaggio che coinvolga il sistema bancario (la battaglia per superare il più importante dei fattori criminogenetici – l'esistenza dei paradisi fiscali e dei sistemi palesemente od occultamente *off-shore* – è ancora, in ogni caso, quasi tutta da compiere); solo da pochi anni, del pari, s'è pensato ai fondi di garanzia e di accesso al credito nell'ambito della norme sull'usura.

Tutto ciò risulta estraneo a quel diritto penale pre-moderno ottocentesco che si occupava delle lesioni per lo più intenzionali a pochissimi beni giuridici cardine secondo il modello dell'omicidio e che continua a costituire il retroterra di riferimento della visione retributiva.

Ma tornare, secondo un'espressione di Klaus Lüderssen, al buon vecchio diritto penale liberale ottocentesco, invero tutt'altro che mite nonostante il paludamento garantistico, risulterebbe oggi – comunque – del tutto improponibile.

c) Non è un caso – per le medesime ragioni – che il modello punitivo classico resti scettico, inoltre, sulla responsabilità derivante da reato delle persone giuridiche, che di certo non possono patire sofferenza.

Il problema non è filosofico, bensì eminentemente pratico: si tratta di evitare che la realizzazione di profitti illeciti attraverso lo schermo della persona giuridica resti del tutto intangibile. Facendo leva, infatti, sulla punizione della persona fisica agente in nome e per conto di quella giuridica – vale a dire su un soggetto il quale ben difficilmente potrà rinvenire nella minaccia penale un disincentivo idoneo a compensare i vantaggi che riceve dai soci di maggioranza (sia in termini economici che di copertura degli stessi rischi sanzionatori non detentivi) – si ottiene che i soci medesimi abbiano un interesse oggettivo alla commissione, da parte della persona fisica suindicata, di illeciti che producano introiti: posto che, comunque, quegli introiti dell'ente (non della persona fisica), seppur illecitamente conseguiti, rimarrebbero nella sostanza blindati, salvo il risarcimento eventuale del danno civilistico.

È un sistema perverso, che può essere superato prevedendo la responsabilità per reati dell'ente nel cui ambito i medesimi siano stati compiuti e che di essi abbia tratto profitto, così da consentire l'affermarsi dell'interesse, nei soci, alla correttezza delle condotte amministrative o tecniche praticate all'interno della persona giuridica, onde evitare conseguenze negative in sede di remunerazione del capitale investito.

D'altra parte, non si vede perché l'investimento debba scontare i rischi derivanti dall'andamento dei mercati o da cattive opzioni manageriali, ma non quelli derivanti dall'attività criminosa che venga posta in essere, in assenza di

qualsiasi impegno dei soci per impedirla, da coloro che agiscano in nome e per conto della persona giuridica.

d) Il diritto penale classico, prevedendo *ordinariamente* l'intervento sulla libertà personale, implica – inoltre – garanzie *molto intense*, che finiscono per costituire contrappeso indispensabile della potestà punitiva, ma anche fattore di (ambigua) legittimazione dei contenuti sanzionatori: garanzie le quali, comunque, incidono senza dubbio sulla produttività dell'apparato giudiziario.

In questo senso, l'enfatizzazione del *malum poenae* finisce per risultare non funzionale, nello stato di diritto, all'efficienza dell'azione preventiva.

Ne deriva la pericolosa tentazione di un affievolimento strisciante delle suddette garanzie, senza che si metta in discussione il sistema sanzionatorio esistente, che *quasi mai* esclude in radice la possibilità di un intervento effettivo sulla libertà personale; tentazione la quale investe sia le procedure (si pensi all'introduzione di *costi* onde usufruire nella loro pienezza di taluni diritti difensivi), sia il terreno sostanziale (si pensi a interpretazioni sempre più discrezionali di categorie, quali il dolo o l'omissione impropria, dalle quali dipende l'estensione della punibilità).

Un sistema penale non imperniato sulla logica della ritorsione e, dunque, sulla centralità del modello detentivo potrebbe utilizzare, invece, strumenti sanzionatori meno drammatici, permettendo di riferire a ciascuno di essi un apparato in parte specifico di garanzie: così da rendere possibili, alla luce del sole, modalità procedurali meno complesse.

4. Un'ulteriore peculiarità del diritto penale comunemente praticato è l'inevitabile configurarsi del processo come luogo di comunicazione per così dire *fittizia*: se vogliamo, di *non verità*. Davanti all'indice che accusa onde

applicare ciò che per l'accusato, in concreto, è un male non c'è spazio per un atteggiamento dialogico: giustamente, *nemo tenetur se detegere*. E nemmeno il confessore, credo, saprebbe ravvisare un obbligo etico per il colpevole *contrito* di ricercare la massima pena, rivelando al giudice elementi che si risolvano a suo danno (salvo il caso in cui si tratti di evitare un danno altrui).

Il sistema punitivo tradizionale sconta simile problematica – l'antinomia fra la ricerca della verità, che si gioverebbe della disponibilità alla trasparenza di tutte le parti coinvolte, e l'intento di arrecare un male – anche in rapporto alla cooperazione con gli organi giudiziari di chi non sia qualificabile come vittima del reato: soprattutto da parte di chi abbia contiguità (ambientale, lavorativa, amicale, *etc.*) col soggetto agente in senso anti-giuridico.

Chi si trovi in tale condizione potrebbe essere particolarmente adeguato a svolgere un ruolo preventivo e potrebbe anche essere disposto ad agire in tal senso, pure cooperando, quando il livello informale si rivelasse inadeguato, con organi istituzionali: ordinariamente, tuttavia, egli *non se la sente* di attivarsi a costo di produrre l'altrui male (il male, letteralmente, del suo *prossimo*) e preferisce *lasciar fare* a chi quel male lo arreca con lo schermo di una funzione pubblica; egli potrebbe risolversi a intervenire se ciò rappresentasse una forma pur particolare di aiuto, e non il tramite di una stigmatizzazione indelebile la quale *recide* il rapporto sociale.

Qualcosa di simile vale con riguardo alla mancata promozione a scopo preventivo, nelle organizzazioni complesse, di strutture deputate all'autocontrollo (potenzialmente ben più efficiente, ove attivato in modo serio, del controllo *esterno*, condotto a posteriori): il presupposto affinché l'autocontrollo sia efficiente sta proprio, infatti, nel privilegiare la *trasparenza*, rinunciando a modalità di risposta tradizionale verso gli illeciti che in tal modo si rendano noti.

Non può inoltre dimenticarsi che proprio il privilegiare la *punizione* rispetto alla *verità* rende impraticabile una risposta

che non sia soltanto simbolica – attraverso il *quantum* di pena – alle esigenze effettive della vittima, le quali hanno essenzialmente per oggetto proprio la chiarificazione delle responsabilità connesse agli illeciti realizzatisi e la riaffermazione, su tale base, del diritto violato, affinché simili illeciti non tornino a ripetersi.

Né può trascurarsi come la pacificazione in contesti di precedente, macroscopica violazione dei diritti umani, o di guerra civile, sia più credibilmente perseguibile, a sua volta, favorendo secondo modalità adeguate l'emergere della verità e con essa la presa di distanze dal passato (si pensi all'esperienza della commissione *Verità e Riconciliazione* del Sudafrica) che non puntando a drastiche ritorsioni punitive, semplificatorie quanto alla selezione dei loro destinatari, spesso non idonee a fare vera luce sui fatti e tali da incentivare propositi di rivalsa.

5. Le ragioni per cui il sistema punitivo tradizionale produce molto meno di ciò che promette in termini di tutela dei diritti fondamentali e di elaborazione della frattura rappresentata dal reato rispetto ai vincoli di solidarietà sociale sono dunque molteplici. Il che rappresenta, quantomeno, un'indicazione a problematizzare il concetto corrente di giustizia. Una giustizia infeconda non è, probabilmente, una buona giustizia.

Non può del resto non constatarsi come sia in ogni caso poco attendibile che i grandi rischi per il futuro dell'umanità, per la salvaguardia delle istituzioni democratiche e perfino per la sicurezza immediata del cittadino derivino in misura preponderante dal tipo di popolazione cui di fatto il controllo penale – lo strumento *principale* di autotutela della società – finisce per essere riferito in misura pressoché esclusiva. Lo strumento più drastico di tale controllo, il carcere, costituisce in pratica – l'espressione proviene dal vertice dell'amministrazione penitenziaria – una *discarica sociale*. Vi è dunque la necessità di una vera e propria riprogettazione, che

trarrebbe giovamento dall'apporto di una filosofia giuridica non attardata su dispute datate, della politica criminale: una riprogettazione disposta a superare l'utilizzo inerziale di strumenti tradizionali.

L'alternativa non è quella classica tra prevenzione e retribuzione, ma tra una pena la quale sia pensata come strumento che intende contrapporre alla frattura del reato una contro-frattura nei confronti di chi subisca la condanna – confidando che da questa operazione per così dire *formale* (o, con Hegel, di segno puramente *negativo*) possano derivare in modo automatico effetti preventivi o comunque di ri-consolidamento, nella sua vigenza effettiva, del diritto violato – e un modello in radice diverso, che definisca *secondo il bene* la risposta all'illecito, vale a dire secondo il discernimento di ciò che sia bene fare di fronte al male, peraltro inteso in tutta la complessità del suo manifestarsi. Un modello, dunque, che non si rimetta alla *ritorsione* di quel male e in tal senso orientato a logiche di composizione riparativa della frattura rappresentata dal fatto criminoso, di promozione nel contesto sociale della disponibilità a operare scelte adesive convinte ai precetti normativi, di rinforzo, piuttosto che di definitivo abbattimento, dei livelli di socializzazione, e con essi della capacità di agire responsabilmente, in chi subisca una condanna.

Si deve considerare, in proposito, che il livello d'indisponibilità dei cittadini a commettere reati non dipende essenzialmente dal timore della pena, bensì dall'autorevolezza del messaggio comportamentale che viene attivato attraverso il diritto: quel diritto che nel quadro della democrazia non è più espressione del potere fine a se stesso, ma strumento, semmai, deputato a contrastare tutte le manifestazioni di potere incompatibili col bene comune. Ne sono interessante conferma gli studi sull'incidenza criminogena dei meccanismi di *imitazione*, i quali producono vere e proprie *sub-culture*: non solo in contesti di degrado sociale, ma anche, per esempio, nell'ambito delle attività commerciali.

Privilegiare l'esemplarità delle pene finisce, piuttosto, per mascherare agli occhi della pubblica opinione il rilievo, che va a discapito della prevenzione generale, rappresentato dalla *cifra oscura*, cioè dal numero inevitabilmente alto dei reati di cui non vengono scoperti i responsabili: in altre parole, finisce per mascherare l'assenza di una politica criminale efficiente, dimenticando, per esempio, l'importanza di un contrasto serio in sede sanzionatoria del calcolo economico, finalizzato a ottenere vantaggi di ordine materiale, che sta alla base di gran parte delle condotte criminose.

Quanto s'è detto circa la modesta efficacia ascrivibile alle componenti *negative* della strategia preventiva, quelle cioè che privilegiano il fattore *forza* rispetto alla promozione del *consenso*, vale altresì nei confronti della prevenzione *speciale*, sebbene possa a prima vista apparire che la pura e semplice neutralizzazione a oltranza del condannato – salvo remore di ordine morale – conseguirebbe senza dubbio al meglio gli obiettivi perseguiti.

È facile constatare, tuttavia, che strategie di mera neutralizzazione soggettiva degli agenti di reato non incidono sui tassi di criminalità socialmente riscontrabili, dato che i *posti di lavoro* criminale in tal modo liberati vengono di regola, in breve, nuovamente coperti.

Ciò significa, da un lato, che un serio contrasto della criminalità esige l'intervento, non solo penalistico, sulle condizioni le quali a diverso titolo creano opportunità per l'agire criminoso, intervento a sua volta implicante una serie inevitabile di *oneri* per i cittadini (da cui il rilievo di un senso non banale della corresponsabilità verso i presupposti del comportamento antiggiuridico); dall'altro lato, che il recupero al rispetto dei precetti penali da parte di chi in precedenza li abbia trasgrediti può contribuire alla prevenzione in un senso ben più sostanziale della stessa incapacitazione fisica a nuocere.

Nulla consolida più efficacemente di un tale avvenuto recupero, infatti, l'autorevolezza della legge, destabilizzando, specie nei contesti da cui l'agente di reato provenga,

l'attitudine dell'opzione criminale a costituire un modello imitabile. Nulla, in altre parole, fa maggiormente prevenzione, contribuendo a *chiudere* posti di lavoro criminale, della capacità che il sistema giuridico sappia dimostrare elevata di *convincere*, piuttosto che di *costringere*.

A ben vedere, d'altra parte, la *forza* dell'ordinamento giuridico democratico, che lo differenzia qualitativamente dagli ordinamenti criminali, sta proprio nell'ambizione di poter ottenere un'adesione *libera* ai suoi precetti; e l'impegno orientato al recupero non fa che ripercorrere, riproponendole alla stessa coscienza sociale, le ragioni di una simile scelta.

6. Su questa via va riconsiderata la problematica concernente il rapporto fra prevenzione e salvaguardia della dignità umana.

Non si tratta dell'alternativa fra due polarità in tensione inevitabile. Non c'è, da un lato, una prevenzione necessariamente strumentalizzatrice e, dall'altro, una pena in sé giusta. Come per qualsiasi scopo non abietto, si tratta – anche per la prevenzione – di interrogarsi sui modi, che possono essere o non essere moralmente accettabili, attraverso i quali tale scopo venga perseguito.

D'altra parte la pena dai contenuti in sé giusti – a prescindere, cioè, dai fini che essa persegua e dagli effetti che essa produca – *non esiste*, posto che il giudizio morale su qualsiasi condotta attiene proprio ai suoi fini e ai suoi effetti prevedibili. Così che qualificare *giusta* una pena in quanto non le si attribuiscono degli obiettivi è pura arbitrarietà.

Rispetto al reato, dunque, il problema è *come* s'intenda riaffermare la norma trasgredita, riparare alle conseguenze negative del fatto illecito, evitare ulteriori violazioni, e così via: tenendo conto, per chi non è disposto a dimenticarlo, non solo della circostanza di principio che il condannato ha dignità umana, ma altresì del fatto che la moralità della pena va

giudicata pure in rapporto ai fini che persegua, e agli effetti che produca, con riguardo al suo destinatario.

Ove s'identifichi la prevenzione – la prevenzione migliore possibile – col massimo di intimidazione o di neutralizzazione, hanno ragione, nel loro approccio critico (non nelle alternative proposte), Kant e Hegel: in tali termini la prevenzione non è accettabile, perché rispetto ad essa la dignità di chi commetta un reato non svolge alcun ruolo.

Né le cose potrebbero essere risolte individuando meri *contrappesi* nei confronti dell'intento preventivo in tal modo concepito, dato che, a parte la difficoltà di definirne contenuti davvero autonomi, scontrerebbero la debolezza del presentarsi a priori in contrasto rispetto alle esigenze di una prevenzione efficace.

Non si tratta di operare un bilanciamento fra la prevenzione e qualcos'altro: si tratta di riflettere, piuttosto, su come possa configurarsi una prevenzione razionale e insieme conforme alla dignità umana.

Una prevenzione che per quanto riguarda il momento sanzionatorio si orienti a privilegiare, secondo un'ottica di riparazione e di recupero, il paradigma del *consenso*, abbandonando il dogma che, in termini di mero esercizio della *forza*, fonda la pena minacciata ed eseguita sul suo costituire *il male* – vuoi in senso remunerativo, vuoi in senso intimidativo o neutralizzativo – del soggetto cui debba applicarsi.

7. Ciò conduce al nodo centrale della problematica, cioè all'esigenza di superare la nozione classica di giustizia commutativa, fondata sull'idea di una *giusta* reciprocità che si realizzerebbe nella risposta al bene secondo il bene e al male secondo il male.

Non è giustizia rispondere con il male al male, contrapporre una frattura a un'altra frattura. Tra l'agire secondo il bene o secondo il male *tertium non datur*: non esiste uno spazio autonomo del giusto, che perseguirebbe il bene

applicando il male. Bisogna decidere: se costruire il giusto – la risposta *giusta* al male – secondo il bene o, per l'appunto, secondo il male.

Il *malum poenae* non può *cancellare* la frattura che c'è stata, come vorrebbe la visione *mitica* dell'idealismo: piuttosto, su tale frattura – che non può essere rimossa – si può *lavorare*, per una ricomposizione del conflitto, valorizzando la dimensione *dialogica* della giustizia, oggi percepita, invece, come l'ambito in cui i rapporti vengono definitivamente recisi.

Sulla frattura che c'è stata, piuttosto, è possibile gettare *un ponte*, icona, quest'ultima, di una giustizia alternativa a quella che da secoli si propone attraverso l'immagine della *bilancia*.

Si noti: proprio l'idea retributiva, che a suo tempo volle accreditarsi come baluardo di esigenze etiche, risulta singolarmente conforme a certo soggettivismo radicale contemporaneo.

Essa, infatti, perviene a descrivere come pena (paradossalmente) *garantistica* il taglione, in quanto pena totalmente non dialogica, proprio perché qualsiasi modalità diversa che abbia uno scopo – e dunque anche qualsiasi proposta che persegua il recupero dell'adesione a determinati valori della convivenza civile – rappresenterebbe un'ingerenza indebita, *strumentale*, nell'ambito della personalità altrui.

Nulla potrei proporre, in quest'ottica, perché nulla vi sarebbe che possa essere ricercato, e condiviso, come valido al di là della scelta soggettiva: neppure quando ciò che si assuma condivisibile venga definito secondo il metodo democratico, e non in forza del rimando a istanze autoritative precostituite.

Ebbene, proprio perché nulla potrebbe essere legittimamente proposto all'autonomia decisionale del condannato, salvo violare l'incondizionatezza di tale autonomia (refrattaria, di conseguenza, pure a qualsiasi velleità solidaristica), resta aperta la sola prospettiva dell'intervento sul *corpo* di chi sia punito, attraverso una sofferenza suscettibile di essere subita in modo *passivo*.

Nessun dialogo, nessun rapporto, nessun appello alla *libertà* dell'interlocutore: su questa via l'agente di reato, nel momento in cui subisce la pena, è solo un *corpo*, non si distingue dall'animale (si rammenti l'equiparazione che temeva Hegel), o dalle cose. Esclusa l'interazione con la sua psiche, rimane l'applicazione della sofferenza² (non senza che ci si debba chiedere come dunque giustificare l'intento indubbiamente motivazionale di tutti i precetti normativi).

Una prospettiva la quale finisce paradossalmente per essere condivisa da sponde politico-culturali antitetiche: quella orientata al radicalismo individualista e quella che vede in qualsiasi impegno per il recupero del condannato un'operazione manipolatoria di controllo sociale, rispondente agli assetti di potere costituiti.

La dignità dell'essere umano, peraltro, non può essere salvaguardata al di fuori di un contesto relazionale; e i principi giuridici dell'ordinamento democratico miranti a un assetto pacifico della convivenza civile non sono riducibili, nonostante le loro contraddizioni, a una congiura di poteri occulti.

Se questo è vero, una strategia di risposta ai reati che valorizzi la dignità del soggetto agente considerandolo interlocutore ancora capace di scelte *libere* e che tenga conto di come la vigenza effettiva delle norme giuridiche dipenda soprattutto dal *consenso* può avere *chance* preventive alquanto interessanti.

8. Ne deriva la necessità di un impegno serio, che anche la filosofia giuridica dovrebbe avvertire, mirante a ripensare

² Tutt'altro che metaforica, fino agli effetti più devastanti: "ci sono condizioni di disagio per la popolazione detenuta, con un numero non indifferente di gesti suicidari e di decessi per malattia" (così il Procuratore generale di Milano all'inaugurazione del corrente anno giudiziario, in *Il Sole-24 Ore*, 13 gennaio 2002, p. 13); circa il suicidio in carcere è istruttivo il *dossier*, con dati statistici comparativi, di G. TAMBURINO in «Le Due Città. Rivista dell'amministrazione penitenziaria», 2001, 11, p. 26 ss.

l'intero apparato sanzionatorio, tanto più in una fase ormai avviata di riforma del codice penale³.

Si tratta essenzialmente di riflettere sull'ampia gamma delle possibili sanzioni non detentive: sulle pene prestazione, sui percorsi assistiti di recupero, sulle situazioni in cui emerga l'opportunità dell'intervento terapeutico-riabilitativo, sulla utilizzazione della pena pecuniaria, sui provvedimenti interdittivi, e così via.

L'*effettività* e con essa l'*umanità* del diritto penale sono recuperabili solo potenziando drasticamente l'ambito degli interventi non implicanti la reclusione, dei quali peraltro – seppure risultino nel loro complesso assai meno costosi del ricorso al carcere – va costruita *ab imis* la stessa struttura organizzativa, finora del tutto trascurata.

Uno spazio particolare meriterebbe l'analisi della c.d. mediazione penale, consistente, in estrema sintesi, in una possibilità di confronto – assente il giudice e dunque aperta alla *verità* – fra agente di reato e vittima, nel cui ambito lo stesso imputato può offrire impegni che attestino la sua disponibilità alla riparazione e all'assunzione di un futuro atteggiamento responsabile nei confronti dei beni offesi: dell'intera procedura – sperimentata in ambito minorile e ora prevista espressamente dalla normativa sulla competenza penale del giudice di pace – il giudice viene a conoscere, tramite il mediatore, soltanto *i risultati*, suscettibili di assumere rilievo a diverso titolo nell'individuazione delle conseguenze sanzionatorie.

È uno strumento cui viene dedicata notevole attenzione nel dibattito internazionale, anche alla luce degli indirizzi in corso di perfezionamento da parte dell'ONU, e che può dirsi davvero paradigmatico di un approccio innovativo ai provvedimenti penali.

³ Si consenta il rinvio, per una trattazione più ampia, a L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2002, fasc. 1.

Il passaggio dalla visione con cui la filosofia giuridica ha tradizionalmente affrontato il problema della pena alla considerazione dei temi nuovi or ora evocati potrebbe risultare, ad avviso del penalista, di estremo interesse. Ne potrebbe derivare la constatazione che molteplici esigenze (di riaffermazione del diritto violato, di opposizione alla “*ragion fattasi*”, di non strumentalizzazione della persona umana, *etc.*) ancorate nel passato allo schema retributivo della giustizia sono in grado di trovare una risposta ben più soddisfacente ove da quello schema, riconducibile alla ritorsione del male, si prenda commiato.

Deve in ogni caso rimanere ferma la consapevolezza che la risposta ai reati implica una strategia politico-criminale non coincidente con la politica penale, né, più in generale, con il ricorso a sanzioni: essa richiede, piuttosto, il concorso di tutti i settori del diritto, come pure della politica sociale e della dimensione educativo-culturale, al fine di ridurre per quanto possibile l’incidenza dei fattori che oggettivamente favoriscono i percorsi criminosi.

Un’ulteriore, importante chiarificazione da parte della filosofia giuridica contemporanea potrebbe in tal senso attenere al definitivo superamento del dubbio paralizzante, dalla medesima a lungo coltivato, che la considerazione in sede penale ed extrapenale – non eludibile se non forzando la realtà – dei fattori suddetti e della stessa personalità di chi delinque possa compromettere, come accadeva con gli approcci positivisticci ottocenteschi, un’immagine dell’uomo idonea a salvaguardarne l’autonomia e a promuoverne la responsabilità.

Massimo Pavarini

FUNZIONI E LIMITI DEL PUNIRE*

Alcune confuse e sparse osservazioni. Ovvero come chi è attento alla «penalità nei fatti» legge chi si interessa al «dover essere dei castighi legali». Legge ed osserva.

1. *Pene di fatto e pena legale*

Dopo aver letto il bel volume *Pena e riparazione*, mi domando: è possibile, pur da un punto di vista filosofico, interrogarsi sulla pena, tenendo conto solo ed unicamente della pena legale, della pena criminale? È possibile capire la natura profonda della sofferenza legale al di fuori di un contesto di senso in cui «punire» è una pratica sociale da sempre ed ovunque comunque diffusa?

Una nozione di pena che si limiti a coglierne i soli profili descrittivi conviene su alcuni attributi essenziali: la natura afflittiva, programmatica, espressiva e strategica della reazione punitiva. La qualità afflittiva definisce l'effetto di produzione di deficit nei confronti del punito, come riduzione di diritti e/o soddisfacimento di bisogni; nel contempo l'azione repressiva deve apparire intenzionale al fine di determinare una relazione di senso — come riprovazione e censura — tra questa e il soggetto passivo. La natura espressiva della pena coglie

* La presente versione si limita a correggere la sola forma, integrando con alcuni riferimenti bibliografici, senza nulla aggiungere al contenuto della relazione orale (N. d. A.).

invece la dimensione simbolica della reazione punitiva volta ad esprimere la pretesa di autorità di chi punisce; essa, infine, si sviluppa in un contesto situazionale come funzione volta alla conservazione di determinati rapporti di potere. Insomma la pena è una modalità universale e diffusa — vero *topos* antropologico — di relazione sociale.

Appunto si punisce comunque ed ovunque: non c'è pratica pedagogica che non contempra dare intenzionalmente, espressivamente sofferenza ad altri in un rapporto squilibrato di potere; si puniscono gli Stati, meglio le comunità nazionali, nella politica internazionale; si punisce nella competizione sportiva, si punisce nei rapporti affettivi; non c'è religione che non minacci qualche inferno; ecc. Ma soprattutto, accanto e oltre ogni sistema legale di pene, esistono pene illegali e di fatto pur sempre agite pubblicamente (si pensi ad alcune modalità repressive della polizia).

Le pene legali aggiungono agli attributi fattuali sopra indicati uno normativo, che come tale non è un nuovo elemento di riconoscibilità, ma di sola attribuzione: se la reazione punitiva appartiene legittimamente allo Stato essa si definisce appunto come legale.

Affatto paradossalmente, gli scopi delle pene legali (di retribuzione e di prevenzione) riescono — per quanto sempre più malamente — a legittimare monopolisticamente il diritto statale di punire perché danno per implicito che comunque ed altrimenti si punisce e/o si punirebbe ancor più se appunto il Principe non provvedesse ad avocare a se questa dolorosa ma necessaria incombenza. Le ideologie penologiche che invocano la proporzionalità, ovvero che si orientano teleologicamente a narrare di «fare del bene mentre infliggono un male» (espediente per mitigare il senso di vergogna del Principe?), non potrebbero reggere appunto se le relazioni sociali non utilizzassero già diffusamente la risorsa del punire.

2. Le «buone maniere» del dare intenzionalmente sofferenza ad altri

Una seconda assenza nella letteratura di riferimento del volume in esame ancor più mi stupisce. Penso ad Elias.

È impossibile infatti cogliere la natura delle pene nella modernità e post-modernità — di quelle di fatto come di quelle legali — senza tenere nel debito conto il “processo di civilizzazione” all’interno delle quali anche le relazioni punitive finiscono per darsi e trasformarsi. La traduzione più superficiale di questo paradigma è quello offerto dalla umanizzazione dei castighi, nel passaggio in epoca moderna dalle pene che gravitano sull’“economia politica dei corpi” a quelle che investono sull’“economia politica dello spirito” (secondo il lessico di FOUCAULT in *Surveiller et punir. Naissance de la Prison*, Paris, 1975).

Ed è in quest’ottica, ad esempio, che GARLAND in *Punishment and Modern Society*, Oxford, 1990 legge ELIAS di *Il processo di civilizzazione. La civiltà delle buone maniere*, Bologna, 1983, nel dare conto dell’emergere delle pene privative e di quelle limitative della libertà rispetto a quelle corporali. Ma è appunto una lettura possibile, per altro semplicistica.

La questione potrebbe essere posta anche in termini più radicali: la necessità di produzione di ordine sociale attraverso la censura, per dirla alla SUMNER (*Censure, Politics and Criminal Justice*, 1990) — o altrimenti detto, le “vecchie” necessità durkheimiane di determinazione di identità sociale attraverso pratiche di differenziazione (vedi, da ultimo, in questo senso MELOSSI, *Stati forti e definiti della coscienza collettiva e l’idea di una “responsabilità condivisa”*, in «Iride. Filosofia e discussione pubblica», 2001, IV, n. 32) — possono nel “processo di civilizzazione” progressivamente rinunciare alla produzione artificiale di sofferenza? Come dire: si può censurare — e quindi socialmente stigmatizzare — senza punire?

Penso *in primis* a BRAITHWHITE di *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, 1989. Se la funzione più propria della reazione sociale ed istituzionale al crimine è la produzione di “reintegrazione sociale” — nel senso ad esempio non diversamente oggi espresso nella scienza penalistica da JAKOBS, *Schuld and Prevention*, Tübingen, 1976 e *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin, 1983, per quanto nell’approccio sistemico il bene della prevenzione integratrice si realizzi sempre “artificialmente” attraverso la pena — la reazione nei confronti del trasgressore funzionalmente si determina ove produca in questi “vergogna”. Prima ed oltre la produzione di vergogna, ogni reazione è gratuita e nociva violenza, nel senso che risulta disfunzionale al processo stesso di reintegrazione sociale. Purtroppo la produzione sociale di vergogna attraverso la censura è solo un effetto auspicabile e mai necessitato della pena stessa. In effetti, la funzione sociale (auspicabile) della pena finisce per esaurirsi prima che la pena venga effettivamente agita. Comunque sempre: perché ha già prodotto vergogna, ovvero perché non lo ha prodotta e quindi mai più la produrrà.

Ed è per questa ragione, forse, che la pena si incarica di determinare artificialmente censura attraverso la “degradazione sociale” del trasgressore che non arrossisce per la propria colpa. Come dire: se non ti vergogni per la tua condotta disdicevole, ti dovrai vergognare perché sarai fatto oggetto passivo di una sofferenza “umiliante”. Ma se così fosse, la pena legale non potrebbe mai definitivamente “umanizzarsi”, perché esisterebbe comunque un limite invalicabile al “processo di civilizzazione” del sistema della giustizia criminale. Questo limite sarebbe dato dalle necessità proprie della pena legale nella produzione aggiuntiva di *handicap* (fisici, psichici, culturali, economici) in capo al condannato per finalità di “degradazione sociale”: per quelli che ci appaiono come stigmati sulla carne del condannato, basti per tutti il riferimento a GONIN (*La santé incarcérée. Médecine et conditions de vie en détention*, Paris, 1991); per quelli invece

che nascostamente operano per ridurre le aspettative nella qualità della vita futura del detenuto, il riferimento ancora obbligato è alla regola strutturale della “*less egibility*”.

3. Il controllo sociale oggi, al di fuori della cultura della pena?

Mi sembra che il governo materiale della penalità legale oggi abbia ben poco a che vedere con quando descrittivamente possiamo attribuire alla natura della pena. Come si fosse operato un fraintendimento lessicale: pigramente usiamo il termine pena per definire altro. La modernità ci ha trasmesso una nozione di penalità legale che da un punto di vista descrittivo si costruisce su alcuni attributi essenziali: la natura afflittiva, espressiva e strategica della reazione punitiva...

Mi domando: la penalità materiale oggi, risponde ancora alla definizione di castigo legale tramandataci dalla modernità?

Teniamo conto di alcuni processi storici.

In primo luogo la progressiva trasformazione del sistema penale da un modello ideale segnato da una forte razionalità intrasistemica verso un modello autopoietico dove le nuove necessità di disciplina obbligano il sistema stesso a continui rinvii a contesti extra-penali di riferimento e lo rendono nel contempo sempre più condizionato da un policentrismo di fonti e poteri non gerarchizzati né gerarchizzabili in termini rigorosamente predeterminati (da ultimo, vedi DONINI, *Della legislazione penale complementare: il suo significato “costituente” per la riforma del codice*, in *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padova, 2000).

In secondo luogo, la progressiva residualità del sistema penale assiologicamente fondato su valori socialmente condivisi e quindi ad esso stesso pre-esistenti in favore di un sistema penale prevalentemente artificiale (per tutti, vedi

SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990).

Queste tendenze non sono accidentali e contingenti, ma ineriscono all'esistenza stessa di un sistema di diritto penale moderno.

La penalità moderna si reggeva in ultima istanza su un "pregiudizio", cioè sulla fede nell'esistenza di un attributo del sistema penale — la sua connaturata capacità censoria — che si dava come evidente, ma evidente non è fino a quanto non sia provato scientificamente. E non ci risulta che esista dimostrazione "empirica" della sua esistenza, oggi.

La funzione di censura del sistema penale moderno non è affatto dimostrata, ma solo presupposta: che esso abbia la virtù di "segnare" "socialmente" quanto "normativamente" (e quindi formalmente) da esso nominato perché in possesso di questa forza simbolica, è oggi una semplice illusione.

Cerco di farmi capire.

La maggioranza del diritto penale è oramai extracodicistico ed è prevalentemente composto da incriminazioni contravvenzionali (e di conseguenza per effetto della natura artificiale delle stesse è assente ogni percezione sociale di disvalore nelle condotte così tipicizzate); ed ancora: il diritto penale protegge oramai prevalentemente funzione proprie dello Stato.

Ma ciò nonostante, pur sempre "penale" è, e per questo solo capace di perseguire finalità di censura sociale?

In termini più teorici: la natura simbolica e la conseguente efficacia stigmatizzante della censura sono forse esclusivi attributi del diritto penale "classico" meglio "primitivo", cioè del diritto penale che criminalizza non tanto condotte socialmente avvertite come meritevoli di pena, quanto autori socialmente sofferti come "diversi". Insomma: la funzione simbolica del diritto penale discende dal ruolo del sistema di giustizia penale classico nella riproduzione delle differenze sociali, cioè nella conservazione della realtà sociale diseguale (vedi PH. ROBERT, *Gli effetti della pena per la*

società, in «Dei delitti e delle pene», 1984, III). La censura è quindi in ragione della minaccia di una pena che persegue il fine latente di trasformare socialmente in criminale il trasgressore (secondo le indicazioni originariamente individuate da MATZA, in *Delinquency and Drift*, New York, 1964 e in *Becoming deviant*, Englewood Cliffs, 1969). E il marchio criminale, lo stigma che consente di riconoscere il deviante come appartenente alla classe criminale è ciò che attribuisce al sistema penale la virtù di orientare eventualmente alla conformità l'universo sociale dei potenziali violatori della legge e di confermare nella fiducia istituzionale l'universo sociale degli osservanti. La minaccia di una reazione istituzionale che non sia comunque — per quanto astrattamente ed eventualmente — in grado di ridurre o minacciare lo *status* sociale del violatore, non sia cioè “degradante”, non è riconosciuta né riconoscibile neppure come pena. E socialmente la stessa pena pecuniaria è pena e non tassa solo se effettivamente idonea a ridurre “visibilmente” lo *status* economico e quindi sociale del punito.

Se mai esistono (ed esistono copiosamente) ricerche empiriche, esse sono unanimemente nel senso di confermare che l'idea socialmente costruita e diffusa è quella che identifica come penale il solo diritto criminale arcaico e come pena quelle sole sofferenze legali socialmente avvertite come degradanti e quindi stigmatizzanti. Come dire che la funzione simbolica del diritto penale si produce socialmente, come valore aggiunto, dalla sua originaria funzione materiale di strumento di produzione e riproduzione della differenziazione sociale. Se quindi è comprensibile come un diffuso alone illumini socialmente con effetti di censura quanto comunque prossimo a quel nucleo originario, tanto più da questo ci si allontana, tanto più si affievolisce la possibilità di trasmettere socialmente censura. E qui vale una regola dell'economia classica — quella che ci insegna come la moneta cattiva cacci quella buona: tanto più si diffonde l'area della criminalizzazione oltre la sfera di quanto socialmente avvertito

come meritevole di censura, non solo non si produce censura, ma si corre il rischio di affievolire anche quella originariamente avvertita come meritevole. La criminologia ci insegna che un effetto collaterale al processo di iperpenalizzazione è proprio di minacciare la funzione sociale del processo di criminalizzazione, cioè il riconoscimento sociale del disvalore di alcune condotte.

In assenza di una penalità materiale capace di produrre differenziazione sociale, anche la dimensione simbolica di sola censura finisce per perdersi o per rendersi — almeno sociologicamente — evanescente. Mi sembra un errore di fraintendimento definire pertanto diritto penale simbolico, il diritto penale che si aliena dalla sua funzione di produzione di differenziazione sociale perché non più capace di censurare.

4. Il controllo sociale si è già liberato dalla necessità di punire?

Se da una parte il diritto penale moderno sempre più è portato a criminalizzare attori sociali nei cui confronti è assente una domanda sociale di censura e di degradazione per finalità di integrazione sociale, dall'altro lato attraverso il diritto penale si perseguono finalità di controllo sociale di tipologie d'autore che non necessitano di alcun ricorso alla risorsa della pena in senso proprio per essere controllati.

Una volta che teorizziamo quale scopo del sistema penale quello della difesa sociale e quindi, in ultima istanza, finiamo per imboccare il tunnel della incapacitazione selettiva di soggetti socialmente avvertiti come pericolosi (da ultimo, così diffusamente mi sono espresso in *Lucha contra la criminalidad organizada y "negociacion" de la pena*, in *Nada personal... Esayos sobre crimen organizado y sistema de justicia*, a cura di Virgolini-Slokar, Buenos Aires, 2001), la pena di fatto si svilisce a misura di polizia, che si qualifica appunto per possedere attributi contrari a quelli della pena: non

è espressiva, non è programmatica, non vuole produrre intenzionalmente sofferenza. Vuole solo ridurre il rischio sociale da criminalità mettendo nella condizione di non nuocere chi avverte come pericoloso, neutralizzandolo.

Questa strategia si misura e legittima solo rispetto alle proprie funzioni — cioè è attenta solo al proprio *output* — assolutamente sorda alle sue ragioni interne, al proprio *input*, semplicemente perché questo è contingentemente imposto appunto dall'esterno, da ciò che socialmente e politicamente si avverte come bisognoso di neutralizzazione.

Riflettiamo brevemente e sociologicamente sull'universo sociale carcerizzato oggi, composto dai soli autori che soffrono materialmente di incapacitazione attraverso l'esclusione, cioè composto dai soli autori socialmente controllati. Faccio riferimento, a livello esemplificativo, alla sola realtà italiana.

Esiste un primo universo di soggetti deboli. Chi ha confidenza con le patrie galere, ben intende chi siano oggi in Italia i marginali carcerizzati: oramai un 25% dell'intera popolazione penalmente ristretta è costituita da immigrati extracomunitari (vedi BARBAGLI, *Immigrazione e criminalità in Italia*, Bologna, 1998) che contende l'egemonia ad un 30% di giovani tossicodipendenti. A cui possiamo tranquillamente aggiungere un altro 20% di giovani marginali, prevalentemente professionalizzatesi in piccoli e medi reati predatori (vedi ancora BARBAGLI, *L'occasione e l'uomo ladro. Furti e rapine in Italia*, Bologna, 1995). In buona sostanza il «diritto penale della prigione» (come mi sono espresso in *La "penitenziarizzazione" della giustizia penale*, in *La giustizia negoziata*, a cura di S. Moccia, 1998, Napoli) — cioè di quello che effettivamente si fonda sulla sola pena che è in grado di giustificare la specificità del sistema stesso di giustizia penale — finisce per supplire — ma con ciò anche per confondersi ed inquinarsi — con un sistema di controllo sociale di polizia. In questo caso la domanda di penalità non si legittima certo per finalità di meritevolezza del castigo (anzi, in ragione appunto

della debolezza dei soggetti penalizzati, il paradigma del *deficit* ci indurrebbe a ritenere che essi meritino ben poco di essere puniti per “avere fatto il male pur potendo fare il bene”) e di fronte alla crisi del mito della risocializzazione, non possiamo oggi (diversamente da ieri) neppure illuderci che si debbano punire per ragioni special-preventive ed infine, in ragione della dimensione di massa di questa illegalità, faticerei anche a pensare che la pena possa realizzare lo scopo di deterrenza. Questi “scarti” sociali vengono puniti e carcerizzati per necessità di incapacitazione in quanto attori devianti che non si riesce altrimenti a disciplinare, ovvero che risulta troppo costoso controllare attraverso politiche preventive. Se così è, allora non è scontato che la sola risposta debba essere sempre e comunque la privazione della libertà. E’ possibile che altre modalità di controllo siano altrettanto efficaci per scopi di neutralizzazione e nel contempo anche meno costose. Penso, ad esempio, a forme di controllo elettronico, sul modello già altrove sperimentato. Certo, politiche di solo controllo situazionale potranno momentaneamente soddisfare necessità di prevenzione, ma non impedire che questo universo di marginalità continui a recidivare. Ma nei confronti di questa clientela l’approccio tecnocratico della penologia amministrativa — privo com’è di ogni intento finalistico che non sia quello di rendere compatibile le scarse risorse con le molte funzioni di controllo — è in grado di ribaltare significativamente le storiche sconfitte del sistema di giustizia penale in segni di successo: così il tema della recidività — vero *vulnus* della fede correzionalistica — viene assunto come indice di successo del sistema nell’individuazione precisa del *target* che deve essere neutralizzato. Da qui la scelta cinica avanzata dalla penologia americana del *three strikes you are out*, cioè della pena perpetua per i recidivi anche di reati poco gravi.

Esiste poi un diverso per quanto contenuto universo sociale di devianti — dai dati offerti dalla Amministrazione penitenziaria compreso tra il 10 e il 14% della popolazione

penalmente ristretta — composto da soggetti avvertiti come particolarmente pericolosi (nel nostro sistema possiamo pensare a quelli indicati dall'art. 4bis dell'Ordinamento penitenziario), per i quali ancora più che per i precedenti valgono necessità di neutralizzazione. Ma anche in questo caso la risposta neutralizzante non necessariamente trova piena soddisfazione nella sola privazione della libertà per un *quantum* di tempo. Per questi vale di più la pena indeterminata in strutture di massima sicurezza. Insomma, anche qui a ben intendere, la risposta adeguata non è la pena, ma qualche cosa che ha a che vedere — nel senso che nella sostanza è sempre più simile a — con le misure di sicurezza per gli imputabili. Ed in effetti in questo caso il sistema penale supplisce esigenze di contrasto e di controllo della criminalità di natura politico-amministrativa, come amministrative sono in sostanza le misure di sicurezza, e ogni risposta che si fondi su sole valutazioni di pericolosità.

Questi due universi sociali di puniti costituiscono quasi l'intero universo del «diritto penale della prigione», approssimativamente circa l'80% di chi soffre una pena detentiva.

Di regola, quando si osserva che in questi ultimissimi anni in Italia il flusso degli entrati in carcere dallo stato di libertà si attesta su una cifra assoluta di poco superiore alle 100.000 unità, si rischia di non prestare attenzione al significato “in percentuale” che il criterio di selettività opera su questo universo. L'esperienza detentiva viene mediamente sofferta ogni anno da due cittadini su 1000 residenti; ma in ragione delle variabili quali l'età e il genere maschile (sappiamo che sempre ed ovunque il carcere è prevalentemente abitato da uomini giovani) possiamo ragionevolmente calcolare che ogni duecento giovani maschi, almeno uno viene annualmente carcerizzato. Se consideriamo poi anche la variabile certamente più difficile da calcolare quale la povertà, forse potremmo osare ritenere che ogni 50 giovani maschi poveri, annualmente uno viene penalmente controllato. Se poi

teniamo conto della variabile immigrazione, forse, è ragionevole ritenere che ogni 20 giovani maschi immigrati clandestinamente, uno entra nel circuito carcerario. E forse, senza volere rischiare il paradosso, credo sia prossimo alla verità affermare che per l'universo di giovani maschi tossicodipendenti da eroina e che provengono dalle classi sociali più disagiate, un periodo o periodi più o meno lunghi di detenzione nell'arco della loro esistenza tossicomana siano statisticamente eventi quasi obbligati.

Allora mi chiedo: che c'entra tutto questo con la pena? Che c'entra questa razionalità da "*mass imprisonment*" nella amministrazione della neutralizzazione selettiva con quanto la filosofia chiama "pena"? Con ben altra inquietudine politica e culturale di quanto non sia riscontrabile in Italia, di recente alcuni penologi americani si interrogano sugli effetti sulla stessa teoria della pena di una incarcerizzazione che si qualifica sempre nella pratica dell'esclusione penale dell'intera marginalità sociale (vedi l'ultimo GARLAND, *The meaning of mass imprisonment*, in «Punishment and Society», 2001, vol. 3, n. 1 e SIMON, *Fear and loathing in late modernity: Reflections on the cultural sources of mass imprisonment*, nello stesso luogo).

Accanto a questo universo di puniti con la pena carceraria esiste poi il sistema penale dell'ontologica ineffettività sanzionatoria, in altre parole il sistema di diritto penale come solo «rischio sociale». Il bisogno di penalità nei confronti degli autori di questi illeciti artificiali non risponde a necessità di difesa sociale e quindi di una risposta neutralizzante attraverso la pena della privazione della libertà. In questo caso il bisogno di penalità si costruisce sul criterio della meritevolezza del castigo, per finalità di sola censura di alcune condotte e non certo di difesa sociale nei confronti di alcuni autori.

Ed è proprio al cospetto di questo universo di condotte illecite meritevoli di censura ma di fatto agite da soggetti niente affatto bisognosi di essere socialmente controllati e

neutralizzati attraverso la pena del carcere, che naufraga irrimediabilmente ogni teoria giustifica della pena. La contraddizione si offre all'analisi critica come paradossale: la sola pena che possiamo giustificare non è socialmente praticabile; la sola sofferenza che di fatto irrogiamo, non è giustificabile.

PARTE SECONDA

INTERVENTI

Carlo Nordio

**GIUDICI E GIUSTIZIA:
LE RAGIONI DI UN'EMERGENZA**

Dopo avere sentito questa mattina tutta una serie d'interventi di ordine teorico sulla funzione della pena e sul rapporto fra violazione della legge e sanzione preventiva o retributiva, da me sentirete parole di pragmatismo, anche se saranno dovutamente temperate da un doveroso 'bagno' di teoria e di filosofia.

Purtroppo i magistrati, e particolarmente i pubblici ministeri, sono così affondati e affossati nella realtà quotidiana da perdere la prospettiva della teoria generale del diritto, ragion per cui io renderei obbligatoria, tra le tante forme di aggiornamento dei magistrati, una verifica o uno *stage* almeno quinquennale di teoria generale del diritto o di filosofia del diritto (che, secondo me, ha o dovrebbe avere la prevalenza o la preminenza nell'educazione di un giurista): anche per quelli come noi, che sono per metà giuristi (quando vestono la toga e vanno in udienza) e per metà poliziotti (quando invece, come PM, sono capi della polizia giudiziaria e dirigono le indagini). Perché soltanto attraverso il 'bagno' nella teoria generale si riprendono quelle visioni generali e astratte che fanno della legge una norma che ha un suo significato sistematico ed organico. Cosa che invece sia il legislatore (e questo è più grave), sia il PM hanno da tempo perduto.

E ne farò degli esempi, subito, parlando della pratica. Le *emergenze* della nostra giustizia sono, come sapete, molte: alcune le posso indicare semplicemente come una sorta di

petulanza e litania; sulle altre, invece, concentrerò questa modesta chiacchierata.

Un'emergenza è, prima di tutto, la lentezza dei processi. Voi sapete che la durata media di un processo civile è in Italia, oggi, di circa quindici anni; quella del processo penale è un po' inferiore, ma è sempre intollerabilmente lunga: da otto a dieci anni. Un'altra emergenza è quella che paradossalmente potremmo chiamare, da un punto di vista procedurale, la discrasia tra la presunzione di innocenza e le sue conseguenze, e la dichiarazione di colpevolezza e le sue conseguenze. Mi spiego. In Italia, tanto è facile entrare in prigione prima del processo (quando si è presunti innocenti), quanto è facile uscirne dopo la sentenza definitiva di condanna (quando si è colpevoli conclamati). Voi sapete che per la nostra Costituzione vige la presunzione di innocenza; ciò nonostante una gran parte dei detenuti sono in attesa di giudizio e, paradossalmente, una volta che (dopo una serie di processi lunghi, dolorosi e costosi) una persona è stata trovata e dichiarata colpevole, si inizia un procedimento uguale e contrario (altrettanto costoso e faticoso) per farlo uscire da dove avevamo così faticosamente cercato di portarlo: cioè dalla prigione. Ripeto: questa è secondo me un'emergenza logica, giuridica e razionale (o irrazionale): in Italia è facile entrare in prigione quando si è presunti innocenti e altrettanto facile uscirne quando si è conclamati colpevoli.

Poi c'è tutta un'altra serie di emergenze di ordine sostanziale: la microcriminalità organizzata (organizzata nel senso che dipende da un'organizzazione globale di sistema, vorrei dire, consolidata per la quale non può esservi risposta se non con un'azione strategica da parte dello Stato). Esempio: la criminalità correlata alle sostanze stupefacenti. Noi in Italia abbiamo quattrocentomila o cinquecentomila tossicodipendenti da eroina; tutte queste persone abbisognano quotidianamente di circa mezzo milione di lire per procurarsi la dose e di questa abbisognano non per procurarsi piacere, ma per evitare un dolore. Detta in termini civilistici, non combattono *de lucro*

captando, ma *de damno vitando*. Ci si droga non per star bene o per star meglio, non per provare piacere, ma per evitare la sensazione di dolore che deriva dall'astinenza. Queste cose le sappiamo: le sa il legislatore, le sanno i magistrati, le sanno i poliziotti, le sanno i tossicodipendenti. Quindi abbiamo ogni giorno cinquecentomila persone che sono costrette a delinquere, cioè a rubare, per procurarsi i denari necessari e sufficienti per procurarsi la dose. Quindi abbiamo una serie di alternative tutte emergenziali: perché o queste persone non le prendiamo, cioè vanno impunte, e allora abbiamo il fallimento della legge; oppure le prendiamo e abbiamo l'intasamento delle carceri. Se noi, paradossalmente, per un colpo di bacchetta magica, riuscissimo ogni giorno a prendere tutti i ladri o i ladruncoli che sono tali per tossicodipendenza, moltiplicheremmo i problemi: perché le nostre carceri che già scoppiano con settantamila detenuti diventerebbero completamente ingestibili con quattrocentomila detenuti. E quindi la scelta è strategica: bisogna fare qualche cosa, ma può pensarci soltanto il potere politico.

Un'altra emergenza è quella dell'immigrazione clandestina e dei reati ad essa collegati. Anche qui bisogna guardare le cose come sono: il clandestino che entra in Italia non è il più debole fra i deboli, il più disgraziato fra i disgraziati. Il più debole fra i deboli, il più disgraziato fra i disgraziati, cioè il vecchio ammalato, rimane in Albania, rimane in Kosovo, rimane in Kurdistan perché non ha né le energie per arrivare in Italia, né i soldi per pagare gli scafisti che portano i clandestini, contrabbandandoli al lauto prezzo di cinquemila marchi tedeschi ciascheduno. Quindi è un'ipocrisia colossale quella di dire che noi accettiamo queste persone per pietà cristiana, perbenismo, buonismo e solidale fraternità: no! Li accettiamo per impotenza e rassegnazione, perché non siamo capaci di impedire il loro ingresso in Italia, e soprattutto non siamo capaci di buttarli fuori. Questa è la realtà delle cose, anche se non si ha il coraggio di dirlo. Così arrivano in Italia i forti tra i forti (certo, qualcuno si porta appresso il bambino, la

famiglia o magari il vecchio genitore), quelli che hanno la capacità di affrontare il viaggio e, soprattutto, di pagarlo. La capacità di pagare il viaggio da parte del clandestino non è correlata alle sue capacità economiche, perché se questo clandestino possedesse i venti o trenta milioni di lire necessari per pagare il trasporto di cinque persone, sarebbe già ricco a casa sua e non avrebbe bisogno di emigrare. In realtà queste persone non hanno una lira e arrivano in Italia già indebitate con le strutture criminali che le portano e nei cui confronti si devono, alla fine, sdebitare. Queste persone, questi creditori non esigono il loro credito attraverso gli usuali strumenti della nostra giustizia civile, lenta ed incerta. Hanno sistemi di riscossione estremamente più convincenti e incisivi. Se paghi paghi; se non paghi, dopo tre mesi ti trovano cadavere lungo l'autostrada. Allora, per pagare questi debiti, cosa possono fare queste persone? Possono fare due cose: se sono donne, se sono giovani e carine, vanno a prostituirsi lungo le strade. E infatti noi vediamo che le nostre strade sono diventate degli immensi bordelli. Se invece non hanno questa possibilità vanno a delinquere, cioè a rubare, a commettere quei piccoli reati necessari e sufficienti per risparmiare e per pagare con quel gruzzolo risparmiato le organizzazioni criminali che li hanno portati qui. Tutto il resto è vana retorica e vuota metafisica speculativa, perché questa è la realtà delle cose. E quando uno ha il coraggio di dirle, in genere si sente rispondere con vaghe affermazioni e aspirazioni molto belle, molto solidali e molto cristiane alla fraternità, all'accoglienza e magari alla necessità per il nostro Paese di introdurre energie nuove attraverso l'immigrazione da altri Paesi. Tutte cose che non hanno nulla a che vedere con questi problemi.

Sappiamo perfettamente che le civiltà industriali avanzate hanno bisogno, proprio perché spesso la civiltà coincide con la crisi demografica, di energie nuove – e che queste energie arrivano dall'estero. Chiunque abbia viaggiato nella Francia o nel Regno Unito negli ultimi trent'anni sa che non esiste un mestiere umile a Londra o a Parigi che sia svolto

da una persona con la pelle bianca. Primo, perché c'è una crisi demografica; secondo, perché nei Paesi evoluti e ricchi certi lavori gli abitanti del luogo non li vogliono più fare. È verissimo quindi che c'è bisogno di queste energie nuove, ma sono energie che devono entrare in Italia in modo regolato, in modo controllato e naturalmente anche devono essere retribuite secondo un normale criterio di uguaglianza rispetto a tutti gli altri cittadini italiani.

Quindi sono due problemi totalmente diversi, ma in genere si tende a confonderli, e noi abbiamo una serie di personaggi (che ormai rappresentano oltre il 50% della nostra popolazione carceraria) che sono stati imprigionati perché colti nella fragranza di un reato contro il patrimonio. Nei confronti di queste persone qualsiasi forma di amnistia, di provvedimento di svuotamento delle carceri, qualsiasi provvedimento contingente, di clemenza o di apertura di credito sarebbe assolutamente inutile: perché sono persone che, lo ripeto, debbono sdebitarsi verso le organizzazioni criminali che le hanno portate in Italia, e non hanno altra via se non quella del delitto. Queste sono le emergenze, diciamo così, di ordine politico sostanziale.

Ma quella che interessa di più oggi in quest'Università, che è il tempio del sapere e non un luogo di comizio politico, è un'emergenza più strutturale, più teorica, più procedurale. Ed è, secondo me, quella rappresentata dal fallimento totale del nuovo codice di procedura penale e dalla sua assoluta incompatibilità con la nostra Costituzione.

Voi sapete che nel 1989 è entrato in vigore in Italia il nuovo codice di procedura penale, il c.d. Vassalli, ispirato al modello accusatorio anglosassone inglese: quello che si fonda sull'oralità, sulla pubblicità, a differenza del vecchio codice Rocco, che era un codice segreto, inquisitorio e scritto. Il codice accusatorio funziona (ammesso che funzioni, ma in realtà funziona abbastanza bene nei Paesi anglosassoni) a certi patti: questi patti rappresentano delle regole comuni a tutti i Paesi di tradizione anglosassone, dalla Nuova Zelanda,

all’Australia, al Regno Unito, agli Stati Uniti d’America, al Sud Africa, etc. E sono fondamentali. Uno di questi è la discrezionalità dell’azione penale, nel senso che il PM decide quali processi fare e quali no. Essa non significa arbitrio, come accade invece da noi, dove il PM nominalmente è obbligato all’azione penale, poi di fatto sceglie quali processi fare e quali no senza rendere conto a nessuno (trasformando l’azione penale da obbligatoria, quale dovrebbe essere secondo la Costituzione, nemmeno in discrezionale, perché la discrezionalità implica un vincolo, ma addirittura in azione penale arbitraria). Come dire: il PM fa quello che vuole senza rendere conto a nessuno.

L’azione penale discrezionale comporta la separazione delle carriere tra PM e giudici, e ciò non significa affatto che il PM non possa fare mai il giudice. La gran parte dei *judges* americani ed inglesi provengono dalla categoria dei *prosecutors* e dall’avvocatura. Significa semplicemente che non può e non deve essere automatico il trasferimento dall’ufficio del PM all’ufficio giudicante, come invece accade in Italia sulla pura base dell’anzianità. Un PM in Italia, come ad esempio il sottoscritto, può benissimo domani andare a fare il presidente di un tribunale, di una sezione di un tribunale penale, anche nella stessa città, nella stessa aula dove fino a ieri ha svolto il ruolo di pubblico accusatore, semplicemente in base alla sua anzianità e al suo punteggio senza demerito. Tutto questo, se noi lo spieghiamo ad un collega anglosassone, in parte desta incredulità, in parte ci fa considerare dei selvaggi. Anche perché in Italia vi è addirittura, paradossalmente, un controllo dei pubblici ministeri sui giudici. Infatti, nei consigli giudiziari, che sono gli organi periferici del CSM, siedono di diritto i procuratori generali: cioè il procuratore generale della corte d’appello, massimo rappresentante dell’accusa per quel distretto, siede di diritto al consiglio giudiziario. Il quale, organo periferico del CSM, dà in prima battuta le “pagelle” ai magistrati del distretto, e non soltanto ai magistrati dell’accusa, ma a tutti, anche ai giudici! Per fare un esempio il dott.

Borrelli, procuratore generale di Milano, dà le “pagelle”, quando siede al consiglio giudiziario, ai magistrati giudicanti: ai giudici che decidono i processi da lui istruiti. Tutto questo può andare benissimo, perché nessuno dubita del dott. Borrelli quando dà i voti ai giudici che giudicano i suoi ex-imputati e magari li assolvono. Ma il cittadino, il quale per fortuna è ignaro di questo paradosso, se lo sapesse ne uscirebbe inorridito, perché non esiste al mondo la capacità, la possibilità che il giudice venga giudicato dall'accusatore dell'imputato. Anche quando spieghiamo questo ai nostri colleghi d'oltreoceano o d'oltremarica, ci prendono per pazzi, selvaggi, incivili. Eppure questa è la logica oggi in Italia: esiste, con questa unità delle carriere, la possibilità che il magistrato del PM, cioè il procuratore generale o anche il procuratore della repubblica se viene eletto nel consiglio giudiziario, dia le “pagelle” ai magistrati giudicanti. Lo dico perché è successo a me: quando io sedevo (immeritamento) nel consiglio giudiziario di Venezia, cioè del Veneto, la mattina chiedevo al signor giudice giudicante di accogliere la mia tesi, e il pomeriggio davo i voti a quel giudice quando sedevo come membro nel consiglio giudiziario. Questa è la realtà delle cose.

Quando spiego tutto ciò ai miei colleghi che sono contrari alla separazione delle carriere, essi non danno una risposta, perché non esiste risposta: si affidano anche in questo caso alla metafisica vuota della c.d. unità della giurisdizione, che è un concetto, lo ripeto, assolutamente speculativo, che non significa nulla, anche perché se unità della giurisdizione significa che della giurisdizione devono fare parte tutti coloro che sono parte essenziale nel processo, allora bisogna dire che il processo è un tavolo a tre gambe, dove esiste un giudice ma anche due parti, non una sola. Non solo un PM, ma anche un difensore: e allora, se noi dobbiamo attuare l'unità delle carriere in base al principio dell'unità della giurisdizione, dobbiamo ammettere che, come è possibile che il PM diventi automaticamente giudice, altrettanto è possibile che il giudice possa diventare avvocato con eguale automatismo. Cosa che

invece fa inorridire una buona parte dei magistrati, non appena l'argomento viene affrontato.

Un altro concetto base del processo accusatorio nel diritto anglosassone è la differenza fra giudice del fatto e giudice del diritto: voi sapete che nei processi anglosassoni il verdetto di colpevolezza o d'innocenza dell'imputato viene dato dalla giuria popolare, che appunto emana il verdetto, mentre il giudice si limita a regolare il processo. Si limita ad essere l'arbitro («Obiezione, Vostro Onore»; «Obiezione accolta» o «respinta») che, come si vede anche nei film televisivi, non interferisce nelle domande e nelle risposte, se non perché le ammette o non le ammette. Alla fine, però, il *judge* esplica il suo momento fondamentale: sia nelle istruzioni che dà alla giuria sui criteri da seguire per giudicare il fatto portato alla sua conoscenza, sia nell'emanazione della sentenza, una volta che il verdetto sul fatto sia stato emanato.

Tutto questo in Italia non esiste: la giuria popolare è costituita, come sapete, da alcuni che si limitano a seguire pedissequamente le istruzioni dei due giudici togati quando entrano in camera di consiglio.

Tutta questa serie di discrasie fra il processo accusatorio, che esiste e deve esistere negli Stati dove è nato, e che invece non esiste e non è presente in Italia (che pure ha recepito questo sistema accusatorio), ha determinato una serie di scollamenti e di incompatibilità che ha fatto collassare il processo. Ma perché questo è avvenuto? È avvenuto per due ragioni. Prima di tutto, perché nella nostra cultura giuridica manca completamente il senso del pragmatismo. E in secondo luogo, perché nella nostra legge esistente “c'è – come ha detto una volta il presidente Amato, in senso ironico – e bisogna rispettarla, la Costituzione”.

La nostra Costituzione, benché sia nata, come si dice, dall'antifascismo, dalla resistenza, paradossalmente, per quanto riguarda il processo penale ha, o aveva fino a ieri, costituzionalizzato i principi del processo inquisitorio, cioè i principi del codice Rocco fascista. Non è che lo avesse fatto

tout court scrivendo in un articolo: “Il codice fascista è recepito nella Costituzione”, ma lo aveva fatto nello spirito e in alcuni principi. Per esempio, recependo il principio dell’obbligatorietà dell’azione penale, che è una bestemmia per il codice accusatorio; recependo l’ordinamento giudiziario che prevede l’unità delle carriere; e recependo, più in generale, quel principio del giudizio etico che si traduce in sostanza in quell’altro principio che ha costituito il grimaldello con il quale la Corte Costituzionale ha distrutto il nostro processo, cioè il principio della conservazione della prova.

Se voi leggete le sentenze della nostra Corte Costituzionale, vedrete che una serie di demolizioni fatte al codice di procedura penale del 1989 poggiano su questo principio: il principio della conservazione della prova. Principio per cui una testimonianza resa al PM nel chiuso, nel segreto del proprio ufficio, viene (attraverso una serie di passaggi logici) portata e valorizzata in dibattimento, contro ogni logica del processo accusatorio, che vorrebbe e vuole che la prova si formi davanti al giudice con il rispetto del contraddittorio orale. La Corte Costituzionale, che ha sempre demolito tutti gli articoli del codice Vassalli nei quali si prevedeva che la prova si potesse formare soltanto davanti al giudice, non ha agito arbitrariamente, ma ha fatto il suo dovere. Perché il nostro codice di procedura penale accusatorio era incompatibile con la nostra Costituzione che, dal punto di vista del processo penale, era nata squisitamente inquisitoria. E se volete la riprova, la trovate in quanto ha fatto lo stesso legislatore, il quale ha dovuto cambiare pochi mesi fa l’art. 111 della Costituzione attuando il “giusto processo”. Altrimenti non ne sarebbe mai venuto fuori, nel senso che, con il vecchio art. 111 (che fissava il principio della conservazione della prova) la confessione o la testimonianza raccolta dal PM nel blindato del suo ufficio veniva portata in tribunale o anche in Corte d’Assise, e con quella una persona poteva essere condannata anche a pene dure (o, come si dice, esemplari) senza poter vedere in faccia colui che aveva reso quelle prove.

Sapete che tutto il dibattito intorno all'art. 513 è ruotato intorno a questo fatto: Tizio, davanti al PM, chiamava in causa come correo Caio; poi andava in tribunale, nell'oralità, davanti ai difensori, dicendo "Mi avvalgo della facoltà di non rispondere". Il tribunale prendeva i verbali delle dichiarazioni rese davanti al PM, li leggeva, li utilizzava, e sulla base di quei verbali condannava il disgraziato Caio, che non aveva nemmeno potuto, non dico guardare in faccia Tizio, ma neanche fargli rivolgere una domanda da parte del proprio difensore.

Per cambiare questo è stato necessario cambiare la Costituzione, o almeno una sua parte. Ma, naturalmente, non è sufficiente cambiare un articolo della Costituzione per eliminare una discrasia in realtà radicata nella netta incompatibilità fra i due istituti. E questo lo si vede nella seconda anomalia, o discrasia, fra la nostra tradizione e il sistema accusatorio: cioè l'assoluta carenza di pragmaticità. Lo si è visto nel collasso dei riti alternativi. Il processo accusatorio anglosassone è uno strumento molto fragile e molto costoso: può essere paragonato ad una Ferrari. Proprio perché la prova si forma nell'oralità del contraddittorio dibattimentale, è l'eccezione dell'eccezione. Negli Stati Uniti d'America l'azione penale è discrezionale: quindi il PM può decidere prima quale processi fare e quali no; poi, sulla base delle probabilità che ha di arrivare ad una giusta e sollecita sentenza di colpevolezza, decide quali processi coltivare e quali no. Nel diritto anglosassone esiste la retrattabilità dell'azione penale, mentre, come voi sapete, l'azione penale in Italia, oltre ad essere obbligatoria, è irretrattabile, irrefragabile: tutti miti assurdi che ci portiamo appresso da una tradizione bizantina, che non sarà mai tardi abbandonare. Resta il fatto che in Italia l'azione penale non è retrattabile: quindi, una volta che il PM ha iniziato il processo, deve portarlo fino alla fine, anche se a metà si accorge che sta "macinando acqua". Questo in America non esiste: se il PM si accorge ad un certo punto che la fine è sfuggente, ritira l'azione penale e fa risparmiare allo Stato

tempo e danaro, nonché sofferenza agli inquisiti. Bene: proprio perché il processo dibattimentale è l'eccezione dell'eccezione, gli Americani e gli Inglesi non soltanto rendono l'azione penale discrezionale, ma danno tutta una serie di opportunità alternative per evitare il dibattimento finale. Sono i cosiddetti riti alternativi: il primo è il c.d. patteggiamento. In Italia abbiamo voluto fare le cose bene (cioè male), e abbiamo limitato il patteggiamento a pochissimi reati con limiti edittali della pena estremamente ridotti, per cui non patteggia quasi nessuno e, quando patteggia, lo fa per reati bagatellari (mentre negli Stati Uniti si può patteggiare l'ergastolo per evitare la pena di morte). Il secondo è il rito abbreviato, e qui siamo arrivati al delirio. Io parlo ad un pubblico di esperti, e quindi non occorre che spieghi cos'è il rito abbreviato, ma forse avete letto (e se non lo avete letto non è colpa vostra, perché il nostro legislatore, nel suo delirio proliferativo, ormai produce leggi a raffica) l'ultima riforma della riforma sulla riforma del rito abbreviato. Il rito abbreviato dell'89 (il codice Vassalli aveva una sua coerenza) era una cosa molto semplice: se l'imputato decideva di far risparmiare tempo e denaro chiedendo il giudizio allo stato degli atti (cioè al GIP), e chiudendo lì la partita, in caso di condanna otteneva uno sconto di pena. Quindi l'imputato si fidava delle (o si affidava alle) indagini fatte dal pubblico accusatore e contenute nel fascicolo del PM; però, nel frattempo, coglieva il frutto della diminuzione di un terzo della pena, se il giudizio abbreviato gli fosse stato sfavorevole. Naturalmente occorreva il consenso del PM, rappresentante dell'accusa, e che il processo fosse definibile sulla base degli atti che già c'erano; se si fossero resi necessari degli atti ulteriori, il giudice negava l'abbreviato perché non avrebbe avuto senso. Con l'ultimissima riforma e con la riforma della riforma di dieci giorni fa, è accaduto esattamente il contrario: il parere del PM è stato tolto, e quindi noi non contiamo più niente (non che prima contassimo molto, ma questo non ha importanza). In realtà, la vera riforma è che è stato introdotto il giudizio abbreviato vincolato per la Corte,

nel senso che se l'imputato chiede il giudizio abbreviato, il PM non può dare il diniego e il giudice è obbligato a concederlo. Capite qual è la conseguenza sostanziale di questa riforma, di cui forse il legislatore non si è nemmeno reso conto? Che di fatto è stato abolito l'ergastolo: dopo decenni di discussioni teoriche se l'ergastolo dovesse essere mantenuto o soppresso, oggi il combinato disposto dell'articolo che rende obbligatoria l'adesione del giudice alla richiesta dell'abbreviato (perché non può dire di no all'imputato che lo chiede) e l'obbligatorio abbattimento della soglia della pena che trasforma l'ergastolo nella pena a trent'anni, rende (per una *consecutio logica*) l'ergastolo abolito! E in effetti, è sufficiente che oggi apriate una pagina qualunque della cronaca del *Corriere della Sera* per leggere a titoli cubitali: "I mafiosi evitano l'ergastolo". Certo, ma non per colpa dei mafiosi o per la cavillosa, bizantina malafede dei loro difensori (i quali fanno il loro mestiere): no, è la legge che lo prevede. La legge ha previsto, con una norma procedurale, una modifica ontologica di ordine sostanziale e strutturale: cioè, di fatto, l'ergastolo è stato abolito. Non solo: ma ha aggiunto che il giudice, il quale è costretto a concedere il rito abbreviato, se ritiene che il processo abbia bisogno di ulteriori indagini, deve farsele da sé. Il che porta al paradosso ulteriore per cui, dopo avere chiesto il giudizio abbreviato in quanto definibile allo stato degli atti, il giudice è obbligato a concederlo, ma in realtà, accorgendosi che il processo non è definibile allo stato degli atti, deve trasformarsi in giudice istruttore (come quello di una volta) e farsi le indagini.

Poiché questa norma vale anche per i processi in corso (per esempio quelli in Corte d'Assise), potrà verificarsi, come si sta già verificando, che gli imputati chiedano alla Corte d'Assise il giudizio abbreviato, lo ottengano, e la Corte d'Assise (nel momento in cui, leggendo gli atti del PM, si accorga che non sono sufficienti né per assolvere né per condannare, perché sono necessarie delle integrazioni) si trasformi in organo inquirente. Cioè: l'organo giudicante si trasforma nell'organo che fa le indagini, che raccoglie d'ufficio

le prove! Se raccontate queste cose ai padri del rito accusatorio anglosassone, diranno che siamo impazziti.

Ma perché tutto questo è avvenuto? È avvenuto perché il nostro legislatore (e concludo con un'osservazione di filosofia del diritto, che mi è venuta in mente parlando poco fa con i filosofi, perché da buon pragmatico non sarei riuscito ad elaborarla) non si è accorto che ha trasformato il concetto di "legge" nel concetto di "provvedimento". Perché la vecchia legge generale e astratta che dovrebbe valere per tutti e conglobare tutta una serie di comportamenti, in realtà è diventata una serie di atti episodici, contingenti, emotivi, frammentari, prodotti dal legislatore situazione per situazione. Noi in realtà questo lo sapevamo già, o meglio, non l'avevamo teorizzato ma l'avevamo capito, visto che in Italia siamo infestati da leggi che recano i nomi di coloro i quali le hanno ispirate (la legge Tortora, la legge Matarazzo, via via fino alle ultime). Non avevamo teorizzato il fatto che il legislatore avesse rinunciato alla sua funzione di elaborare leggi tenendo presente il principio della generalità e dell'astrattezza, limitandosi a sfornare provvedimenti uno dietro l'altro, senza badare alla sistematicità e all'organicità (e mi ricollego con quanto dicevo all'inizio), cioè agli elementi fondamentali della teoria generale del diritto (e in questo caso della teoria generale della legislazione), che vuole che l'ordinamento sia un *corpus* coerente e non una serie di norme buttate lì a seconda di esigenze casuali.

Ecco: noi abbiamo un processo, oggi, che confligge con la nostra Costituzione e confligge con se stesso, perché è regolato da norme interne che sono incompatibili le une con le altre. Se voi aprite il codice di procedura penale e leggete i primi sessanta articoli, prendendo magari l'edizione de *La Tribuna* con la copertina verde, vedrete (se leggete le note a piede) che sono stati rifatti o cambiati o abrogati o sostituiti oltre ottanta volte: in dieci anni i primi sessanta articoli sono stati cambiati oltre ottanta volte! Nessun corpo normativo può subire una tale situazione, senza perdere in coerenza o in

CARLO NORDIO

sistematicità: eppure questo è avvenuto. Allora, incompatibilità con la Costituzione ed incompatibilità con se stesso: io credo che questa sia l'emergenza, dal punto di vista tecnico, oggi più grave da risolvere. E credo che, in questo caso, il legislatore debba umilmente ripartire da zero, cambiando da un lato la Costituzione stessa, e dall'altro riscrivendo l'intero codice di procedura penale.

Francesca Zanuso

SULLA PENA COME RIPARAZIONE

I rilievi critici di Palazzani, Eusebi e Pavarini nei confronti delle tesi contenute nel volume *Pena e riparazione* (di cui sono coautrice) mi impongono di svolgere alcune considerazioni, dettate dall'intento di sottrarre la prospettiva dalla quale noi autori guardiamo all'esperienza penalistica ad alcuni possibili fraintendimenti.

Per parafrasare i titoli dei due principali saggi di filosofia penale scritti da Francesco Cavalla, ideatore e promotore delle ricerche i cui risultati sono stati pubblicati nel volume in questione, la *pena come problema* può essere intesa pienamente nella sua dimensione filosofica solo se viene pensata *come riparazione*¹. Non secondo le modalità della retribuzione, quindi, né secondo quelle della prevenzione, in ogni sua più articolata versione, poiché le due tradizionali giustificazioni della presenza della sanzione penale nell'esperienza sociale non appaiono sottrarsi al rischio rispettivamente del dogmatismo e del relativismo scettico e quindi tradiscono quel riferimento spregiudicato alla verità che da Laura Palazzani è riconosciuto come essenziale per sottrarsi ad un "uso arbitrario del diritto" e alla conseguente accettazione della forza "ragion fattasi".

¹ Mi riferisco a F. CAVALLA, *La pena come problema. Il superamento della concezione razionalistica della difesa sociale*, Cedam, Padova 1979 e ID., *La pena come riparazione. Oltre la concezione liberale dello stato : per una teoria radicale della pena*, in AA.VV., *Pena e riparazione*, Cedam, Padova 2000, pp. 1-109.

Le concezioni penali ispirate dal criterio del *quia peccatum* e del *ne peccetur* trovano frequenti e puntuali critiche nei vari saggi contenuti in *Pena e riparazione*; mi sia consentito, tuttavia, proporre alcune ulteriori puntualizzazioni volte a ribadire la peculiarità della prospettiva a cui aderiscono gli studiosi che si riconoscono nel magistero di Francesco Cavalla.

La “pena come riparazione”, innanzitutto, non è una variante della concezione retributiva della sanzione penale. Chi vi si riconosce ritiene, infatti, irrinunciabili alcuni caratteri della pena tipicamente retributivi, in quanto questi ultimi offrono garanzie formali (e, in quanto tali, necessarie benché insufficienti) alla soggettività del reo². Tuttavia, non accetta di essere ricondotto sotto l’egida della concezione assoluta della sanzione penale poiché, pur riconoscendo che ogni reato porta in sé la sua pena, ovvero la sua misura, non confonde la pena statutale e la “pena metafisica” e, quindi, non ritiene che sia compito della sanzione penale retribuire compiutamente il male commesso.

Avvertiva Platone “chi opera ingiustamente, ed è ingiusto, è ad ogni modo infelice, più infelice, però, quando non paghi il fio delle sue colpe e non incorra nel castigo; meno infelice, se ne paghi il fio e incorra nel castigo per opera degli

² La retribuzione è concezione altamente apprezzabile se non altro per tre ordini di motivi: a) ritiene che la pena debba essere conseguenza giuridica di un reato tassativamente previsto per legge e quindi non reagisce ad una personalità criminosa bensì ad una condotta qualificata come inaccettabile per il vivere sociale; b) inoltre, la sanzione per i retribuzionisti è il più possibile strettamente commisurata alla gravità della condotta delittuosa, in quanto tentativo di esprimere la misura intrinseca del reato; c) infine, l’esecuzione della sanzione non mira a correggere la mentalità del reo ma semplicemente ad offrirgli una possibilità di riconoscere il male che in lui agisce, portandolo ad affermare in modo violento e quindi negatore dell’intersoggettività la propria individualità. Su questo punto cfr. *op. ult. cit.*, p. 100.

dei e degli uomini”³. Vi sarebbe quindi un castigo degli uomini e un castigo degli dei: da non confondere! Come precisa Francesco Cavalla, “la competenza dello Stato, secondo il suo principio, non è di infliggere la pena ma, soltanto, di alleviarla. Bisognerebbe accettare, per arrivare a tanto, di distinguere la pena in senso proprio dalla reazione anticriminosa. La prima risiede nell’oblivione dei rapporti intersoggettivi che inevitabilmente si accompagna al delitto: è la privazione di un bene a tutti profferito dal principio di ogni potestà; è il dolore che ricade inesorabile sulla testa di chi ha commesso il male e lo retribuisce nell’esatta misura (mai determinabile con parametri empirici) dell’effettiva malizia dei suoi atti. La seconda — la sanzione anticriminosa diretta alla riparazione — si propone perché l’alienazione cui si è condannato il delinquente non gli imponga una sofferenza tanto più profonda e devastante quanto più duratura e inconsapevole della propria natura”⁴.

In altre parole il platonico “castigo per opera degli dei” segue forse una logica retributiva, nel senso che l’Onnisciente può dare puntualmente “a ciascuno il suo”; “il castigo per opera degli uomini”, invece, può dare “a ciascuno il suo” solo in base a quel suo che è riconoscibile dalla finita e limitata ragione umana, ovvero in base a quel *suum* che costituisce l’uomo come soggettività misteriosa, indigente di verità e quindi strutturalmente in dialogo con gli altri uomini⁵.

³ PLATONE, *Gorgia*, XXVIII, 473, in *Tutte le opere*, a cura di G. Pugliese Carratelli, Sansoni Firenze 1974, p. 731. In questo senso, “rispondere” al male non è tanto un diritto di cui dispone la società ma un dovere, dovere di solidarietà in senso ampio a cui corrisponde l’hegeliano “diritto del reo alla pena”; sul tema cfr. S. FUSELLI, *Hegel come critico della retribuzione*, in AA.VV., *Pena e riparazione*, cit., pp. 203-234. Tale doverosità non va pertanto confusa con quella sostenuta da Kant, tipico esponente della retribuzione moderna; cfr. I. KANT, *Metafisica dei Costumi*, trad. Giovanni Vidari, Laterza, 4^a ed., Roma-Bari 1996, pp. 166-7.

⁴ F. CAVALLA, *La pena come riparazione*, cit., p. 109.

⁵ I tre più autorevoli attuali sostenitori della concezione retributiva della pena, per altro, teorizzano magistralmente una tale concezione

Ovvero, è innegabile che vi sia una misura intrinseca di gravità di qualsivoglia violazione del rapporto intersoggettivo, data dall'intensità con cui l'uomo dimentica la sua indigenza di verità e la sua struttura dialogica per assolutizzarsi, negando l'altro e i suoi diritti ed infrangendo quindi la simmetria giuridica. Il grande merito della tradizionale concezione retributiva consiste indubbiamente nel suo costante monito circa la necessità di non prescindere dalla ricerca e dal riferimento a quanto si può dire attorno a tale *metron* per non consegnare il puniendo al "dispiegamento arbitrario del potere".

Tale misura, tuttavia, non può essere determinata una volta per tutte: ovvero la pena metafisica che chiunque violi il proprio statuto ontologico è costretto a subire non è traducibile, tanto meno meccanicamente, in una pena statale, tassativamente prevista da un ordinamento ispirato al principio di legalità in tutte le sue articolazioni⁶.

Come rispettare allora il principio di ogni sanzione senza pretendere di determinarlo dogmaticamente e quindi arbitrariamente? Grazie appunto alla riparazione, l'autentica finalità che la pena statale deve proporsi di conseguire. La sanzione deve essere ideata al fine di riparare il rapporto intersoggettivo, ripristinando un possibile dialogo fra vittima e reo; così facendo renderà possibile il manifestarsi di una determinazione problematica, in quanto relativamente innegabile, dell'intersoggettività. Difatti, "dare a ciascuno il

antropologica traendone tuttavia differenti conseguenze dal punto di vista dell'esperienza penalistica: cfr. V. MATHIEU, *Perché punire? Il collasso della giustizia penale*, Rusconi, Milano 1978, F. D'AGOSTINO, *Le buone ragioni della teoria retributiva della pena*, in «Iustitia», 1982, pp. 236-59 e ID., *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 3^a ed., Milano 1993 e, da ultimo, M. RONCO, *Il problema della pena*, Giappichelli, Torino 1996.

⁶ Ho mostrato la presenza di un tale errore nelle pagine di Immanuel Kant in F. ZANUSO, *A ciascuno il suo. Da Immanuel Kant a Norval Morris: oltre la visione moderna della retribuzione*, Cedam, Padova 2000, pp. 65-71.

suo”, laddove si riconosca l’indigenza di verità dell’uomo e la sua strutturale dialogicità, ha valore in quanto consente il ripristinarsi e il perdurare del rapporto intersoggettivo. Il “suo” non è tanto l’esatta misura della gravità di quanto il reo ha commesso (di per sé inconoscibile) ma il suo essere potenzialmente in dialogo e quindi il suo dovere di rispondere di ciò che ha fatto. Quindi non si tratta tanto di rispondere al male con il male, ma di costringere (ed in questo senso è vero che ogni sanzione è afflizione, proprio in quanto non può che essere costrizione) colui che ha assolutizzato la propria soggettività a ritornare a rispondere, ovvero ad essere dotato di piena soggettività, cioè di *suitas*.

Ecco perché la sanzione statale deve promuovere la riparazione. Si promuove la riparazione grazie alle varie modalità predisposte dal potere punitivo (laddove quest’ultimo si faccia guidare dal riconoscimento del principio costitutivo del reato e della pena) al fine di alludere alla dimensione metafisica del retribuire, di cui l’uomo non dispone come di un dato oggettivo da cui dedurre modalità empiricamente determinate. Pertanto tale spinta al riparare non va confusa con il retribuire, anzi è autentica proprio a condizione di non confondere le varie modalità sempre problematiche (con cui il potere punitivo costringe il reo ad interrogarsi sul male commesso e sulla sua indebita assolutizzazione che ha portato a trasformare la costitutiva libertà nella socialità in arbitrio irresponsabile) con la ignota benché innegabile risposta che “la pena metafisica” fa subire a chi commette il male.

È questa un’idea da “dibattito al tavolino”, proposta da “ingenui costruttori di sistemi ideali”, come pare suggerire Luciano Eusebi? Certamente non è compito del filosofo indicare puntuali soluzioni pratiche, regole in cui pretendere di tradurre meccanicamente ciò che di principio si può dire; semmai dovere del filosofo è denunciare gli errori, i tradimenti, le ingenuie convinzioni circa un impossibile possesso della verità ridotta ad oggetto del pensiero. In questo senso giustamente Massimo Pavarini indica in noi filosofi del diritto

coloro che si interessano al “dover essere dei castighi legali” più che alla “penalità dei fatti”. Non mi pare una critica ma, al contrario, un giusto riconoscimento. Credo di poter parlare a nome di tutti gli autori dei saggi contenuti nel volume *Pena e riparazione* nel dire che oggetto della nostra riflessione è proprio il dover-essere, a condizione di intendere quest’ultimo nella sua autentica concretezza, come il dovere di essere ciò che manifesta la strutturale natura dell’esperienza penalistica. Sicuramente ci siamo proposti di pensare a quanto caratterizza “i castighi legali” in senso pieno e li distingue, pertanto, da altri provvedimenti emanati da una qualsiasi forza dotata di effettività.

Al proposito, sorge spontanea un’ulteriore riflessione. Nelle loro relazioni Luciano Eusebi e Massimo Pavarini hanno denunciato quello che a loro giudizio è lo scacco del diritto penale liberale/retributivo. Quest’ultimo scoccherebbe una freccia spuntata contro un falso bersaglio. Falso bersaglio: esso guarda ad una “decina di tradizionali reati contro la persona e il patrimonio” senza curarsi di quelle azioni e di quegli atteggiamenti che causano innumerevoli morti evitabili e che sfuggono immediatamente al controllo penale, pur generando conseguenze altamente lesive. Freccia spuntata: il diritto penale liberale/retributivo utilizza la pena detentiva, la fallimentare “discarica sociale” come risposta alla maggioranza dei reati.

Esso rappresenta, tuttavia, per i due relatori, il diritto penale *tout-court* e deve essere, pertanto, pensato come *extrema ratio*; ad esso deve essere sostituita, nella maggioranza dei casi, una politica criminale a forte connotato preventivo che sappia generare consenso nei confronti delle scelte legislative e stigmatizzazione nei confronti di chi non le rispetti. Pavarini, al riguardo, si chiede: “Si può stigmatizzare senza punire? Il punire non è forse una forma arcaica di censura? Bisogna uscire da tale gabbia concettuale!”. Dal suo canto Eusebi ha concluso la sua appassionata relazione osservando che “nulla stabilizza di più l’ordinamento democratico della libera scelta

di rispettare le norme” pertanto “la miglior prevenzione è quella che riesce a mantenere la massima adesione dei cittadini all’ordinamento giuridico”⁷.

Prevenzione indiretta, consenso, democrazia, sanzione penale come *extrema ratio*: idee suggestive, dalla forte pregnanza evocativa. Ma tale suggestione si dissolve ben presto nella mia mente al ricordo delle parole di un autore che ha preconizzato quella che oggi si potrebbe chiamare prevenzione generale “indiretta” o “integrata”: Jean Jacques Rousseau.

Il Ginevrino scrive nel *Discorso sull’Economia Politica*: «Un imbecille che gode della comune obbedienza può punire i crimini commessi; ma un vero uomo di Stato sa prevenirli; è sulle volontà più che sulle azioni che estende il suo impero degno di rispetto. Se egli potesse ottenere che tutti si comportassero bene, il suo compito verrebbe ad esaurirsi ed il capolavoro della sua opera sarebbe un meritato ozio»⁸.

Il significato di queste parole risulta più chiaro ricordando la figura di Wolmar e il suo metodo di prevenzione delle disobbedienze di Emilio. Il fanciullo non disobbedirà mai al suo precettore che non dovrà mai ricorrere a castighi per educare o raddrizzare il suo scolaro modello; non disobbedirà poiché sarà stato educato a volere solo ciò che il precettore vorrà che lui voglia, a pensare solo ciò che è opportuno che lui pensi, ad agire solo nel modo previsto da chi detiene il potere. Ecco le inquietanti parole di Rousseau: “Non vi è soggezione tanto perfetta quanto quella che conserva l’apparenza della libertà; si cattiva in tal modo la volontà stessa... Egli non deve fare che quello che vuole; ma non deve volere che ciò che voi volete ch’egli faccia; non deve fare un passo che voi non

⁷ Traggo le citazioni dai miei appunti, scusandomi per la loro eventuale imprecisione.

⁸ J. J. ROUSSEAU, *Discorso sull’Economia politica*, in *Opere*, a cura di Paolo Rossi, Sansoni, Firenze 1989, p. 104.

abbiate preveduto, non deve aprire la bocca senza che voi non sappiate quello che sta per dire”⁹.

Come sappiamo, nel progetto roussoviano lo stesso cittadino, educato e guidato dalla “religione civile”, non devierà in quanto in lui sarà annullata la fonte stessa della devianza, ovvero la manifestazione della diversità; essa sarà annullata da una coercizione pervasiva e costante che non disdegnerà di ricorrere alla persuasione occulta e che, solo come *extrema ratio*, si servirà della minaccia e dell’esecuzione della sanzione penale.

Orbene, per me questo è uno scenario altamente inquietante e repulsivo: non ritengo auspicabile un figlio che sia mero e meccanico replicante dei miei progetti ed intenti, né desiderabile vivere in una società in cui la devianza sia prevenuta grazie ad un annichilimento delle manifestazioni della differenza.

L’inquietudine si attenua solo ricordando il destino delle proposte roussoviane, del “costruttore di sistemi a tavolino”, i cui progetti furono rifiutati da tutte le comunità politiche a cui li inviò. Forse i saggi governanti ginevrini e corsi avevano ben presente come Rousseau prosegue il brano in cui invita il suo uomo politico ad esercitare il suo potere in modo da distinguersi dall’imbecille: “Non v’è dubbio, infatti, che la maggior abilità dei governanti consiste nel camuffare il loro potere per renderlo meno odioso e nell’amministrare lo Stato così tranquillamente da non aver bisogno di guide”¹⁰.

Non mi pare, pertanto, che la proposta di sostituire al diritto penale liberale/retributivo una politica criminale basata sulla prevenzione generale indiretta, atta a generare consenso sociale, risulti scevra da rischi ed inconvenienti, se non altro nella versione radicale offerta dal pensatore ginevrino. Non rappresenta una valida alternativa poiché non consegue uno dei

⁹ J. J. ROUSSEAU, *Emilio*, in *Opere*, cit., p. 419.

¹⁰ J.J. ROUSSEAU, *Discorso sull’Economia politica*, cit., p.105.

fondamentali obiettivi che la sanzione penale deve proporsi: impedire la forza “ragion fattasi”.

Nel contempo non posso esimermi dal pensare che la proposta di Eusebi e Pavarini sorga proprio perché i due guardano all'esperienza penalistica solo all'interno della dicotomia retribuzione/prevenzione; ma, come spero che il nostro volume possa dimostrare laddove venga letto con attenzione, non è questo l'unico modo, né il più fecondo, per proteggere la società e tutti i suoi componenti dall'indebita assolutizzazione della volontà di chi vuol mettere a tacere l'altro.

Désirée Fondaroli

**RISARCIMENTO E/O RIPARAZIONE COME CAUSA
DI ESCLUSIONE
E/O DI ESTINZIONE DELLA PUNIBILITÀ:
COSÌ È (SE VI PARE)***

SOMMARIO: 1. La vexata quaestio dell'interrelazione tra riparazione e/o risarcimento e sanzione penale. – 2. L'“oggetto” della riparazione. – 3. La pena come riparazione. – 4. La nuova “obbligazione penale”

1. - La vexata quaestio dell'interrelazione tra riparazione e/o risarcimento e sanzione penale

Riparazione e/o risarcimento e sanzione penale: elementi di un dualismo che si pone sul piano della ricerca di una efficace strategia statale a fronte della commissione di un fatto di reato, e che una raffica di provvedimenti legislativi tende — più o meno surrettiziamente — a confondere.

Gli interrogativi sollecitati dal binomio sono molteplici: alcuni concernono il profilo “tecnico” del significato che “riparazione e/o risarcimento”, da un lato, e “sanzione penale”, dall'altro, sottendono; altri attengono alla legittimità logico-giuridica della sovrapposizione delle rispettive aree di operatività, in relazione alle (eventuali) diverse “facce” del fatto illecito.

* Il testo dell'intervento è stato aggiornato nelle more della pubblicazione del volume.

La discussione sul ruolo della riparazione e/o risarcimento in materia penale è diventata di particolare attualità nel nostro Paese da quando si è cominciato a “fiutarne” la possibilità di strumentalizzazione a fini di deflazione del carico processuale, nel senso di una “depenalizzazione” di fatto di ipotesi di reato in concreto difficili da perseguire, ma “irrinunciabili” sul piano della necessità di incriminazione “sulla carta”.

Non si intende con ciò affermare che il nostro ordinamento sconoscesse sino ad ora la rilevanza del risarcimento e/o della riparazione: tutt’altro; ma questa, con l’eccezione delle “sanzioni civili” (artt. 185 ss. c.p.) e di alcuni profili dell’ “esecuzione”¹, restava circoscritta all’area della commisurazione della sanzione concretamente inflitta (in relazione all’art. 133, comma 2 c.p., con riferimento alla capacità a delinquere del colpevole, *sub specie* verifica della condotta susseguente al reato; in ordine alla circostanza attenuante del risarcimento del danno e/o della elisione o attenuazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato *ex art. 62, n. 6 c.p.*); della rinuncia all’applicazione della pena in ipotesi specifiche di riconosciuta prevalenza di istanze di prevenzione speciale (si pensi, ad esempio, alla regolamentazione del processo minorile, nonché della sospensione condizionale della pena, la concessione della quale *può — e deve*, nel caso in cui il soggetto abbia già usufruito del beneficio — essere subordinata al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno e all’eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato *ex art. 165 c.p.*); ovvero all’ambito dei reati di (presunta) minore gravità (il pensiero corre alla oblazione nelle contravvenzioni punite con pena alternativa dell’arresto o all’ammenda, non ammissibile quando “permangono conseguenze dannose o

¹ L’art. 47, comma 7 L. n. 354/1975 (in tema di affidamento in prova al servizio sociale) prevede che nel verbale redatto all’atto dell’affidamento *debba* anche stabilirsi che l’affidato si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato.

pericolose del reato eliminabili dal contravventore” — art. 162-*bis* c.p.).

Il nuovo “corso” rafforza il ruolo della riparazione, senza tuttavia delineare i profili più fumosi dell’istituto: riaffiora, ad esempio, il non chiarito significato dell’alveo e della portata delle “conseguenze dannose o pericolose”², che continua a rappresentare il parametro di riferimento dell’attività riparatoria (come confermano gli artt. 12, comma 2, lett. a) e 17, lett. a) del d.lgs. n. 231/2001 in tema di responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche).

Prima di prendere in considerazione le recenti riforme legislative in materia, va dunque specificato il ruolo e la natura degli istituti oggetto d’esame.

Non sembra superata infatti la fuorviante tendenza a confondere il “*danno*” (ovvero il pregiudizio civilmente risarcibile)³ con l’“*offesa*” (ossia la lesione o minaccia al bene giuridico protetto dalla norma), e conseguentemente, l’orientamento teso a non distinguere il soggetto *danneggiato* (legittimato a costituirsi parte civile nel procedimento penale ex artt. 74 ss. c.p.p.) dalla persona *offesa dal reato* (art. 90 c.p.p), sebbene a fondamento di tale necessaria distinzione stia un complesso di poteri e facoltà distintamente riconosciuti a

² Tali conseguenze sono da intendere come “offesa” (per l’appunto, di “danno” o di “pericolo”), oppure come “danno” (civilmente risarcibile)? Per qualche accenno sul punto si permetta di rinviare al nostro *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, 256 ss.

³ Lo stesso concetto di “danno risarcibile” appare attualmente tutt’altro che certo e definito, come dimostra il riconoscimento (anche giurisprudenziale: Cass. civ. 7 giugno 2000, n. 7713, in *Danno e responsabilità*, 2000, 835 ss.; T. Locri – Sez. Siderno 6 ottobre 2000, *ivi*, 2001, 393, con dettagliato commento di F. Bilotta) della risarcibilità del c.d. *danno esistenziale*, quale “categoria unica ed unificante dei danni non patrimoniali diversi da quelli morali”, a seconda delle prospettive, comprensivo ovvero affiancabile al danno biologico: *amplius* sul punto P. G. MONATERI, “*Alle soglie*”: *la prima vittoria in Cassazione del danno esistenziale*, *ivi*, 836 ss.; P. CENDON – P. ZIVIZ, *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2000.

detti soggetti⁴. Una linea di demarcazione, peraltro, non agevole da acclarare, soprattutto in considerazione dei reati plurioffensivi, sulla cui “ammissibilità” dottrina e giurisprudenza manifestano eterogeneità di opinioni: dal dato testuale contenuto nell’art. 62, n. 4 c.p. alla priorità attribuita alla “catalogazione” di beni offerta dal codice penale, alla identificazione del bene giuridico “secondario” la cui lesione integra (sovente) il danno risarcibile⁵.

In secondo luogo, va verificata la possibilità di inserire il risarcimento e/o la riparazione nel contesto delle *sanzioni penali*, sulla scia dell’AE-WGM (1992) della Repubblica Federale di Germania, che proponeva la *Wiedergutmachung*

⁴ Cfr. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit. 51 ss. La recente disciplina in tema di competenza penale del giudice di pace ribadisce la necessità di tenere distinti i rispettivi ambiti di operatività: oltre a quanto si preciserà *infra* nel testo in tema di “riparazione”, si pensi ai reati procedibili a querela, per i quali è ammessa la citazione a giudizio dinanzi al giudice di pace su ricorso della *persona offesa* (art. 21, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274).

⁵ La molteplicità degli orientamenti sul punto è evidente scorrendo i repertori di giurisprudenza: la pregnanza della questione appare evidente considerando, ad esempio, che la sola persona offesa (e non il danneggiato) è legittimata a proporre opposizione avverso la richiesta di archiviazione del p.m. Discussa la plurioffensività dell’abuso d’ufficio (in senso affermativo Cass., sez. V, 4 giugno 1999, n. 2133, in *Il Mondo giudiziario*, 2000, 365); problematico anche il riconoscimento di un interesse privato (ulteriore rispetto a quello dell’amministrazione della giustizia) nell’ipotesi del delitto di falsa perizia (positiva la valutazione di Cass., sez. VI pen., 21 aprile 1999, n. 1096, *ivi*, 2000, 35). Anche fattispecie più recenti, quali, ad esempio, il delitto di *doping* (art. 9, l. 14 dicembre 2000, n. 276, contenente la “disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il *doping*”), scontano incertezze interpretative in punto di individuazione sia del bene giuridico protetto (tutela della salute e/o tutela della regolarità delle competizioni, come emerge dal primo comma dell’art. 1 della legge n. 376/2000, e dalla rubrica della stessa?), sia, conseguentemente, della persona offesa del reato (sul punto S. BONINI, *Doping e diritto penale prima e dopo la legge 14 dicembre 2000, n. 376*, in *Nuove esigenze di tutela nell’ambito dei reati contro la persona*, a cura di S. CANESTRARI e G. FORNASARI, 2001, 255 ss.).

quale “terzo binario” (accanto alla *Strafe* — pena in senso stretto — ed alle “misure di sicurezza e di miglioramento”)⁶.

2. - L’“oggetto” della riparazione

Per rispondere ad un quesito così decisivo per la direzione che la scienza penalistica intenderà imprimere alla propria riflessione, occorre innanzi tutto precisare i termini di riferimento: ed in particolare vale forse la pena di indugiare brevemente soprattutto sull’“oggetto” della “riparazione”.

Significativa sul punto ancora una volta l’esperienza tedesca. Nell’ambito dell’AE-WGM l’oggetto della riparazione, ovvero “ciò che ha rilevanza riparare”, non

⁶ In ordine ai principi ispiratori dell’AE-WGM cfr. ARBEITSKREIS DEUTSCHER, SCHWEIZERISCHER UND ÖSTERREICHISCHER STRAFRECHTSLEHRER, *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung* (AE-WGM), München, 1992 (con ampia bibliografia di riferimento anche in ordine ai fondamenti dogmatici del Progetto); A. ESER - G. KAISER - K. MADLENER (Hrsg.), *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, Freiburg, 2. Aufl., 1992; C. ROXIN, *Zur Wiedergutmachung als einer “dritten Spur” im Sanktionensystem*, in G. ARZT - G. FEZER - U. WEBER - E. SCHLÜCHTER - D. RÖSSNER (Hrsg.), *Festschrift für J. Baumann*, Bielefeld, 1992, 243 ss.; A. ESER, *Rechtsgut und Opfer: zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen*, in U. IMMENGA - W. MÖSCHEL - D. REUTER (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker*, Baden-Baden, 1996, 1005 ss., trad. it. a cura di D. FONDAROLI, *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell’uno sull’altra?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1061 ss.; T. WEIGEND, *Täter-Opfer-Ausgleich in den USA*, in *MschKrim*, 1992, 105 ss.. Alcune riflessioni critiche sulla proposta dell’Arbeitskreis sono espresse da H. - J. HIRSCH *Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts*, in *ZStW*, 1990, 534 ss., trad. it. *Il risarcimento del danno nell’ambito del diritto penale sostanziale*, a cura di G. FORNASARI, in AA.VV., *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milano, 1991, I, 275 ss.; ID., *Zusammenfassung der Ergebnisse des Kolloquiums und Frage weiterer Forschungen*, in A. ESER - G. KAISER - K. MADLENER (Hrsg.), *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, cit., 377 ss.; ID., *Diskussion - Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages*, II, *Sitzungsberichte*, München, 1992, 55 ss.

appariva del tutto chiaro, facendosi riferimento ora alle “conseguenze” del fatto (§1 AE-WGM), ora al “fatto” stesso (§ 4 AE-WGM).

Più esplicito il § 46a StGB⁷, introdotto dalla legge 20 ottobre 1994 (*Verbrechenbekämpfungsgesetz*) sulla scia del dibattito generato dalla “provocazione” dell’AE-WGM: la disposizione propone il “risarcimento del danno” e la “riparazione” (totale o parziale) “del fatto” come ipotesi alternative che il giudice può discrezionalmente valutare ai fini della riduzione della sanzione (§ 49, comma 1 StGB), oppure — se la pena detentiva non è superiore ad un anno, ovvero qualora la pena pecuniaria non ecceda i 360 tassi giornalieri — addirittura quale causa legittimante la rinuncia alla pena⁸.

⁷ “§ 46a StGB - *Composizione del conflitto autore-vittima, riparazione del danno*. Se l’autore, 1) nello sforzo di raggiungere una composizione del conflitto con il *Verletzter Täter-Opfer-Ausgleich*, ha riparato, in tutto o per la maggior parte, il fatto da lui commesso, o ha seriamente cercato di ripararlo, oppure se 2) ha risarcito l’*Opfer*, in tutto o per la maggior parte, nel caso in cui la riparazione del danno abbia richiesto un suo notevole impegno personale o una rilevante rinuncia personale, il giudice può diminuire la pena ai sensi del § 49, comma 1, ovvero, se la pena detentiva non supera l’anno o se la pena pecuniaria non è superiore a 360 tassi giornalieri, può astenersi dalla comminazione della pena”.

I termini *Opfer* e *Verletzter* sono mantenuti nella dizione originale, attesa l’impossibilità di ricondurre i concetti ad istituti penali italiani: la seconda corrisponde alla figura del privato cui l’ordinamento processuale conferisce un diritto di intervento processuale collegato a differenti presupposti, a seconda dell’istituto di riferimento; l’espressione *Opfer* invece riflette una accezione criminologica della “vittima” del reato dal significato più vasto ed indeterminato (*amplius* sul punto D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione*, cit., 308 ss.).

⁸ A proposito del § 46a StGB, oltre ai commentari (a cura di A. SCHÖNKE - A. SCHRÖDER, e di H. J. RUDOLPHI - E. HORN - E. SAMSON - H. L. GÜNTHER), cfr. U. BRAUNS, *Die Wiedergutmachung der Folgen der Straftat durch der Täter*, Berlin, 1996; C. PFEIFFER, *Täter-Opfer-Ausgleich in Allgemeinen Strafrecht*, 1997; FES-Tagungsdokumentation, *Der “Täter-Opfer-Ausgleich”*, 1998; C. LAUE, *Symbolische Wiedergutmachung*, Berlin, 1999; D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 454 ss.

Nemmeno la nuova formulazione consente di minare una sorta di insuperabile “inafferrabilità” delle “pedine” in gioco: può ritenersi esistente un “fatto” in tutto od in parte “riparabile”? Che cosa deve intendersi per “fatto” di reato? Non saranno piuttosto le “conseguenze” del fatto di reato ad attirare l’interesse del legislatore? Oppure è l’“offesa” in senso proprio a dovere essere oggetto dell’intervento riparatore?

Ed ancora occorre chiedersi, in una infinita “catena dei perché”, in che cosa consiste detta riparazione. Forse nella “rimessa in pristino” del bene giuridico offeso dalla commissione del fatto stesso? Oppure nell’applicazione di una sorta di “principio del contrappasso”, per cui, ad esempio, un certo orientamento della giurisprudenza di merito ascrive l’eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato — alla quale è subordinata la concessione della sospensione condizionale della pena — a comportamenti “uguali e contrari” a quelli che hanno dato luogo al fatto di reato⁹?

(Non) chiarite le perplessità in ordine al profilo oggettivo della questione, richiede qualche approfondimento il nucleo “sistematico” della collocazione del risarcimento del danno e/o della riparazione (del fatto?) nel contesto della punibilità.

⁹ Ad esempio, ripulire il viale in cui si trova la panchina distrutta da un fatto di danneggiamento (P. Genova 26 novembre 1986, Saba e altro, in *Riv. Pen.*, 1987, 345); accompagnare durante il turno mattutino, per un certo periodo di tempo, il furgone della nettezza urbana, a fronte della commissione del danneggiamento di un cassonetto dei rifiuti (Id. 12 novembre 1993, Danovaro e altro, in *Giur. mer.*, 1995, II, 105); svolgimento di attività di assistenza a favore di cittadini extracomunitari da parte di colui che ha commesso il delitto di lesioni personali dolose a danno di extracomunitari (Id., 27 settembre 1994, Cordisco e altro, in *Giur. Mer.* 1996, 107 ss.; cfr. altresì D. FONDAROLI, *Artt. 165-168*, in *Codice penale ipertestuale*, a cura di S. ARDIZZONE e M. RONCO, Torino, in corso di pubblicazione. L’occasione consente anche di richiamare le perplessità in ordine alla disciplina contenente “*Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*” manifestate da L. STORTONI, *Le nuove norme contro l’intolleranza: legge o proclama?*, in *Critica del diritto*, 1994, 14 ss.

La tesi “estrema” dell’AE-WGM auspica l’introduzione di una costruzione piramidale delle misure sanzionatorie, alla base della quale troneggia la *Wiedergutmachung* (terzo binario in ordine cronologico — nascendo dopo la *Strafe* e le *Maßregeln der Sicherung und Besserung* — ma primo intervento punitivo cui ricorrere a fronte della commissione di un reato). Si tratterebbe di una autonoma sanzione penale, giustificata dalla necessità di ricostituire la pace giuridica turbata dalla commissione del reato (in omaggio alle esigenze della c.d. prevenzione generale positiva), e rapportata al più elevato livello della “assunzione della responsabilità” di roxiniana memoria, ovvero quella *volontaria* “riparazione” (anche solo simbolica, laddove altro non sia possibile) che soddisfa le esigenze della c.d. specialprevenzione positiva¹⁰. Una sanzione penale, quella in esame, ben particolare, atteso che, per un verso, è lo stesso autore del reato ad “autoinfliggersela”, nel momento in cui *volontariamente* ed entro determinati limiti temporali procede alla riparazione; e che, per l’altro, se la pena detentiva non supera la durata di un anno, *deve dare luogo* alla rinuncia alla pena da parte del giudice: a meno che l’irrogazione della *Strafe* non si riveli “irrinunciabile” per esigenze legate all’autore oppure alla collettività (nemmeno in questa ipotesi la *Wiedergutmachung* sarà stata del tutto inutile, *dovendo* pur sempre rilevare come condizione di diminuzione della pena: § 4 AE-WGM).

Il tessuto connettivo da cui emerge l’istituto è quello del *Täter-Opfer-Ausgleich* (TOA), la composizione del conflitto tra autore del reato e *Opfer*¹¹, il quale nel nostro

¹⁰ Sul punto, e a mero titolo esemplificativo, si rinvia ai riferimenti bibliografici contenuti nel nostro *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 328 ss.

¹¹ Molto ci sarebbe da aggiungere sul concetto di “vittima”, che, se può apparire chiaro in chiave sociologico-criminologica, molto meno percepibile si rivela nel contesto del sistema penale italiano, il quale conosce solo figure specifiche di soggetti (danneggiato; persona offesa; parte civile; enti e associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato), che a diverso titolo e con differenti poteri e potestà intervengono nel procedimento penale (sul punto cfr. *supra* nel testo).

sistema viene assorbito da un tanto dilagante quanto impalpabile processo di “mediazione” catartica, che attualmente interessa non solo l’area dei fatti penalmente illeciti (investendo i rapporti tra autore del reato e “vittima”; tra autore del reato e Stato; tra autore del reato e “collettività”), ma (quasi) ogni aspetto della vita civile.

La prospettiva rinfocola il dibattito, ma neppure il legislatore tedesco “osa” recepire il Progetto: si ripiega (§ 46a StGB) su una soluzione di compromesso, che modifica solo in parte il risultato dell’operazione, giungendo comunque alla “rinuncia alla pena” in senso proprio (quando non superiore ad un anno di detenzione o ad una pena pecuniaria di 360 tassi giornalieri), laddove ricorrano le condizioni già richiamate; in alternativa il giudice può optare per la valutazione del risarcimento del danno e/o della riparazione ai fini della commisurazione della pena, oppure escluderne qualunque rilevanza.

Oltre un lustro di vigenza non è stato sufficiente a fugare le perplessità di gran parte degli “operatori del diritto” del sistema penale tedesco in ordine al fondamento dell’istituto in questione¹².

Se la “*riparazione del fatto*” resta un concetto nebuloso, un non più felice destino incombe sulla (alternativa) previsione del “*risarcimento del danno*”.

Da un lato, non convince lo sganciamento generalizzato del risarcimento, in funzione di causa di esclusione della punibilità, dal riferimento al bene protetto dalla norma violata attraverso la commissione del reato, e la sua attrazione nell’alveo di un non meglio precisato “danno” procurato allo Stato.

Dall’altro, la giurisprudenza, condividendo le riserve da tempo espresse dalla dottrina, appare restia ad accogliere la tesi della riparazione volontaria come epigone del processo di “assunzione di responsabilità”, almeno per ciò che esula dal procedimento minorile: il disposto letterale del § 46a StGB, nel

¹² W. STEIN, *Täter-Opfer-Ausgleich und Schuldprinzip*, in *NSiZ*, 2000, 393 s.

consentire, alle condizioni sopra richiamate, la *rinuncia alla pena* (*Absehen von Strafe*), sembra affermare che la riparazione e/o il risarcimento *non* costituiscono *Strafe*, e che quindi diviene meno stringente ogni verifica del rapporto di proporzionalità tra colpevolezza e *Strafe*.

Ma d'altra parte, è altresì evidente che il giudice, nel valutare le prestazioni personali di "composizione del conflitto" poste in essere dall'autore del reato, non potrà trascurare il parametro della colpevolezza¹³.

3. - La pena come riparazione

"La pena come riparazione", propone ancora di recente il filosofo del diritto Francesco Cavalla: "Il fine della pena, secondo il suo concetto, è quello di dissolvere l'ordine violento provocandone il superamento, imponendo *quindi*, dove è negata, la mediazione con chi vi si oppone"¹⁴ (il corsivo è nostro).

La questione è tutta qui: in quell'etereo "quindi" che la penna dell'Autore abbandona con noncuranza, dopo essersi limitato ad osservare che "tra chi osserva norme consolidate e chi gli si oppone trasgredendo può e deve sempre mostrarsi una mediazione"¹⁵.

Ma per quale ragione "possa" e "debba" sempre mostrarsi una mediazione, non emerge: *perché* la mediazione finisca per rappresentare il fine della pena, è proprio ciò che si deve dimostrare.

Nel confronto tra la "volontà del reo" e la "volontà del danneggiato (...) si attua la mediazione: solo con l'intervento della stessa è superato l'ordine criminoso". Non si tratta -

¹³ *Ibidem*, 395 ss.

¹⁴ F. CAVALLA, *La pena come riparazione. Oltre la concezione liberale dello stato: per una teoria radicale della pena*, in *Pena e riparazione*, a cura di F. CAVALLA e F. TODESCAN Padova, 2000, 2 ss., in particolare 96.

¹⁵ *Ibidem*, 88.

continua l'Autore - di "affliggere" il reo per castigarlo, né di curarlo (cioè di correggerlo), né di disciplinarlo (rendendo il suo comportamento omogeneo a certi *standards* di comportamento), né di strumentalizzarlo al fine di educare la comunità all'obbedienza: nessuna di queste forme "realizza dunque alcuna mediazione tra reo e offeso e quindi non appartiene alla pena in quanto non ne attua in alcun modo lo scopo"¹⁶.

Dalla fragilità del dogma iniziale (mediazione come unica reazione statale alla commissione del fatto di reato) discende la discutibilità del suo corollario in rapporto alla pena come conseguenza giuridica del reato: "considerata nel suo principio, la struttura della pena è la riparazione"¹⁷.

Prospettive come quella suggerita dal volume curato da Cavalla e Todescan, pur evocando alcune delle sollecitazioni di quella dottrina che incoraggia la ricerca di ipotesi sanzionatorie alternative alla detenzione ed incentrate sulla funzione preventivo-rieducativa della pena¹⁸, non sono condivisibili¹⁹.

Nemmeno la Corte costituzionale si è sentita (almeno sino ad ora) di avallare una interpretazione della funzione della pena che si esaurisca in istanze di tipo preventivo, prediligendo in linea di massima asserzioni ancorate alla polifunzionalità della stessa, con "mirate" eccezioni in relazione a settori nevralgici quali il diritto penale minorile ed il regime di esecuzione della condanna (a pena privativa della libertà), fisiologicamente orientati a criteri preventivi²⁰.

¹⁶ *Ibidem*, 97.

¹⁷ *Ibidem*, 97.

¹⁸ Rilevanti sul punto gli approfonditi studi di L. EUSEBI, *La pena in crisi*, Brescia, 1990; ID., *Può nascere dalla crisi della pena una politica criminale?*, in *Dei delitti e delle pene*, 1995, 83 ss.; ID., *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 811 ss.

¹⁹ Cfr. M. MAIWALD, *Prefazione*, in D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., XVII-XIX.

²⁰ Per una analisi critica della giurisprudenza costituzionale in materia penale cfr. E.R. BELFIORE, *Giurisprudenza costituzionale e materia penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Torino, 2000 (ed. provv.).

Per converso, nel contesto di una pretesa irrinunciabilità al processo di “mediazione”, val la pena di interrogarsi sulla opportunità di collocare meccanismi riparatori o strumenti di composizione del conflitto *al di fuori dell’area del punitivo*²¹.

Il panorama normativo italiano si rivela piuttosto deludente rispetto a stimoli tanto provocatori. Nella più completa assenza di una progettazione generale della riforma del sistema sanzionatorio, si procede con la solita “tecnica” dell’intervento “a merletto” su singoli istituti, con gravi ripercussioni sulla tenuta complessiva del sistema: naturalmente sotto l’egida di una non meglio qualificata necessità di tutela della “vittima” del reato, purtroppo anche nel nuovo millennio destinata ad essere sacrificata sull’altare di istanze superiori (riduzione del carico processuale; svilimento del dibattimento; principio del “giusto processo”; diminuzione della popolazione carceraria; ecc.).

Sfumata anche in tempi prossimi l’occasione — offerta dalla istituzione, nel 1998, di una (ennesima) Commissione ministeriale di riforma del codice penale (c.d. Commissione Grosso, dal nome del suo Presidente) — di tradurre alcune sollecitazioni dottrinali in concrete proposte legislative.

Della mancanza di omogeneità degli orientamenti in punto di rapporti tra risarcimento e/o riparazione e sanzione penale è infatti indice il mutamento di rotta impresso dalla Commissione nell’articolato licenziato il 12 settembre 2000²² rispetto alla propria precedente Relazione resa nota il 15 luglio 1999. Quest’ultima dedicava un intero paragrafo (il n. 13), collocato all’interno del Capitolo VIII (riservato al “sistema delle pene”), alla “incentivazione di condotte di riparazione

Diversa la posizione della c.d. Commissione Grosso - sul punto cfr. *infra* nel testo - che ha espresso, nel proprio articolato, una precisa posizione, rimettendo alla discrezionalità del giudice l’adozione della soluzione “più adeguata per finalità di prevenzione speciale”.

²¹ A. ESER, *Giustizia penale “a misura d’uomo”*, trad. it. a cura di B. BUHLMANN e G. DE SIMONE, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1067.

²² In http://www.giustizia.it/studierapporti/riformacp/comm_grosso2.htm.

dell'offesa". Nell'intento di stimolare comportamenti dell'autore successivi al fatto idonei a reintegrare interessi non ancora del tutto "irrimediabilmente pregiudicati", la Commissione sembrava pensare a circostanze attenuanti e a cause di non punibilità configurate comunque in modo da assicurare un equilibrio con le esigenze di prevenzione generale, incoraggiando condotte di riparazione dell'offesa che impongono peraltro una riforma della disciplina del recesso attivo nel senso della non punibilità dell'autore.

L'articolato proposto a distanza di un anno, invece, pur confermando un particolare interesse per la disciplina della confisca, la cui indefinita natura giuridica rafforza le perplessità sui processi di osmosi tra misure riparatorie e/o risarcitorie e pena, si è limitato, da un lato, a proporre una generale e generica facoltà (concessa al giudice) di impartire al condannato (fuori dei casi di competenza di altre autorità) disposizioni volte ad eliminare, per quanto oggettivamente possibile e soggettivamente esigibile, eventuali conseguenze *dannose o pericolose per l'interesse pubblico offeso dal reato* (non riparabili mediante restituzione o risarcimento: art. 122); dall'altro, ad ammettere la prevedibilità di modalità di riparazione delle conseguenze del reato ed iniziative tendenti a promuovere la conciliazione con la persona offesa nell'ambito del trattamento dei minori imputabili (art. 108, comma 3).

Il riferimento all'"interesse pubblico offeso dal reato" (da *ogni* reato), sul quale si tornerà tra breve, merita di essere evidenziato, poiché rappresenta il filo rosso comune ad altri recenti interventi normativi.

Insomma, per quanto concerne il tema del rapporto tra pena e riparazione — con la dovuta eccezione del diritto penale minorile, nel quale le esigenze (ri)educative del minore sono e devono essere prevalenti — ancora una volta risulta vincente la politica del "poco, maledetto e subito", con evidenti riflessi sulla reale portata del principio della obbligatorietà dell'azione penale a fronte della introduzione di meccanismi ed istituti che

legittimano soluzioni “negoziali” di rinuncia al dibattimento ed alla verifica giurisdizionale delle prove raccolte²³.

4. - La nuova “obbligazione penale”

Emblematici due recenti provvedimenti legislativi, dai quali pare opportuno prendere le mosse per proporre qualche conclusione sui termini del problema.

L’art. 14 del d. lgs. 10 marzo 2000, n. 74 (contenente la “nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell’art. 9 della legge 25 giugno 1999, n. 205”), riprendendo ed adattando alla specifica materia affrontata una soluzione precedentemente prospettata dal c.d. Progetto Flick²⁴, introduce un meccanismo di riduzione

²³ Cfr. AA.VV., *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 1998.

²⁴ Il Disegno di legge n. 2968 della XIII Legislatura, presentato alla Camera il 15 gennaio 1997 dall’(allora) Ministro di (Grazia e) Giustizia (cfr. in *Documenti Giustizia* 1997, 3, 607 ss.), propone l’introduzione nel codice di procedura penale dell’istituto della *condanna a pena concordata* (art. 445-bis, comma 2). Esso mira ad ottenere l’“ammissione del fatto” al fine di “dare al giudice gli elementi necessari all’accertamento e alla motivazione (...)”, ovvero “per la formazione di un convincimento di responsabilità da enunciare in una motivazione che sia in grado di reggere al vaglio di legittimità” (*Relazione al Disegno di legge n. 2968*, p. 4). Se si esclude che l’istituto sia teso a “recuperare” (soprattutto) delitti che offendono interessi pubblici, ammettendo che la misura sia applicabile a *qualunque* ipotesi di reato, occorre allora individuare l’interesse pubblico sotteso alla violazione di ciascuna norma, e riportare ad esso una riparazione che il Disegno di legge definisce *pecuniaria*. Si rifletta sulle conseguenze che un detto istituto recherebbe non solo in tema di delitti contro l’incolumità pubblica, ma anche di delitti contro la vita o contro la libertà personale. In che cosa consiste quell’“interesse pubblico” che dovrebbe essere riparato? Forse nell’“interesse oggettivo generico” che Arturo Rocco riconosceva in ogni reato?

L’istituto proposto cela una sorta di truffa delle etichette, consentendo una espansione dell’ambito di applicabilità del c.d. patteggiamento ad ipotesi altrimenti escluse dalla disciplina processuale vigente — e quindi

ampliando la gamma delle ipotesi di deflazione penale —, il tutto sulla base della mera corresponsione di una somma definita *riparazione pecuniaria* (nei contenuti non molto dissimile da una *pena pecuniaria*), per così dire, *accessoria* (in tal senso vanno segnalati i riferimenti dell'art. 445-*quater* c.p.p. agli artt. 133-*bis* e 135 c.p.). La misura, infatti, ricorda quell'onere di pagare una somma in favore dell'erario imponibile nell'ordinamento penale tedesco al condannato con pena sospesa (§ 56b, comma 2, n. 4 StGB), la cui identificazione con la pena pecuniaria è stata rimarcata in dottrina sin dai tempi della introduzione dell'istituto (H. - H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrecht*, Berlin, 3. Aufl., 1978, 680). Quanto premesso offre non pochi spunti di dibattito circa la opportunità e legittimità di introdurre una figura come la “riparazione pecuniaria” generalizzata. Diverse, sebbene non meno suscettibili di critica, sarebbero state le considerazioni da svolgere se la “riparazione” prospettata dal Progetto non fosse stata qualificata come pecuniaria e fosse stata intesa *tout court* come riparazione del fatto (sulla scorta della *Wiedergutmachung* tedesca): il che pare invece escluso (oltre che dal citato passo della Relazione di presentazione) dal tenore del progetto di legge il quale, come anticipato, attribuisce all'esborso corrispondente alla riparazione pecuniaria l'effetto di diminuire la sanzione (art. 445-*quater*, comma 5 c.p.p.). E ciò a prescindere da ampollose affermazioni contenute nello stesso disposto dell'art. 445-*quater* c.p.p., secondo cui la suddetta riparazione afferisce alla “offesa arrecata all'interesse pubblico tutelato dalla norma violata” (445-*quater*, comma 1 c.p.p.); consiste in una somma “commisurata alla gravità dell'offesa” che “non può comunque essere inferiore a un terzo di quella risultante dal ragguaglio a norma dell'art. 135 del codice penale della pena detentiva di cui è chiesta l'applicazione”, salva la possibilità di “diminuire” (il termine è quello adottato dal Progetto) il limite (fino ad un terzo) nei casi previsti dall'art. 133-*bis*, comma 2 c.p. (relativo alla valutazione della pena pecuniaria in relazione alle condizioni economiche del reo), “o se l'offesa è di speciale tenuità” (445-*quater*, comma 2); il pagamento è ammesso “solo se il danno cagionato dal reato è stato interamente riparato mediante il risarcimento o le restituzioni ovvero se non vi è stata richiesta di riparazione” (445-*quater*, comma 3). Soluzioni siffatte, come emerso dal nostro *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., si pongono in stridente contrasto con il principio di eguaglianza sostanziale (leso da interventi legislativi scarsamente garantistici dei diritti dei soggetti meno abbienti) e consegnano lo strumento processuale, da un lato, ad una valutazione utilitaristica “costi-benefici” (da parte) dell'imputato e della collettività; dall'altro, al potere discrezionale del giudice (P. FERRUA, *La giustizia negoziata nel “pacchetto Flick”*, in *Critica del diritto.*, 1997, 16).

Continua il citato Disegno (sul punto emergono le affinità con la disciplina di cui all'art. 14 d. lgs. n. 74/2000): “l'imputato può essere

della sanzione (sino alla metà: comma 4) basato sul pagamento di una somma offerta “a titolo di equa riparazione dell’offesa recata all’interesse pubblico tutelato dalla norma violata” (comma 1), somma “commisurata alla gravità dell’offesa” (comma 2) e comunque “non inferiore a quella risultante dal ragguaglio a norma dell’art. 135 c.p. della pena minima prevista per il delitto contestato” (comma 2).

La disposizione trova applicazione quando i debiti tributari relativi ai fatti costitutivi dei delitti medesimi risultano estinti per prescrizione o per decadenza.

La disciplina sorprende sotto più di un profilo.

Per un verso, essa opera laddove, in virtù della normativa espressa dallo stesso ordinamento statale, non esistono più i presupposti di legittimità della sopravvivenza del debito tributario: si tratta infatti di debiti estinti per prescrizione o per decadenza, ovvero di debiti non più esigibili dallo Stato. Ciò nonostante quest’ultimo non rinuncia ad una pretesa ormai divenuta illegittima ed “estorce” somme non più dovute facendo leva sul meccanismo della duplice natura — tributaria e penale — di taluni illeciti. Il debito tributario non è esigibile, ma all’imputato converrà “offrire” una certa somma di danaro — una “riparazione pecuniaria” modellata sulla falsariga di quella prevista dall’art. 12 della legge n. 47/1948 sulla stampa e dall’art. 445-*quater* c.p.p. del sopra menzionato Progetto Flick²⁵ — per sperare di beneficiare del trattamento sanzionatorio previsto dalla normativa (ferma restando la restituzione del denaro in caso di assoluzione o proscioglimento): denaro che compenserà la mancata riscossione di un debito peraltro ritenuto estinto alla stregua del principio di civiltà giuridica che fonda gli istituti della decadenza e della prescrizione.

ammesso a pagare una somma, da lui indicata, a titolo di riparazione dell’offesa arrecata all’interesse pubblico tutelato dalla norma violata” (445-*quater*, comma 1 c.p.p.); la soglia minima di tale esborso può essere diminuita fino ad un terzo (tra l’altro) quando “l’offesa è di speciale tenuità”.

²⁵ Cfr. *supra* nota 24.

Per altro verso, va osservato che la somma, come si diceva, viene sacrificata “a titolo di riparazione dell’*offesa* recata all’interesse pubblico tutelato dalla norma violata”. Riparazione dell’*offesa*, dunque, e non risarcimento del danno. È all’“*offesa*”, quindi, che si dovrà porre attenzione per applicare la disposizione. Più precisamente: l’*offesa* all’interesse pubblico tutelato dalla norma. Ma qual è l’interesse pubblico protetto dalla norma violata, ovvero dalla norma — si deduce dal contesto in cui l’art. 14 in commento è collocato — che descrive l’illecito penale fiscale-tributario?

Consideriamo le fattispecie sopravvissute alla depenalizzazione di fatto operata dal d. lgs. n. 74/2000: dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 2); dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici (art. 3); dichiarazione infedele (art. 4); omessa dichiarazione (art. 5); emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 8); occultamento o distruzione di documenti contabili (art. 10); sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte (art. 11).

Che cosa deve intendersi per “interesse pubblico tutelato dalla norma violata”? Trattasi del “bene giuridico” o “interesse” protetto dalla norma - interesse che la disposizione definisce “pubblico” ed in relazione al quale la riparazione deve essere “equa”?

Una risposta affermativa riporta la riflessione alla diatriba dottrinale sviluppatasi in ordine alla individuazione del bene protetto dalla normativa fiscale e tributaria (anche) precedente alla riforma: verrà in considerazione l’interesse dello Stato alla percezione dei tributi, oppure l’interesse, di rango costituzionale all’osservanza dell’obbligo dei cittadini di concorrere alle spese pubbliche; oppure l’interesse patrimoniale dello Stato²⁶?

Eppure, il fatto che il riferimento alla riparazione dell’*offesa* all’*interesse pubblico* compaia anche in altre disposizioni non (solo) “di settore” (come quella in esame) ma

²⁶ In quest’ultimo senso G. FLORA, *Analisi*, in *Legisl. pen.*, 2001, 19.

(anche) generali (c.d. Progetto Flick; Progetto della c.d. Commissione Grosso) lascia forse intendere che esso alluda non tanto alla offesa o minaccia al “bene giuridico specifico”, quanto piuttosto alla lesione di quell’“oggetto sostanziale generico”²⁷ del reato (simmetrica al c.d. danno sociale?), comune a tutte le tipologie criminose, consistente nell’interesse dello Stato alla propria esistenza e conservazione, ovvero alla manutenzione delle proprie condizioni vitali.

Si può allora ipotizzare che la riparazione dell’offesa, cagionata a tale “oggetto”, coincida con la ricostituzione del rapporto di fiducia minato dalla commissione del reato, sulla quale poggia l’AE-WGM.

Ci si chiede se una tale riparazione non possa essere considerata quale *sanzione* per l’offesa arrecata all’interesse pubblico, piuttosto che *riparazione* della stessa.

Si può forse affermare che una riparazione concepita dal d. lgs. n. 74/2000 nei termini suddetti sottenda una situazione legittimamente speciale e valutabile al di fuori degli ordinari parametri degli artt. 133 e 62 n. 6 c.p., tale da giustificare una consistente diminuzione della entità della sanzione (eccellente viatico per l’applicazione della pena su richiesta delle parti).

Ma è possibile sostenere altrettanto legittimamente che essa piuttosto rappresenti una sanzione di tipo pecuniario surrettiziamente aggiunta alle pene edittali previste? A quest’ultimo riguardo non può non rilevare il fatto che la somma “offerta” debba essere “commisurata alla gravità

²⁷ La provocazione evoca la costruzione tripartita dell’interesse protetto dalla norma penale proposta da Art. ROCCO, *Opere giuridiche*, vol. I - *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Roma, 1932, 227 ss., n. 62 ss., in particolare 553 ss., n. 176 ss., secondo cui questo si articola in *oggetto formale* (consistente nel diritto dello Stato all’osservanza dei precetti penali) e *oggetto sostanziale* del reato, quest’ultimo da distinguere in oggetto *generico* (ossia l’interesse dello Stato alla propria esistenza e conservazione) e oggetto *specifico* (appartenente ad un singolo o ad una categoria di individui, e specificamente offeso dal reato). Sul punto cfr. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione*, cit., 279 ss.

dell'offesa" (art. 14, comma 2), e, comunque, non inferiore a quella risultante dall'applicazione dei parametri indicati dall'art. 135 c.p. (nell'ambito dei criteri di "modificazione, applicazione ed esecuzione della *pena*": Titolo V del codice penale) a proposito del ragguaglio tra *pene pecuniarie* e *pene detentive* (art. 14, comma 2).

Problematiche solo in parte diverse sono interessate dal d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274, che disciplina la competenza penale attribuita al giudice di pace, in attuazione della legge-delega 24 novembre 1999, n. 468²⁸.

Delle molteplici questioni che la normativa pone, ci si limita in questa sede a prendere in esame gli artt. 34 (sulla esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto) e 35, che consente al giudice di pace, per i reati di sua competenza, sentite le parti e l'"eventuale persona offesa", di dichiarare estinto il reato "quando l'imputato dimostra di aver proceduto, prima dell'udienza di comparizione, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato"²⁹.

In primis due osservazioni: da un lato, la qualificazione della persona offesa come "eventuale", differentemente da altre disposizioni ove pure essa viene in rilievo, non fa che rafforzare le perplessità sulla corretta cognizione, da parte del legislatore, del concetto di "persona offesa", ovvero di soggetto

²⁸ La competenza del giudice di pace (giudice laico) in materia penale è riservata ex art. 4 d. lgs. n. 274/2000 ad una serie di reati (considerati come) bagatellari, quali, a mero titolo esemplificativo, percosse, talune ipotesi di lesione, ingiuria, diffamazione "semplice", ecc.: a riguardo M. PAPA, *Giudice di pace e reati del giudice di pace*, in *Diritto penale e processo*, 2001; A. BERNARDI, *Giudice di pace e reati della legislazione speciale*, *ivi*, 2001, 6 ss.; *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, a cura di G. ILLUMINATI e G. GIOSTRA, Torino, 2001.

²⁹ La disposizione "sviluppa" la direttiva contenuta nell'art. 14, lett. h) della legge-delega n. 468/1999, secondo cui si impone la "previsione di ipotesi di estinzione del reato conseguenti a condotte riparatorie o risarcitorie del danno". Per una analisi dell'art. 35 cfr. G. DE FRANCESCO, *Art. 35*, in *Commento al d. lgs. n. 274/2000*, in *Legisl. pen.*, 2000.

titolare del bene o interesse tutelato dalla norma violata attraverso la commissione del reato, spesso confusa con quello di “persona offesa”.

Dall’altro, la disposizione riproduce il meccanismo (peculiare della vigente disciplina in tema di sospensione condizionale della pena e di oblazione c.d. discrezionale) del binomio “*riparazione del danno cagionato dal reato* — eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato”, ereditando le difficoltà interpretative che a riguardo — come anticipato — dottrina e giurisprudenza hanno da tempo evidenziato.

Se non altro, nel contesto di riferimento, l’efficacia estintiva del risarcimento e/o della riparazione non è generalizzata a tutti i reati e a tutte le tipologie criminose, ma risulta circoscritta a determinate ipotesi di illecito, ovvero quelle di competenza del *solo* giudice di pace³⁰.

L’indicazione della “riparazione del danno” parrebbe di non complessa lettura, sebbene vi sia da chiedersi come mai non si imponga *specificamente* anche l’audizione della parte civile, che subisce il danno risarcibile, e che è ammessa anche nel procedimento avanti il giudice di pace *ex art. 23*: sembra doversi intendere la parte civile compresa nel generico concetto di “parti”.

Il secondo comma dell’art. 35 aggiunge che il giudice (di pace) è tenuto a dichiarare la estinzione del reato “soltanto se ritiene le misure risarcitorie e riparatorie idonee a soddisfare esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione”.

Una nuova folata di vento scompiglia le carte sul tavolo da gioco: se una connessione deve esistere — come sembra presumere il legislatore — tra attività risarcitoria e riparatoria, per un verso, ed esigenze di riprovazione del reato e di prevenzione, per l’altro, ciò non può non significare che il “danno” da riparare (secondo il primo comma) non è (tanto) il

³⁰ Nel senso della necessità di delimitare *ratione materiae* l’efficacia estintiva (e/o di esclusione della punibilità) di condotte risarcitorie e/o riparatorie cfr. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione*, cit., 443 e 555 s.

danno civilmente risarcibile, quanto qualcosa di diverso, posto che si evocano esigenze di “riprovazione del reato e di prevenzione”: che si tratti di porre in essere attività dirette a riparare l’“offesa”, oppure a riparare il “fatto”? O i due concetti sono considerati coincidenti? In tal senso si spiegherebbe anche il particolare rilievo assegnato dalla disciplina all’(audizione dell’) “eventuale” persona offesa.

Innegabili le reminiscenze d’oltralpe, seppure con alcune evidenti discrasie.

Il limite edittale di pena considerato, ad esempio, se nella esperienza tedesca non supera la durata dell’anno di detenzione, nell’attuale sistema italiano — stante l’attribuzione di competenza penale per materia del giudice di pace *ex* art. 4 — si estende sino a due anni (ad esempio, nei casi di cui artt. 595, comma 2 c.p.; 627 c.p.; 633, comma 1, salvo che ricorra l’ipotesi *ex* 639-*bis* c.p.) o addirittura sino a tre (si pensi agli artt. 631 c.p. e 632, salvo che ricorra la causa *ex* 639-*bis* c.p.).

Ed ancora. Che cosa intende il legislatore con la singolare locuzione (esigenze di) “riprovazione del reato”? Deve fare ingresso nella valutazione del giudice di pace, che già è un laico e non un magistrato “togato”, una valutazione “etico-morale” di riprovazione, oppure attraverso l’inciso si affacciano maliziosamente mai sopite istanze retributive, in parte irrinunciabili — per una sanzione che sia *penale*, nonostante l’apparente fase di oblio concomitante con l’ascesa della riparazione?

Infine. La rubrica della norma rimarca *claris verbis* l’efficacia *estintiva*, a seguito di sentenza, del risarcimento e della riparazione.

Ma la lettera della disposizione non sembra poter escludere la tesi, già altrove prospettata³¹, che misure come quelle in esame (ovvero risarcimento e/o riparazione) non rappresentino altro che sanzioni sostanzialmente dotate di natura penale, peraltro escluse dall’ambito di applicazione

³¹ Cfr. D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione*, cit., 535 ss.

delle garanzie sostanziali e processuali che sostengono queste ultime: col che, al mero scopo di affinare lo strumentario di una deflazione penale non legislativamente regolata³², e nella totale incapacità di avviare una seria (sebbene non facile) riflessione sulle fattispecie incriminatrici contenute nella parte speciale del codice penale e nelle leggi complementari³³, si viene a ledere gravemente il principio di legalità della sanzione, già compromesso da un alluvionale intervento riformatore del vigente ordinamento processuale.

Se infatti quest'ultimo è divenuto il terreno di elezione del "prosciugamento" dell'intero sistema penale e delle sue garanzie (anche) di *efficienza* ed *efficacia*, del tutto incoerentemente la fattispecie incriminatrice continua ad esercitare una attrazione morbosa sul legislatore (sintomatico il dettato dell'art. 9 della legge n. 376/2000 in tema di "lotta contro il *doping*"), mentre l'infatuazione per il dorato mondo della "riparazione" (risarcimento; mediazione; composizione del conflitto; conciliazione; ecc.) preclude qualunque approfondimento nel senso della enucleazione di sanzioni di contenuto diverso dalla pena detentiva, ma pur sempre di tipo afflittivo (ad esempio, misure interdittive o sanzioni pecuniarie in senso proprio)³⁴.

L'esame delle proposte avanzate nel nostro ordinamento rivela un certo disorientamento ed una mancanza di punti di riferimento nelle scelte politico-criminali di fondo: da un lato, sussistono istituti basati su una sorta di "riparazione penale" mirata a sanare la lesione all'"interesse pubblico" offeso dalla commissione del reato (si vedano, ad esempio, l'art. 14 del d. lgs. n. 74/2000; il c.d. Progetto Flick; l'art. 122 del c.d. Progetto Grosso); dall'altro, si effettuano tentativi di

³² P. TONINI, *La nuova competenza penale del giudice di pace: un'alternativa alla depenalizzazione?*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 931 s.

³³ Essenziale sul punto il contributo di M. DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato "costituente" per la riforma del codice. (Riflessioni a margine di una ricerca)*, in *Ind. pen.*, 2000, 657 ss.

³⁴ In quest'ultimo senso cfr. F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 90.

introdurre ipotesi generalizzate di mediazione penale, sulla scorta di sperimentazioni avviate nell'ambito del diritto penale minorile (art. 28 D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448), articolate sul rafforzamento del ruolo della "vittima" e su meccanismi di composizione del conflitto (tra autore del reato e "vittima" stessa)³⁵, peraltro non supportati dalla predisposizione di idonei apparati operativi³⁶.

Alla stregua delle direttrici appena richiamate, profili sostanziali e profili processuali si fondono, moltiplicando quelle possibilità di "giustizia consensuale", ovvero di azione processuale concordata tra le parti³⁷, che sono aprono la via alla privatizzazione del diritto penale.

L'inquietante sensazione di (continuare a) navigare a vista è generata non tanto dalla esistenza di una pluralità di soluzioni incentrate su condotte riparatorie (anche l'ordinamento francese, a seguito della entrata in vigore delle leggi n. 93-2 del 2-2-1993³⁸, e n. 99-515 del 23-6-1999³⁹, prefigura una molteplicità di strumenti, basati sia sulla *médiation* sia sulla *composition pénale*)⁴⁰; quanto piuttosto da quella "armata Brancaleone" che è divenuta la griglia dei principi informatori del nostro sistema, caratterizzata dall'accorpamento di elementi disomogenei, tratti da istituti

³⁵ Per approfonditi riferimenti sul punto si vedano i numerosi contributi contenuti nel volume *La mediazione nel sistema penale minorile*, a cura di L. PICOTTI, Padova, 1998.

³⁶ Ad esempio, nel prevedere la promozione, da parte del giudice di pace, della conciliazione tra le parti, laddove il reato sia perseguibile a querela, l'art. 29 della L. n. 274/2000 si limita a consentire al giudice stesso un breve rinvio dell'udienza, concedendogli altresì la facoltà di "avvalersi anche dell'attività di *mediazione*" di non meglio identificati "*centri o strutture pubbliche o private presenti nel territorio*".

³⁷ G. SPANGHER, *Verso un processo di parti*, in *Studium Iuris*, 2002, 469 ss.

³⁸ Cfr. in *Recueil Dalloz*, 1993, *Législation*, 135.

³⁹ Cfr. in *Recueil Dalloz*, 1999, *Législation*, 311.

⁴⁰ Sul punto cfr. *amplius* G. M. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, in *Legisl. pen.*, 2000, 99 ss.

tanto sostanziali quanto processuali, senza il supporto di una solida politica criminale che legittimi la sopravvivenza nel nostro ordinamento del principio di legalità *lato sensu* inteso e di quello di obbligatorietà dell'azione penale.

Il “diritto penale incerto”, determinato dalla crisi della supremazia della legge, si affida a fonti extralegislative e consacra il “diritto giurisprudenziale”, rafforzando il consolidarsi del diritto pattizio⁴¹.

Per converso, la condotta riparatoria (talora espressa anche in termini di riparazione simbolica, o identificata nella prestazione lavorativa a favore della collettività), pur assurdo *formalmente* a causa di non applicazione della sanzione, assolve *di fatto* le funzioni di una sanzione penale, surrettiziamente introdotta appunto sotto le mentite spoglie di una ipotesi di “*Absehen von Strafe*”.

⁴¹ F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1193 ss., in particolare 1200.

PARTE TERZA

DISCUSSIONE

BATTISTA PALESTRA
Presidente del Tribunale di Trento

Sento anch'io la necessità di quel “bagno quinquennale” di cui si diceva, e se il professor Fornasari parlava per i professori universitari di “bassa cucina”, noi allora ci occupiamo della ‘pattumiera’ del diritto. Per le pene alternative io sarei un sostenitore della gogna: nulla sarebbe più rieducativo e soddisfacente per l'opinione pubblica che lo stare appeso per un'ora con il cartello «Sono quel cretino che ieri sera girava in macchina ubriaco». Molto meglio della complessa macchina giudiziaria, che poi bisognerà vedere se è efficace.

Problema del “giudice terzo”: in questa espressione c'è qualcosa che non mi soddisfa. Ho sempre ritenuto pleonastico dire “giudice terzo”, così come “giusto processo”, perché se con questo intendiamo, come usa oggi, “processo secondo le regole”, credo che anche quello della *Colonna infame* si fosse svolto secondo le regole vigenti in quel momento. Se invece lo intendiamo come “processo che dia come risultato qualcosa di giusto”, siamo in presenza di quel ‘giustizialismo’ che, nell'attività del giudice, oggi è demandato ai soli giudici popolari — gli unici che ancora prestano giuramento, impegnandosi a fare in modo che il processo si concluda “quale risposta a verità e giustizia”, come il popolo si attende (mentre ai giudici togati ordinari sia la parola “verità” che quella “giustizia” fanno arricciare il naso).

La terzietà altro non è che un aspetto di quell'indipendenza e autonomia che sono proprie del giudice, a cui sostanzialmente non aggiunge nulla di nuovo: troverei più interessante un giudice equilibrato o capace. Tale concetto, ripeto, è pleonastico: se non è terzo rispetto alla controversia in

corso, non è giudice. Nordio, che ho conosciuto molti anni fa, ha ripreso immediatamente il tema del diritto nord-americano: dico con franchezza che non appartengo a coloro (professori, avvocati, colleghi) che inneggiano al diritto nord-americano. Io non ho alcun complesso di inferiorità: e se mi fosse rivolto l'epiteto di "selvaggio" da parte di un operatore giuridico nord-americano, non mi toccherebbe. Continuo a ritenere che il "Far West" non sia qui, ma da *quelle* parti. Come anche il problema dell'arbitrario e del discrezionale: bisognerebbe capire ed approfondire che cosa è "arbitrario" e cosa "discrezionale". Tenendo presente che noi sappiamo a chi risponde il collega nord-americano, o a quali fini appronta la sua azione: ma nessuno ci venga a dire a chi deve rispondere il PM italiano. Certo, ci sono dei problemi, che però sono affrontabili: non sono a favore del sistema anglo-americano, ma neanche di *tutti* gli aspetti del nostro sistema. Ho iniziato a fare il giudice istruttore penale nella stessa sede in cui avevo fatto l'avvocato per tre anni, e nessuno ha trovato di che scandalizzarsi. Ci sono dei giudici diversi dagli altri: quelli della Corte Costituzionale, i quali, assistiti da una 'grazia' particolare, dal momento in cui indossano la toga, sono in possesso di una 'campana isolante' che gli garantisce la terzietà.

È difficile rispondere alle questioni sulla contiguità fra PM e giudici nel nostro attuale sistema. Esse sono molto spesso delle esagerazioni, poiché il vero problema è quello del ruolo del PM; se c'è un PM che è elettivo, che risponde a qualcuno, allora ecco che in questa logica tutto si tiene: la discrezionalità dell'azione penale, il pragmatismo, il «questo è un processo difficile, in cui devo spendere otto milioni [di Lire] di intercettazioni e non lo faccio, non importandomi se l'imputato è colpevole». Questo però è un tipo di processo che disturberebbe l'opinione pubblica (anche se non è detto che essa rappresenti sempre lo spirito della legge). Se non c'è l'obbligatorietà dell'azione penale, dev'essere il legislatore a riprendere in mano tutta la casistica del processo penale,

DISCUSSIONE

rinunziando a perseguire penalmente quei comportamenti mai perseguiti (o mai perseguiti con una sanzione penale efficace).

La mia vera obiezione ai discorsi sulla separazione tra PM e giudici non è quella che non riescano a creare un giudice terzo, ma che mirino ad una perdita di profilo del PM: è lui che porta l'azione penale davanti al giudice, il quale ultimo, per giudicare (come nel caso dei giudici popolari) "secondo verità e giustizia", deve trovare un PM all'altezza, anche deontologica, del compito.

ADOLFO DE BERTOLINI
Ordine degli Avvocati di Trento

Mi trovo in una posizione di imbarazzo, poiché il tema assegnato a questa tavola rotonda — “Terzietà e separazione delle carriere” — è molto circoscritto ed è difficile resistere, non lasciandosi trascinare da quanto detto dal dott. Nordio e dal Presidente Palestra (che risolve il problema della terzietà, del giusto processo e della separazione delle carriere dicendo che è pleonastico parlarne: sarei d’accordo, se il processo fosse giusto e la terzietà garantita. Questo pareva vero, ma non è così).

Bisognerebbe parlarne per imparare, soprattutto in questa sede (a questo proposito, il Consiglio dell’Ordine di Trento ringrazia per l’invito ricevuto) ove si abbandonano le polemiche e ci si scambiamo le idee. Debbo però tornare al mio tema: è bello parlare di terzietà oggi, momento in cui noi avvocati, e voi PM e giudici, viviamo una crisi spaventosa. Il tema lo propongo attraverso passaggi molto lineari, essendo convinto che la linearità dell’esposizione vada recuperata anche in campo giuridico, poiché stiamo arrivando ad un punto in cui non ci capiamo più, né capiamo le leggi o i libri che leggiamo.

Il primo passaggio è dunque questo: la giurisdizione penale si è collocata, pare stabilmente, come punto centrale e fulcro dell’organizzazione istituzionale dello Stato. Una tendenza che, per alcuni autori, negli Stati democratici moderni finirà per accentuarsi, e conseguentemente (in parallelo, non in contrapposizione) si svilupperanno soluzioni a carattere stragiudiziale, dal momento che così tanto penale non se ne può più fare, come pare evidente.

Secondo passaggio: non c'è dubbio che il processo è il fulcro della giurisdizione, in particolare di quella penale: esso può essere strumento dell'affermazione della democrazia o dell'anti-democrazia, insomma della tendenza democratica del Paese, soprattutto nella condizione attuale. La giurisdizione può modificare l'economia, le istituzioni: "Tangentopoli" è niente se paragonata a vicende accadute in Paesi di ben altro spessore, dove lo Stato stesso è messo sotto processo.

Terzo passaggio: la terzietà del giudice, che è un principio naturale. Il Codice Etico della Magistratura ha un articolo 8 in cui si legge che il magistrato garantisce e difende l'indipendenza e l'esercizio delle proprie funzioni e mantiene un'immagine di imparzialità ed indipendenza. Ed un articolo 12 in cui si stabilisce che il giudice garantisce alle parti la possibilità di svolgere pienamente il proprio ruolo. Tale principio è scritto in tutte le Carte Costituzionali e in tutte le aule (anche se le lettere cadono): che la giustizia sia "uguale per tutti" è esito dell'imparzialità. Altro che pleonasma!

Vale la pena di discutere attorno a queste idee, in cui crediamo, ed è per questo che ringraziamo ancora una volta la Facoltà di Giurisprudenza ed il Dipartimento di Scienze Giuridiche.

Si diceva: se il processo è il fulcro della democrazia e il giudice è fulcro del processo, allora il giudice è fulcro della democrazia. Se la giurisdizione è il fulcro del potere dello Stato, e il processo è il fulcro della giurisdizione, allora la terzietà del giudice si dà come fulcro di tutto. È straordinariamente importante che se ne parli, e non è un caso che se ne parli ora e non se ne potesse parlare qualche anno fa, e che lo possa fare un avvocato in modo neutrale e non come "avvocato di" (visione degradante di questo mestiere in cui si crede). E allora: se questa terzietà del giudice è uno dei momenti fondamentali della vita dello Stato, la contiguità delle scrivanie, le porte vicine nei corridoi, addirittura attaccate (è vero che ci passiamo anche noi davanti, ma dobbiamo bussare quando troviamo qualcuno), sono o no un momento di rischio,

in termini di possibilità di inquinamento di ciò che abbiamo visto essere uno dei momenti cardine della democraticità del Paese? Io sono sicuro che lo è: ciascuno di noi si è fatto le sue esperienze anni fa, quando l'intervento del GIP sulle misure cautelari non c'era. E quando alzavamo la testa eravamo gli "avvocati pagati". Non si fanno polemiche, ma se questo è un luogo di libertà, di formazione della cultura, se qui ci sono degli studenti, queste cose vanno dette. In determinati momenti, dov'erano i GIP? E allora mi chiedo: se la terzietà è uno dei valori-guida della democrazia, è un elemento di rischio la contiguità col PM? Io forse non ho più la capacità critica sufficiente, poiché il lavoro mi ha bruciato parte del cervello, e probabilmente sbaglio. Questo, dialetticamente, va messo in conto. E qui [come avvocati] siamo anche in troppi. Ma anche se così non fosse, nessuno può escludere che esso è un elemento di rischio: e, seppure in astratto, lo si può mettere in conto? Con l'avv. Bertuol si diceva che la separazione delle carriere, pur essendo un valore relativo e non assoluto (sarà imparziale il giudice una volta separate le carriere?), si impone. Nessuno di noi potrà pretendere che l'uomo giudice sia imparziale: questo è molto difficile, poiché bisogna prima di tutto liberarsi da se stessi e, se si è fatto il PM, dell'anima inquisitoria che si ha dentro di sé, del pregiudizio, che è un meccanismo immediato.

Io non pretenderò questo, se il vizio del giudice è vizio dell'uomo; ma pretendo la separazione se il momento storico lo impone.

Mi scuso se sono andato per le lunghe, vi ringrazio, ma era molto bello quello che ho sentito.

RENATO BALLARDINI
Ordine degli Avvocati di Rovereto

Il dott. Nordio, fra le molte cose che ha detto, ha anche formulato severe critiche alla concitata e confusa produzione normativa in materia penale che negli ultimi dieci anni ha visto luce in Italia. Le sue critiche hanno un certo fondamento. Direi che tale critica costituisce una esercitazione abbastanza facile. Però ciò che è mancato nell'intervento del dott. Nordio è stata la considerazione del contesto politico generale in cui una tale profusione legislativa si è verificata. La giustizia penale in questi anni non ha riguardato poveri ladri di biciclette, ma imputati eccellenti e potenti che hanno usato la loro influenza lobbistica, con il risultato negativo di una normativa di emergenza e contraddittoria. Se non teniamo conto di questo contesto, e astraiano da esso, muovere una critica tecnica è un gioco da bambini.

Sul tema di questa tavola rotonda — “Terzietà e separazione delle carriere” — il dott. Nordio ha chiarito che separazione delle carriere non significa che un magistrato del PM non possa passare a fare il giudice, ma solo che questo passaggio non può essere automatico. Ha poi osservato che nel Consiglio giudiziario il PM che ne faccia parte può esprimere giudizi su un giudice della sua stessa circoscrizione. Entrambe tali argomentazioni mi paiono marginali rispetto al problema di cui discutiamo.

Ha ragione il presidente Palestra a dire che il termine “terzietà” è orrendo, però bisogna riconoscere che ha un pregio, perché qualificando come “terzo” il giudice nel processo, evoca il momento “terzo” del procedimento logico della conoscenza, vale a dire, dopo la tesi e l'antitesi, la sintesi della dialettica hegeliana. Che peraltro deve essere temperata

dalla dottrina di Popper, il quale ci ha insegnato che la ricerca della verità procede per tentativi e verifiche, per congetture e confutazioni: esattamente come nel processo, il cui oggetto è appunto la ricerca della verità. Solo le congetture che non sono confutate hanno dignità di verità: provvisoria nella ricerca scientifica che è senza fine, definitiva nel processo, quando la sentenza che lo conclude passa in giudicato.

Vi è dunque identità fra la struttura nel processo penale e quella del procedimento logico. Nel processo penale i tre momenti, ossia le tre diverse funzioni dialettiche, sono interpretati da attori diversi, come in un dramma. È importante che ciascuno dei protagonisti sia consapevole del proprio ruolo e dotato di una cultura ad esso adeguata, cioè una cultura del confronto fra tesi opposte, una cultura dialettica. Ciò vale per il pubblico ministero, per l'avvocato ed anche per il giudice.

Ognuna delle due parti deve prospettarsi le tesi avversarie per confutarle. Questa continua ginnastica mentale, necessaria per svolgere degnamente la funzione di accusa o difesa, potrebbe essere meglio affinata da una rotazione delle funzioni. Cioè una soluzione che è esattamente l'opposto della separazione delle carriere. Forse questa soluzione è oggi impraticabile. Ma prospettarla serve a dimostrare quanto sia errata la proposta di separare la carriera dei magistrati dell'accusa da quella dei magistrati giudicanti. Infatti il timore che l'unicità della loro carriera favorisca la contaminazione delle rispettive funzioni è privo di senso. Non è l'unicità delle carriere che può determinare contiguità fra accusa e giudice terzo, né la separazione delle carriere che può evitarla.

La garanzia dell'indipendenza del giudice terzo sta nella sua autonomia culturale, acquisita dall'esercizio del rispettivo ruolo a ciascuno assegnato dalla dialettica processuale.

Pochi giorni fa il giudice Rosario Lupo ha dichiarato non doversi procedere contro Silvio Berlusconi, eppure fa parte della stessa carriera del pubblico ministero che invece aveva chiesto il rinvio a giudizio. Ciò dimostra che l'unicità della

carriera non comporta unicità di posizioni. A carriere separate può esservi un giudice suggestionabile dall'accusa (o dalla difesa), poiché la terzietà dipende dell'autonomia culturale del soggetto.

Questo della terzietà è un problema piuttosto antico: ho trovato in questo libro di Ludovico Antonio Muratori, uno storico del '700, due piccoli brani pieni di sapore di modernità. Uno dedicato alla "indifferenza" richiesta nei giudici. "Non v'ha persona" dice "che non sappia dovere il giudice, allorchè gli si presenta qualche causa, spogliarsi affatto d'ogni desiderio, amore, odio, timore o speranza. Questo lo si sa. Ma non sanno già i più, che non è sì facile l'esecuzione di tale necessaria regola. E ciò perché i giudici non sanno o non vogliono por mente alle burle che a noi fanno le interne, occulte nostre passioni, queste nostre passioni che si nascondono" (Freud è ancora molto lontano). "Né parlo qui di giudici privi di coscienza o capaci di vendere la giustizia a chi promette ed esibisce di più. Intendo di giudici timorati di Dio, che non prendono regali, e che si credono di sempre giudicare giustamente". Anche Muratori si pone il problema della separazione delle carriere: "Nei tempi delle Repubbliche Italiane introdussero il costume di chiamare per podestà e giudici persone forestiere affinché non avessero parenti o amici nel paese che pervertissero i loro giudizi, o non permettevano loro di andare ai conviti o di stringere familiarità con alcuno. Ma neppure questo basta. Converrebbe sequestrare i giudici in un superbo palazzo, con delizioso giardino accanto, ma circondato di mura, come le fortezze, sempre che essi non potessero ricevere lettere, né ambasciate da chicchessia. Le cause portate al loro tribunale dovrebbero essere coi nomi finti e in una sala dietro ad un velo avrebbero da ascoltare le ragioni e i contrasti degli avvocati. Sempre in caso fallassero ai loro giudizi all'ignoranza o ad altri effetti, sarebbe ciò ad attribuire non certo alla parzialità. Ma questi son vani ed impossibili ripieghi: perciò solamente resta che si scelgano al ministero dell'aggiudicatura, siano cittadini o forestieri, poco per lo più

importa, persone timorate di Dio, pratiche delle leggi, e del suo mestiere che sappiano ben raziocinare. E voglia pregar Dio che l'indovinino in giudicare". Mi pare che questo antico testo sia di grande attualità: ciò che conta è la capacità di ragionare del giudice, la sua onestà e l'elemento *fortuna* che nella vita è sempre fondamentale. La separazione delle carriere io la capisco, non condividendola, in una logica che attribuisca la funzione accusatoria al potere esecutivo.

Non ho la possibilità di citare alcun testimone, ma spero mi crediate: nella seconda metà degli anni '70 (all'epoca ero ancora deputato del gruppo socialista dopo l'avvento di Craxi), nelle conversazioni si sentiva di frequente dire: "I PM hanno troppi poteri" e all'epoca era vero. In un viaggio con Federico Mancini mi sentii enunciare da lui la tesi della separazione delle carriere: egli era consigliere di Craxi. Io non ero d'accordo, perché la proposta della separazione mi fu presentata come un mezzo per affievolire la separazione dei poteri, poiché i PM erano sentiti come limite del potere politico.

L'avv. de Bertolini dice che l'autonomia dei magistrati è un rischio: ma raramente siamo chiamati a scegliere tra il bene e il meglio, il più delle volte invece dovendo scegliere tra il meno peggio e il male. E allora, fra un PM amico del GIP e un PM amico del ministro, scelgo il primo: preferisco che il PM sia un magistrato, piuttosto che un impiegato del Ministero della Giustizia. Grazie.

UMBERTO MUSTO
Ordine degli Avvocati di Bolzano

Preferirei chiedere delle risposte a chi ha esperienza e capacità professionali maggiori delle mie, piuttosto che stare al di qua del tavolo per fare un intervento. Mi trovo assolutamente d'accordo con il dott. Nordio e con l'avv. de Bertolini e trovo spunti in quanto detto dal dott. Palestra e dall'avv. Ballardini.

Io ho convissuto solo con *questo* codice: mi era stato promesso che tale codice avrebbe garantito eguali strumenti per svolgere le indagini, eguali capacità, e credevo che le cose sarebbero andate effettivamente così. I giovani avvocati si chiedono se questo sia o no il processo accusatorio. Vorrei agganciarli alle ultime parole dell'avv. de Bertolini, premettendo che, anche per me, è un pleonasma parlare di "terzietà" e "giusto processo".

Egli ha detto che la separazione delle carriere sarebbe necessaria e auspicabile: sono d'accordo. Ma la domanda è: nell'impianto attuale, la separazione sarebbe sufficiente o essa è solo una caratteristica mentale del giudice? Fatta tale norma (auspicabile), il giudice avrà questo modo di sentire?

Penso che non sia così. In dieci anni di esperienza del nuovo codice, che comunque ha rappresentato una rivoluzione totale, mi chiedo se tale evento non abbia bisogno di più meditazione ed esperienza. Un giudice inglese mi raccontava che per trent'anni aveva fatto l'avvocato e poi aveva messo i panni del giudice. Ma a nessuno era venuto in mente che tale passaggio potesse inficiare il suo giudizio. In quel paese ci sono centinaia d'anni di esperienza di tale sistema accusatorio. Laddove il rispetto delle istituzioni è radicato nel singolo, li

UMBERTO MUSTO

non è necessario parlare di separazione, ma da noi potrebbe essere sufficiente?

Questa domanda di un giovane racchiude il senso del mio intervento.

FRANCESCO CAVALLA
Facoltà di Giurisprudenza di Padova e Verona

Magari avessimo tutti il *sense of humor* e la soffice ironia del dott. Palestra! Probabilmente non ci sarebbe neppure bisogno di convegni come questo. Giacché, appunto, le qualità di cui il magistrato, qui relatore, ha fatto tanto ammirevole mostra sono le doti che più favoriscono quella *fronesis*, come la chiama Aristotele, quel “ragionar prudente” che esprime al meglio la funzione del giudice, del “terzo” rispetto alle parti.

Ma stiamo parlando di una merce assai rara. Ce lo immaginiamo un concorso per entrare in Magistratura, con prove per misurare l’equilibrio e il buon senso dei candidati? La prima difficoltà sarebbe quella di trovare esaminatori sufficientemente competenti in materia.

Mi permetto qualche paradosso per introdurre un’idea che mi sta molto a cuore. Non possiamo continuare a sospendere la “terzietà” — caratteristica irrinunciabile della posizione del giudice — ad alcuni aspetti psicologici della personalità del giudicante. E come non possiamo pensare che la terzietà sia assicurata dall’equilibrio mentale del magistrato, così non possiamo continuare a credere che a garantire la terzietà basti l’indipendenza dal potere politico, l’estraneità agli interessi delle parti e così via. Anche quando intervenga, come accade nel nostro ordinamento, la norma giuridica, questa riesce a disciplinare l’attività del giudice in modo che egli *possa* mantenersi psicologicamente indipendente ed equidistante: ma non è detto che ciò accada effettivamente.

Ma soprattutto: né una norma né la migliore disposizione d’animo possono far sì che il giudice ragioni in modo rigoroso, secondo criteri che sono indissolubili dalla posizione di “terzo”. Ed è appunto questo il momento decisivo

di tutta la questione. Questo è ciò che qui andiamo cercando: esistono parametri per i quali si possa dire che il ragionamento portato a sostegno della sentenza sia, non soltanto onesto, disinteressato, in buona fede, ecc., ma anche, e prima di ogni altra cosa, *rigoroso* come può e deve esserlo un procedimento destinato a chiudere una controversia?

In generale noi diciamo “rigoroso” un ragionamento quando si compone di proposizioni che non possono disgiungersi una dall’altra. Il tipo di ragionamento rigoroso più noto è quello matematico-geometrico. Qui, una volta scelta la premessa, si effettua un ragionamento rigoroso quando si arriva ad una conclusione che non può venire disgiunta dalla premessa stessa, pena la contraddizione. Quando si è assunta la nozione di triangolo, da questa non si può disgiungere (nel senso di negare) la conclusione per la quale la somma degli angoli misura comunque 180° .

Il tutto funziona, ovviamente, se e quando il matematico parla ad altri scienziati che non discutono le premesse da lui assunte. Ma il giudice si trova forse in una situazione del genere? Può egli, non dico ripetere, ma anche soltanto imitare il rigore del matematico? La risposta è sicuramente negativa. Il giudice infatti può svolgere la sua funzione solo se sviluppa *un altro tipo di ragionamento* rispetto a quello dello scienziato.

La situazione processuale (penso adesso, per semplicità, al processo penale) è caratterizzata essenzialmente dal fatto che in essa si oppongono due parti ciascuna delle quali non condivide le premesse dell’altra sicché, perciò, entrambe sostengono conclusioni tra loro diverse. Allora il giudice, se assume una premessa propria (o, tutt’al più, coincidente con quella di una sola parte), non può mai apparire, neppure tendenzialmente, *rigoroso* ad entrambi i contendenti: giacché, in effetto, egli ragionerebbe come una parte, assumerebbe la veste sostanziale, non già del giudice terzo, ma di un’ulteriore parte in conflitto con le altre

Certo, si può ricorrere – come è accaduto nella storia occidentale – ad ogni sorta di mitologia psicologista,

metafisica o scientifica (il giudice “bocca della legge”), politica (il giudice rappresenta lo Stato) per sostenere che, comunque, la pronuncia di colui cui sono attribuite funzioni giudicanti ha maggior valore delle conclusioni delle parti. Ma, appunto, di mitologia si tratta: la realtà logica è quella per cui, quando uno ragiona movendo da una premessa per fondare una conclusione, questi fa sempre e solo un discorso “di parte”, un discorso che non vale per tutti ma solo per coloro (tanti o pochi che siano, non importa) che condividano i suoi punti di partenza senza discuterli.

Ora, un discorso di parte non ha mai la virtù di far cessare l’opposizione tra altri due discorsi di parte, come sono quelli dell’accusa e della difesa. Anzi, quando intervenga nel processo, il discorso del giudice, se è di parte, moltiplica l’opposizione iniziale creando un’ulteriore diversità tra se stesso e la tesi dell’accusa, e tra se stesso e la tesi della difesa.

Certo, può essere che al magistrato sia attribuito per via politica il potere di sopprimere la manifestazione esteriore del conflitto accusa-difesa. (Il caso limite è quello della condanna a morte: con la scomparsa dell’imputato cessa evidentemente ogni possibilità empirica che egli sostenga una tesi opposta a quella accusatoria). Ma il magistrato che ha il potere di interrompere (che non è risolvere) il conflitto con una sua particolare decisione – comunque questa sia chiamata, comunque sia identificata dall’ordinamento giuridico-politico, quali che siano le attribuzioni conferite al magistrato stesso – non manifesta in ogni caso la natura di giudice; egli viene piuttosto a ricoprire un ruolo ben preciso, ben caratterizzato nella storia dell’organizzazione del potere: si tratta del ruolo dell’*inquisitore*.

Appunto: l’inquisitore è quegli che possiede un sapere proprio e non lo mette in discussione, giacché reputa che esso debba imporsi a tutti. L’inquisitore è il rigoroso custode di una ortodossia morale, giuridica, politica (alla fine sempre, in qualche modo, “religiosa”) che ne legittima il potere e gli fornisce perciò le premesse, per lui incontestabili, del suo

ragionare. Adunque l'inquisitore non ascolta, ma interroga; non forma il suo sapere al contatto delle parti, ma lo integra; non impara, ma verifica. Ciò che l'inquisitore vuole conoscere, nelle parti in conflitto, è se, e in che misura, ciascuna di esse si adegui al suo pensiero: l'acquiescente merita indulgenza, il deviante merita comunque una pena esemplare. Con questo operare l'inquisitore nasconde – ma non toglie – che anche il suo è un ragionamento di parte: della parte più potente.

L'inquisitore non è un giudice. Il giudice è tale se e quando non fa discorsi di parte.

Il giudice non possiede, prima dello scontro tra le parti, un punto di vista proprio. Egli non sa nulla: perciò tace, osserva, acquisisce. Alla fine, in quanto giudice, parla soltanto per dire quanto è incontestabilmente avvenuto davanti a lui tra le parti. *Il giudice conclude dicendo ciò che da ultimo risulta non obiettato e non obiettabile da nessuna delle parti.*

Ciò che sicuramente è comune alle parti è formato, innanzitutto, dai punti che fin dall'inizio i contendenti non hanno contestato; in secondo luogo il "comune" è formato dai punti sui quali una delle due parti ha dovuto cedere (cioè ha dovuto rinunciare ad obiettare) perché confutata, messa in contraddizione, dall'altra parte.

Ora la tradizione, a partire da Platone, ha marcato la diversità dei due procedimenti logici di cui stiamo parlando, assegnando a ciascuno un nome proprio. Così si chiama *deduttivo* – o analitico – il procedimento che, movendo da una premessa sottratta alla discussione, giunga ad una conclusione necessaria garantita dal principio di identità; si chiama invece *dialettico* – o elenctico – il procedimento volto a trovare il comune in posizioni immediatamente diverse attraverso uno specifico uso del principio di non contraddizione, procedendo quindi ad un risultato generalmente detto "mediazione" degli opposti.

Certo, dovremo ben chiederci e studiare, in questa ed altre sedi, come si sviluppi determinatamente il procedimento dialettico in ambito giudiziario. Ma, intanto, quanto abbiamo

detto dovrebbe già bastare a prospettare la diversità tra il ragionamento analitico e quello dialettico. Il che fonda la nostra opinione: secondo la quale il giudice è tale, essenzialmente, non per le prerogative che gli assegna la legge, né per la sua disposizione psicologica (ancorché pure questi elementi siano rilevanti) ma perché gli compete un discorso strutturalmente diverso rispetto ai discorsi di ciascuna delle parti.

Quando noi auspichiamo la “separazione delle carriere” (*vexata quaestio!*) tra giudice e pubblico accusatore, non facciamo altro che esigere che sia disciplinata, in tutti i suoi aspetti, una effettiva diversità di mestiere, di competenze e di funzioni. Non auspichiamo niente, quindi, che possa ledere l’indipendenza del giudice: la quale, essendo assicurata in ultima analisi da un certo modo di ragionare, risulta facilitata dal fatto di trovarsi di fronte un accusatore che deriva facoltà e mezzi da un’organizzazione ben distinta da quella in cui è inserito il magistrato giudicante. Sicché anche l’eventuale dipendenza del Pubblico Ministero da un’amministrazione diversa da quella della Giustizia non costituirebbe una minaccia per l’indipendenza e la “terzietà” del giudice: inducendolo forse, al contrario, ad assumere ancor più chiaramente quel distacco critico verso l’accusa che dovrebbe essere pari a quello che si ha da tenere verso la difesa, quando si ragioni in termini di dialettica e di mediazione.

Peraltro, anche quella della separazione delle carriere è una questione importantissima ma non decisiva per la sostanza che caratterizza la funzione del giudice: dato che questa consiste, come già ribadito, nello sviluppo articolato del procedimento dialettico e della mediazione. E la struttura di tale procedimento dovrà dunque, a mio avviso, costituire tema di studio e approfondimento molto ampio.

E molto resta da pensare anche sulla riparazione. Invero tale concetto ha, di principio, lo stesso fondamento della mediazione mentre, nella prassi, stenta anch’esso a trovare una soddisfacente determinazione normativa. Più di tutti,

sull'argomento, ne sa l'illustrissimo professor Picotti, che presiede questo dibattito, il quale ha promosso tra i primi una rilevante discussione raccolta in un apprezzato volume (*La mediazione nel sistema penale minorile*, a cura di L. Picotti, Padova, 1998).

Prima di licenziare le bozze di questo mio intervento¹, riesco a leggere il contributo scritto di D. FONDAROLI. Le considerazioni dell'autrice bene mostrano quante e quali difficoltà accompagnino l'introduzione delle idee di "mediazione" e "riparazione" negli attuali ordinamenti positivi.

Mi è più difficile andare d'accordo con la Fondaroli quando la medesima nega qualsiasi fondamento alla tesi per la quale la riparazione costituisce il principio stesso della pena. Essendo proprio questa l'opinione da me sostenuta nel libro che ha dato l'occasione a questo convegno, con ammirevole coerenza logica la Fondaroli afferma che le mie tesi risultano gratuite e ingiustificate: il che peraltro – passando dalla logica astratta ai fatti – sarebbe vero se io mi fossi limitato ad asserire quelle due conclusioncelle che la studiosa richiama nella sua relazione (dandomi così la soddisfacente certezza che ha letto almeno quelle). Però, sempre sul piano dei fatti, non della logica, è vero che ho scritto un saggio di qualche decina di pagine a sostegno della natura riparatoria della pena. Dal che consegue che sono possibili solo due alternative: o io ho prodotto un cumulo di trascurabili banalità, o la Fondaroli non ha capito niente. Quantunque la prima alternativa sia, oggettivamente, di gran lunga la più probabile, io, di fronte ad un ipotetico tribunale della ragione, sono forzato – la parte me lo impone – a difendere la seconda.

Certo, è comprensibile che giuristi, tanto impegnati ed esperti nella cognizione di norme italiane e straniere, faticino a trovare un tempo da dedicare a pagine che si limitano ad

¹ La parte che segue è stata aggiunta dall'interessato in sede di composizione degli Atti, dopo aver potuto prendere visione della relazione consegnata dalla dott.ssa Fondaroli [N.d.C.].

DISCUSSIONE

esporre una questione elementare: e cioè che il reato è concepibile, nel suo principio, come rottura di quel rapporto intersoggettivo che sta, tra gli uomini, prima di ogni loro azione storica. Sicché l'unica cosa sicuramente necessaria, dopo il reato, è che quello che è stato rotto venga riparato; restando poi aperta, ma comunque imprescindibile, la questione successiva di sapere come debba determinarsi la riparazione, se attraverso la detenzione, il risarcimento, gli atti di pentimento e via dicendo. Sono d'accordo con la mia cortese contraddittrice che sul tema nella prassi legislativa si va facendo molta confusione: perciò è bene che restino chiari almeno gli elementi (quelli che noi cultori di filosofia, quando abbiamo voglia di darci delle arie, chiamiamo l'"originario") di ogni plausibile concezione dell'uomo.

Trovo così un particolare motivo per ringraziare l'intera Facoltà tridentina, – e in ispecie il prof. Picotti, penalista, che mi ha ascoltato – per aver promosso una Giornata di studio su temi attualissimi, tra i più urgenti, chiamando ad un sereno confronto cultori della filosofia del diritto e del giure penale.

LORENZO PICOTTI
Facoltà di Giurisprudenza di Trento

Nel ringraziare il dott. Carlo Nordio per il suo appassionato intervento, vorrei sottolineare alcune cose: innanzitutto il raccordo fra processo e pena. Il dibattito nella sua prima fase si è svolto soprattutto sulla pena, con un approccio di natura filosofica, e via via procedendo con un'apertura alle prospettive di analisi giuridica e di politica criminale. Ora, invece, ci porta ad indagare e a confrontarci sulla realtà storica del processo e della giustizia in Italia. Tuttavia ritengo che sarebbe opportuno non farsi prendere eccessivamente dalla situazione contingente del 'nostro' processo, della 'nostra' giustizia e in specie della prassi della nostra giustizia oggi, ma cercare piuttosto di mantenere fermo il raccordo che, tutto sommato, il processo dovrebbe avere rispetto all'applicazione del diritto penale sostanziale: e quindi alla funzione, agli scopi che la pena dovrebbe avere, su cui abbiamo dibattuto e ci siamo confrontati sinora.

Il processo, infatti, è da un lato un momento in cui la giustizia si attua ("il processo è pena" secondo la nota espressione di un famoso giurista), ma dall'altro è un momento in cui il fine della giustizia deve trovare il punto di equilibrio con le esigenze delle parti, che sono chiamate (come accusa e come difesa, come giudice terzo ed imparziale) ad operare la loro funzione. Ora io credo che la vicenda della riforma promessa e forse mancata (o forse non finita) del nuovo codice di procedura penale sia non solo un punto di riferimento polemico, ma anche un punto di esperienza per il giurista, che deve appunto confrontare l'obiettivo (il senso della giustizia, della giustizia penale in particolare) con le possibilità pratiche di attuazione. E quindi verificare l'effettiva praticabilità di principi che certo non possono essere travasati da modelli

astratti in una realtà positiva diversa, ma che tuttavia devono tendere ad un fine che può anche trascendere la concreta prassi e i concreti limiti della situazione attuale.

Ringrazio anche l'avv. Ballardini per il suo intervento, di cui vorrei sottolineare, per quel che riguarda la nostra competenza di docenti, quel suggerimento, forse utopistico nella pratica, della "rotazione di funzioni". Esso potrebbe costituire uno dei compiti formativi delle Università o dei corsi post-universitari per meglio preparare alla concreta professione forense, e dovrebbe essere offerto soprattutto sfruttando le nuove opportunità di organizzare i tirocini presso gli studi legali (ma anche, con opportune convenzioni ed accordi, con la magistratura o con la Procura, come si è tentato di fare qui a Trento). Si realizzerebbe così la possibilità di "ruotare" nei diversi ruoli e nelle diverse funzioni che, peraltro, sono tutte parti costitutive dell'esercizio della giurisdizione.

GABRIELE FORNASARI
Facoltà di Giurisprudenza di Trento

L'obiettivo di questo mio breve intervento è quello di portare un piccolo contributo alla discussione attraverso qualche riflessione sui tanti spunti interessanti proposti nel volume su *Pena e riparazione*. In realtà, al fondo, tratterò un solo aspetto, onde evitare di uscire dall'ambito di un semplice intervento.

La questione centrale del volume è appunto l'inquadramento del rapporto tra pena e riparazione, e cioè la rilevanza della riparazione in una prospettiva di futura riforma e ricostruzione del sistema penale. Noto, prendendo spunto da questo libro e dalle osservazioni in esso contenute, che si sta sviluppando un interesse concentrico sul rapporto pena-riparazione. Non c'è solo questo: mi pare che esso sorga in contesti tra loro molto diversi.

Io vorrei segnalarne tre:

- In primo luogo, sul versante laico-utilitarista di matrice neoliberale o neoliberista e sostanzialmente antistatualista. Mi riferisco per esempio al sottofondo di proposte emergenti dal mondo angloamericano; esse partono da una rivalutazione del ruolo della vittima, che viene posta direttamente a confronto con l'autore per incentivare l'avverarsi di una riconciliazione.

- Poi, sul versante politico-criminale, nella prospettiva di una deflazione del diritto penale. Mi riferisco (poi mi soffermerò più a lungo su questo punto) all'esperienza della Repubblica Federale Tedesca in tema di riparazione, con un progetto dalla genesi molto sofferta e poi l'introduzione di uno specifico paragrafo nel Codice penale.

- Infine, sul versante più strettamente filosofico. Qui, alla base del ragionamento, sta la dichiarazione di fallimento, o di parziale fallimento, dei tradizionali fini della pena.

Alcuni spunti di queste impostazioni tendono a convergere, altri invece restano nettamente distinti.

L'idea che ci proviene dal mondo anglosassone — l'idea della *restorative justice* — parte, sul piano criminologico, dall'intento di dare un maggiore sostegno alla figura della vittima; essa, si dice, è stata espropriata del suo ruolo all'interno del processo e dunque del sistema penale. Occorre invece restituirle un ruolo primario, di assoluta rilevanza, e questo è possibile soltanto attraverso una giustizia che la ponga direttamente a confronto con l'autore. Sul piano ideologico, questa istanza ha come fondamento una sorta di insofferenza verso quella che si ritiene una eccessiva invadenza della macchina dello Stato nei rapporti tra autore e vittima, che interverrebbero nel processo accusando un'estraniamento da quello che dovrebbe essere il loro ruolo centrale, usurpato dagli attori istituzionali. L'auspicio che ne segue è quello di una più diretta contrattualizzazione delle conseguenze del reato tra i due soggetti direttamente interessati, fondata soprattutto sui profili riparatori e risarcitori.

Corollario evidente di questo punto di vista è un deciso ridimensionamento, in particolare, della figura e della funzione della pubblica accusa, dell'organo che noi definiamo come pubblico ministero.

L'esperienza tedesca della *Wiedergutmachung* (letteralmente: riparazione del danno) parte da un dibattito che fu molto intenso nella letteratura scientifica, ma anche presso gli operatori del diritto tra la fine degli anni Ottanta e l'inizio degli anni Novanta. Primo sbocco di questo dibattito fu la redazione di un progetto (Progetto Alternativo sulla riparazione penale) da parte di un gruppo privato di giuristi, docenti universitari ed avvocati. Il progetto vedeva nella riparazione una conseguenza giuridica del reato idonea a sostituire la pena pecuniaria o detentiva, se questa non è

superiore ad un anno, e negli altri casi a costituire premessa per una speciale attenuazione della pena.

Voglio precisare, per inciso, che i limiti sopra riferiti furono il risultato di un faticoso compromesso, e bisogna ricordare che, specie durante le prime fasi della elaborazione, vi erano componenti del gruppo di lavoro che avrebbero volentieri ipotizzato anche una ben più ampia applicazione della riparazione, fino a riguardare reati di notevole gravità, non escluso addirittura lo stesso omicidio. Le modalità della riparazione sono esemplificate nel § 2 del progetto.

In esso s'individuano, come possibili prestazioni riparatorie, il risarcimento dei danni alla persona offesa o ai terzi, in particolar modo enti assicurativi, cui sono passati i diritti dell'offeso, altre prestazioni materiali come il pagamento di una somma di denaro a favore di istituzioni di utilità pubblica, regali all'offeso o prestazioni immateriali come le scuse o la disponibilità alla conciliazione, o infine prestazioni lavorative, in particolare in favore della comunità. Nulla esclude l'effettuazione contemporanea di più tipi di prestazione riparatoria. La volontarietà della prestazione (che comunque deve essere esigibile dall'autore) è una caratteristica fondamentale del sistema che si intende istituire. Il progetto fissava anche i limiti per la prestazione (di regola, prima dell'apertura del dibattimento), i suoi effetti sulla sospensione condizionale della pena e le relative regole processuali.

Si parla della riparazione come di una "terza traccia" o "terzo binario" (*dritte Spur*), che si affianca alle tradizionali conseguenze sanzionatorie costituite dalla pena e dalla misura di sicurezza.

Così come formulato, il progetto non venne accolto dal legislatore tedesco, tuttavia non rimase nemmeno lettera morta, poiché nel 1994 venne introdotto nel codice penale un nuovo § 46a, che da esso indubbiamente prendeva spunto. Questo il testo della disposizione, rubricata "Composizione tra autore e vittima. Riparazione del danno":

Se l'autore

1. nello sforzo di raggiungere una composizione con la vittima, ha riparato, in tutto o per la maggior parte, il fatto da lui commesso o ha seriamente inteso ripararlo, oppure

2. ha risarcito la vittima, in tutto o per la maggior parte, in un caso in cui la riparazione del danno abbia richiesto un suo notevole impegno personale o una rinuncia personale,

il giudice può diminuire la pena ai sensi del § 49, co. 1°, ovvero, se si tratta di una pena detentiva non superiore a un anno o di pena pecuniaria non superiore a trecento sessanta tassi giornalieri, può astenersi dal comminare la pena.

Insomma, tenuto fermo il limite di un anno di reclusione, oltre il quale la disposizione opera solo in parte, si lascia al giudice, al suo interno, una triplice facoltà: attenersi dal comminare la pena, diminuirne l'entità oppure, se ritiene che la riparazione non sia per qualche ragione sufficiente, mantenere la pena che sarebbe da applicare in termini normali; se invece si tratta di una pena superiore ad un anno di reclusione, solo la seconda e la terza strada sono percorribili.

In definitiva, si è accettato di attribuire un ruolo significativo alla riparazione, ma senza, come era nella logica del progetto alternativo, farne addirittura il perno di una nuova visione del diritto penale. Resta al giudice una ampia e forse discutibile discrezionalità, ma appare chiaro che non siamo di fronte a qualcosa di radicalmente nuovo rispetto alle pene tradizionali, ma piuttosto ad uno sviluppo in senso deflattivo del sistema sanzionatorio che concerne in fondo fatti di rilevanza minore, in parte sostanzialmente bagatellari.

Va poi sottolineato un punto importante.

Non è sempre chiaro, come traspare anche dalla ampia analisi svolta di recente dalla dottoressa Fondaroli nella sua monografia su *Illecito penale e riparazione del danno* edita da Giuffrè, il rapporto tra “riparazione del fatto” e “riparazione del danno”.

In Germania si parla di riparazione del fatto come obiettivo da perseguire: l'autore deve riparare quanto di male ha fatto, deve riparare la violenta infrazione dell'equilibrio

delle regole sociali che ha causato attraverso un percorso di riconciliazione con la vittima. Come si attua questo percorso?

In teoria, attraverso varie forme, tra cui il risarcimento del danno, ma anche altre modalità, come il lavoro socialmente utile, le scuse pubbliche ed altre. Ma di fatto, come ci mostra l'esperienza pratica di questi anni di applicazione del § 46a, i casi in cui la compensazione tra autore e vittima ha avuto luogo con una prestazione riparatoria sostitutiva della pena si sono incentrati in parte preponderante sul risarcimento del danno. Si è insomma passati attraverso una economicizzazione della riparazione che la fa risultare abbastanza fredda, burocratica, immune da un profilo di effettivo riavvicinamento tra i soggetti.

Dunque, abbiamo forse, secondo gli spunti critici di molti studiosi, un duplicato meno chiaro e meno garantito della pena pecuniaria; lo slogan, dice qualcuno, potrebbe essere: "Chi può paga ed evita il carcere".

La prospettiva filosofica cui si faceva cenno da ultimo (e che emerge dal libro su *Pena e riparazione* sul quale stiamo discutendo) si incentra invece sulla riparazione con obiettivi meno legati alle necessità contingenti dei sistemi penali, assumendosi il compito ben più ampio di investire e ridefinire gli stessi principi relativi ai fini della pena.

Non tento nemmeno di ripercorrere l'itinerario filosofico che sta alla base delle conclusioni cui ora farò riferimento, limitandomi a cercare di estrarne il nocciolo.

Al di là d'indicazioni per il breve periodo (con un sostegno all'impostazione del c.d. "diritto penale minimo") su cui qui non mi soffermo, per il lungo periodo si propone (mi riferisco in particolare al saggio del professor Cavalla) di affidare alla riparazione del fatto commesso, con il riavvicinamento dell'autore alla vittima ed il riconoscimento della sua sofferenza, il ruolo centrale nel sistema delle conseguenze giuridiche del reato, quando invece la pena tradizionale dovrebbe essere mantenuta per il delitto di omicidio e per l'inosservanza degli obblighi riparatori.

Nella citata prospettiva la riparazione non assume il carattere della volontarietà, ma della obbligatorietà, e questo certamente fonda un discorso ideologicamente diverso da quello postulato per esempio nell'ambito dell'esperienza tedesca sopra ricordata. Una volta ottenuta l'elisione delle conseguenze dannose del reato da parte dell'autore, il diritto penale avrebbe raggiunto il proprio scopo, cioè la prevenzione attraverso la ricostruzione di un ordine violato; sarebbe salvo poi anche il tradizionale criterio della prevenzione generale per mezzo di una più diretta soddisfazione delle vittime.

Questo punto di vista (pur contenente qualche aspetto criticabile come l'ontologizzazione dei reati) può essere elemento di partenza per una discussione assai utile sui principi (da tempo abbandonata in favore del generico accoglimento di teorie relative e sincretistiche).

Qualche perplessità però avrei, da giurista che guarda alla realtà di tutti i giorni, sulla generalizzabilità dell'efficacia della riparazione come reazione ai fatti criminosi.

Senza pretesa d'esaustività ed in modo essenzialmente cursorio, affaccio solo qualche dubbio (tratto anche dalla discussione tra i giuristi tedeschi, alla quale ho partecipato durante il mio periodo di studio in Germania) sulla funzionalità della riparazione in alcuni ambiti del diritto penale come si configura oggi (e realisticamente ancora per non poco tempo, salvo palingenesi ora non prevedibili).

L'impressione è che la pena come riparazione abbia una sua forte ragion d'essere in riferimento a fatti di reato connotati da una essenziale interrelazione tra individui (un autore offende una certa vittima, portatrice di un certo interesse giuridico la cui violazione deve essere riparata), in cui l'autore agisce con dolo e la vittima è disposta ad essere da lui riavvicinata dopo il fatto ed in cui l'accertamento da parte del giudice vada al di là di ogni dubbio, cioè la fattispecie non sia caratterizzata da elementi normativi, la cui interpretazione può essere dubbia e vi sia certezza circa l'identità del colpevole.

Occorre poi che l'autore sia in sostanza già abbastanza socializzato da farsi convincere di avere realizzato un male che è doveroso riparare.

Ma questo è il quadro di un diritto penale meramente idealtipico ed oggi pressoché marginale, pur se è quello su cui la maggior parte della dottrina penalistica (e questo è un ritardo che va denunciato) costruisce ancora oggi i discorsi dogmatici. La realtà pullula invece di reati commessi da soggetti anonimi che possono freddamente calcolare, prevenire e mettere in conto i rischi giuridici ed economici dell'illecito oppure da soggetti talmente emarginati sul piano sociale da provare assoluta indifferenza per il dolore delle loro vittime, perché il loro dolore di emarginati è più grave ancora, e sarebbero questi ultimi, tossicodipendenti, plurirecidenti ed immigrati, ad affollare come oggi (per una quota superiore al novanta per cento) le carceri del futuro per non avere voluto o potuto riparare.

I reati sono poi in larghissima misura colposi, cioè non caratterizzati dalla volontaria violazione dell'ordine giuridico-penale (che esigerebbe come controazione la riparazione), oppure, il che è sostanzialmente lo stesso, sanzionati da fattispecie che puniscono condotte che, con terminologia di origine classica, possiamo definire "*mala quia vetita*", i cui disposti sono difficilmente conoscibili o ancor più difficilmente interpretabili in termini corretti, presentando spesso sofisticati tecnicismi o complessi ricorsi a disposizioni di natura extrapenale.

Tanti reati poi hanno come vittima un numero molto alto o indefinito di persone o violano funzioni della pubblica amministrazione o mettono addirittura in pericolo la stessa essenza delle istituzioni.

Ma anche in alcuni casi di più elementare interrelazione può essere dubbio che davvero la vittima abbia interesse a che l'ordinamento le procuri la riconciliazione con l'autore del reato: l'esempio dei reati a sfondo sessuale può essere istruttivo, specie se si pensa alla ragione per cui anche recentemente in sede di riforma non si è voluto eliminare la

regola base della punibilità a querela: rivivere il trauma già solo in sede processuale può essere dolorosissimo per la vittima e forse l'allontanamento definitivo dell'autore rappresenta l'obiettivo più gradito.

Sempre volendo guardare in faccia la realtà, si pone anche il problema della compatibilità con la situazione del processo penale.

Se è questa la sede in cui si pensa di radicare la "giustizia riparatoria" che si propone (visto che una conciliazione extraprocessuale può probabilmente interessare il campo della giustizia minorile e poco di più), bisognerà pur segnalare come i tradizionali tempi lunghi possono rischiare di rendere discutibile l'utilità di una riparazione dopo l'accertamento della colpevolezza. E poi una contrattualizzazione della riparazione tra autore e vittima può non essere funzionale ad obiettivi importanti di politica criminale nelle ipotesi in cui (e sono qualitativamente significative) ci sia una vittima debole ed un autore forte. Si pensi a grandi frodi alimentari, attentati all'ambiente, usura o estorsione professionali ecc., laddove è ben possibile che un risarcimento che può apparire congruo a chi lo riceve ma è quasi insignificante dal punto di vista di chi lo concede sia il comodo saldo, ovvero il rischio massimo facilmente contabilizzabile da chi esercita attività criminose anche non nel quadro di associazioni in sé illecite.

La criminalità oggi veramente temibile, quella di organizzazioni a diramazione internazionale che possono avere la forza economica di uno stato di medie proporzioni (e talvolta perfino una certa forza militare), non pare davvero poter essere affrontata minacciando sanzioni che possono essere poste nel conto costi-benefici.

Un altro discorso è che si possa pensare per certe forme di criminalità organizzata anche a sanzioni di carattere extrapenale o parapenale di tipo interdittivo come alternative ad un intervento penale poco funzionale; allora si tratterebbe di una prospettiva credibile per la tutela dell'ordinamento.

DISCUSSIONE

Ed allora forse la riparazione può rimanere un'istanza tendenziale come è stata per molti la rieducazione del condannato, ma realisticamente la sua effettiva sfera di azione (è meglio avvedersene per evitare delusioni di aspettative così socialmente dannose secondo il noto pensiero luhmanniano) potrebbe essere per esempio quella relativa a fatti contro il patrimonio, l'onore, l'integrità fisica, la libertà individuale in cui, con il consenso della vittima, lo status quo ante sia ricostruibile dall'autore con prestazioni che costituiscano per lui una qualche afflittività e rendano non necessario che lo stato appronti a sua volta la propria reazione simbolica.

Oltre a questo ambito, resta quello, molto importante, del diritto penale minorile: qui, indubbiamente, insistere sulla mediazione, specie se in chiave extraprocessuale, vale la pena da ogni punto di vista e sarà un valore ogni conquista in tale direzione.

Si potrà dire che sono stato distruttivo, ma non ho una ricetta pronta, salvo postulare un diritto penale meno ipertrofico, confuso, emotivo ed una pena più articolata secondo il bisogno effettivo di tutela dei singoli beni giuridici protetti, ma questo sarebbe già l'oggetto di un altro incontro di studi.

FEDERICO PUPPO
Dottorato di ricerca in Filosofia del diritto
Università di Trento

Ho avuto l'impressione che il professor Eusebi ponga l'accento su una politica criminale preoccupata più della ricerca del consenso che della repressione: ma temo di non condividere l'idea di consenso che è stata proposta. Ho infatti il dubbio che il consenso di cui si parla sia quello tipico dello Stato moderno, cioè quello derivante da un'azione di forza giustificata solo in tanto in quanto promossa dal potere costituito, per sua natura dunque più efficace dell'azione violenta che il privato possa infliggere ad un altro consociato, ed anzi proprio per questo accettata dal cittadino. Un'idea che ben conosciamo, questa, poiché tipica del giusnaturalismo moderno, tanto della versione "statalista" di Hobbes, quanto della versione liberale di Locke. Con l'unica differenza che per il primo il conflitto è fisiologico, mentre per il secondo esso è patologico; che per il primo l'intervento dello Stato è assoluto (*rectius, ab-solutus*), mentre per il secondo dev'essere limitato a pochi e ben determinati settori, come appunto quello dell'azione pacificatrice sui consociati. Ma entrambi con l'idea comune che l'unico consenso possibile da ricercarsi, poiché l'unico efficace, sia quello della forza, giustificata e tollerata, fintanto che serva a garantire la pace sociale, intesa tale solo in funzione di un'assenza di conflitti fra i privati¹. I quali, sia chiaro, hanno rinunciato ai propri diritti (tutti i diritti, per Hobbes, solo alcuni, per Locke) esclusivamente per tale scopo: vivere in pace. Ebbene, a me pare che il discorso del professor Eusebi si occupi esplicitamente di tale tipo di consenso.

¹ Per tale moderna idea di ordine, v. M. MANZIN (1988) e F. CAVALLA (2000).

Mentre io preferirei sentir parlare di un altro consenso, quello di classica memoria, che conosciamo col nome di dialettico e retorico. Un consenso che si ottiene tramite la persuasione, non mero artificio sofista, ma strumento essenziale del manifestarsi del vero². Appare chiara la differenza se si pone mente al processo e al suo atto conclusivo, la sentenza: questa può essere accettata dalle parti poiché persuase della veridicità degli accertamenti processuali svolti in contraddittorio, oppure poiché “*auctoritas, non veritas facit legem*”³. In questo secondo caso le parti saranno obbligate ad accettare *oborto collo* la pronuncia giudiziale, ma, quantomeno, continueranno a ritenere di avere ragione. Ove l’idea di consenso classico è quella tipica dell’ordine isonomico, mentre quella dell’*auctoritas* è tipica dell’ordine asimmetrico⁴, caratterizzato quest’ultimo, dal fatto che il giudice vanta una posizione di dominio autoritativo sugli altri soggetti processuali, tanto che “il contraddittorio diventa un ingombrante ostacolo alla ricerca della verità”⁵.

Il passaggio tra i due ordini si sostanzia intorno al XIV secolo, lo stesso periodo nel quale si assiste al progressivo svilimento dell’*ars retorica* nella sofistica (tra i primi denunciato da Francesco Petrarca⁶) e nel quale si pongono le basi del futuro dominio della scienza e del metodo analitico-empirico. Con la conseguenza, sul piano giuridico, che il processo si configura non più come scontro dialettico di

² Sulla persuasione e sulla natura classica di topica, dialettica e retorica, nonché sugli sviluppi moderni che tali logiche non deduttivistiche hanno subito vedi, a titolo meramente esemplificativo: E. BERTI (1987); F. CAVALLA (1983); ID. (1984); ID. (1992); A. GIULIANI (1975); M. MANZIN (1994); ID. (1998); V. MARINELLI (1983).

³ Sulla posizione giuspositivista, ma in particolare sulla critica che ad essa viene mossa, vedi utilmente: F. CAVALLA (1984); ID. (1991); E. OPOCHER (1983).

⁴ Di queste espressioni, e delle riflessioni che seguiranno, siamo debitori a A. GIULIANI (1971); ID. (1988).

⁵ A. GIULIANI (1988), p. 526.

⁶ Cfr. M. MANZIN (1994), *passim*.

opinioni divergenti, bensì come serie procedurale di atti burocratici guidati e diretti da un giudice funzionario, dai compiti passivi, tecnici, aritmetici⁷. In questo cambiamento di prospettiva, dal soggetto processuale all'oggetto-processo, cambia anche l'importanza della prova: il centro dell'attenzione si sposta dalla testimonianza alla confessione. Ove la testimonianza è un atto sempre problematico, tanto che di continuo bisogna misurare la *fides* del testimone, fino a vietarne l'uso nei casi sospetti. Infatti: "è la *fides* che dà valore alla testimonianza. [...]. Nel porre la testimonianza a fondamento del giudizio, l'atteggiamento del giudice deve essere critico e prudente; l'indagine deve avvenire anzitutto al vaglio di quello strumento di ricerca che è il conflitto di prospettive, il principio del contraddittorio"⁸. Mentre la confessione è l'atto dell'imputato che si trova solo di fronte al potere del giudice, il quale ascolta la verità, che dunque viene data e non più ricercata e problematicamente raggiunta. Nell'ordine asimmetrico non c'è più posto per "la contestazione. Paradossalmente la parentela della confessione con la categoria dell'evidenza giustifica il ricorso alla coazione fisica e alla tortura nel caso di un'evidenza sospetta"⁹. E non è un caso che secoli dopo, ma nel nome della medesima concezione logica, Bacone arrivasse a giustificare il rapporto tra violenza e ricerca della verità "con il ricorso ai più sofisticati strumenti di coazione fisica e psicologica"¹⁰.

La funzione delle parti processuali nel passaggio tra i due ordini si dissolve, nella convinzione che non esista un sistema di logiche argomentative in grado di garantire la comparsa del vero, e che, tutt'al più, queste siano utili solo per coartare il consenso dell'uditorio, per mascherare con l'orpello

⁷ Cfr. A. GIULIANI (1971), p. 187.

⁸ *Ibidem*, pp. 179-segg.

⁹ *Ibidem*, p. 541.

¹⁰ A. GIULIANI (1988), p. 556.

del discorso l'azione violenza di una forza costituita¹¹. Di un'autorità ormai solo autoritaria e non più autorevole. Che al giorno d'oggi, stanti le parole del professor Pavarini, non è più nemmeno in grado di punire in maniera efficace, poiché ancora illusa dell'esistenza di un diritto penale, che tuttavia si occupa di reati e pene solo "sulla carta". Illustrazione, questa, del tutto conseguente rispetto a quella storica appena data. Mi spiego: se infatti si pensa che non esista altro criterio di verità che quello garantito dall'autorità (razionalistica e amministrativistica) del giudice, e questo viene a cedere, l'esito non può che essere lo scetticismo. Il quale si esprime sempre in forme autoritative (e si torna a quanto detto dal professor Eusebi): non esiste alcuna verità, dunque si deve accettare quella promanante dall'organo statale sulla base della forza con la quale questi riesce a farla rispettare. Una volta poi, dice il professor Pavarini, che noi poniamo come scopo del diritto penale quello della difesa sociale, in una concezione e in un contesto quale quello attuale, in ultima istanza noi finiamo per imboccare la strada, che poi è un tunnel, che vede come unico ragionevole scopo quello del perseguimento di soggetti ritenuti come dannosi. Dannosità da giudicarsi sulla base dell'emergenza del momento e di variabili in continua evoluzione, senza che ci si preoccupi di stabilire tra loro alcuna scala gerarchica, per la quale servirebbe, ovviamente, un criterio di verità. Che non c'è. Si discute, cioè, a mio modo di vedere, più che sul comportamento criminoso in sé, sul delinquente che lo pone in essere, lamentando l'emergenza e la crisi del diritto penale.

¹¹ Ai medesimi risultati arriva il pensiero post-moderno di Perelman e Viehweg, i quali, nelle proprie teorie della neo-retorica e della topica giuridica, giustificano il ricorso alla sofistica e all'eristica, camuffate da retorica e topica, nella convinzione che le procedure analitico-deduttive non siano appropriate per il campo giudiziale (posizione, questa, che racchiude il valore di tali giuristi, seppur gravemente inficiata dalla visione post-moderna per la quale, non esistendo la verità scientifica, non esiste alcuna verità). La scelta ricade dunque su altre logiche "deboli" repute migliori per garantire la pace sociale, seppure a prezzo, diciamo noi, di una forza più subdola poiché efficacemente celata dalla (finta) persuasione.

Ma ho la sensazione che l'emergenza del diritto penale altro non sia che un singolo, seppur fondamentale e forse più sensibile di altri, aspetto della più generale crisi della legislazione, non più in grado di produrre norme generali ed astratte, grande sogno positivista, ma solo provvedimenti di carattere concreto e specifico. Ove al giudice è demandata un'attività, per l'appunto, di mero burocrate firmatario di pratiche, il quale, come nella pratica di tutti i giorni succede, si attiene quasi pedissequamente agli ordini provenienti dall'alto (nella specie il concorde orientamento della Corte di Cassazione), ratificandoli ed adattandoli nel caso specifico che gli viene portato innanzi. Non che qui si critichi la certezza della giurisprudenza, ché dato lo stato odierno dei Tribunali appare forse l'unica cosa buona della pratica forense e delle pronunzie giudiziali (se non altro si sa di che morte morire...), ma si critica aspramente l'idea che la sottintende. L'idea di un giudice esclusivamente rappresentante del potere statale, che demanda *in toto* le responsabilità non amministrative del diritto alla Suprema Corte, pur se convinto che un determinato reato non è più percepito come tale e che dunque l'imputato debba essere mandato assolto poiché il fatto non costituisce più reato. Nella convinzione che tanto, prima o poi, sarà la stessa Corte a mutare orientamento e che dunque egli potrà sentirsi libero, in quanto autorizzato, di comportarsi di conseguenza, senza temere di disattendere l'orientamento prevalente.

Possibile che il giudice non possa prendersi le proprie responsabilità e non sentirsi *libero* di non seguire tale orientamento ove pensi che non sia più giusto? Ché se l'autorità (giudiziaria) fosse realmente tale, e non degenerata nel suo aspetto più limitativo e dogmatico, essa sarebbe esortazione alla ricerca. In un significato autentico "essa si dissolve come *auctoritas* nell'atto stesso in cui mostra l'innegabilità del ricercare: infatti ciò che prima era un comando, si fa d'un tratto vita interiore di chi lo subiva"¹².

¹² F. CHIEREGHIN (1965), p. 66.

Esiste, cioè, un modo dell'autorità che allontana l'imposizione unilaterale del vero, consentendone l'accoglimento: nella funzione processuale e della sentenza, tale funzione è l'unica che legittima, sin nel profondo, l'attività dell'organo giudicante, ma anche (essendo comunque autorità), dell'organo inquirente. Infatti, l'autorità "si fonda su un riconoscimento, e quindi su un'azione della ragione stessa, che, consapevole dei suoi limiti, concede fiducia al miglior giudizio di altri. Questo senso dell'autorità correttamente inteso non ha nulla a che fare con la cieca sottomissione a un comando. Anzi, l'autorità non ha immediatamente nulla a che fare con l'obbedienza, ma con la conoscenza"¹³. Cioè, da ultimo, con la libertà.

Ma si badi: per il giudice non si tratta di una libertà dall'autorità delle pronunzie della Corte, di una *libertà da*, la cui "unica funzione sarebbe quella di annullare se stessa"¹⁴. Ma di quella libertà che è data dalla *verità*, la libertà che "costituisce l'essenza dell'uomo"¹⁵, cioè "ciò *per* cui la libertà è ed agisce nel mondo"¹⁶. Dunque una libertà che viene dalla verità, anche quella processuale, data dall'utilizzo delle procedure topiche, dialettiche e retoriche nella sede che è loro più propria: quella del contraddittorio, del confronto, cioè, di due tesi nella ricerca di ciò che in loro vi è di comune e di ciò che è vero poiché coerente in quanto inconfutabile. Ove dunque le pronunce della Corte di Cassazione si vedrebbero riconosciute il ruolo che è loro proprio: cioè di *topoi* intorno ai quali costruire il proprio ragionamento dialettico, il quale, dopo la confutazione, andrà ordinato nel discorso retorico, per poi essere emanato nella legge particolare che prende il nome di sentenza.

¹³ H. G. GADAMER (1972), p. 328.

¹⁴ F. CAVALLA (2000), p. 224. A tale scritto si rimanda per la teoria sulla libertà che qui si accoglie.

¹⁵ *Ibidem*, p. 229.

¹⁶ *Ibidem*, p. 230.

Certo, questa visione del processo richiede anche doversi ripensare all'odierno ruolo delle parti. Del giudice si è già detto. Bisogna ora occuparsi del pubblico ministero e della difesa¹⁷.

Occorre riconoscere che il primo, ad esempio per quanto riguarda la riforma del rito abbreviato, si è visto usurpare il suo ruolo, tanto che, come sappiamo, non risulta più nemmeno capace di dare il proprio consenso al rito: infatti è "l'imputato che può chiedere che il processo sia definito all'udienza preliminare allo stato degli atti" (art. 438 c.p.p.). Ma, d'altro canto, in taluni casi, lo stesso magistrato inquirente si sottrae al contraddittorio. Mi riferisco al comportamento di taluni pubblici ministeri che istruiscono un'azione penale inconsistente, procedono in giudizio e poi mandano in rappresentanza dell'Ufficio il pubblico ministero onorario: se va bene un buon agente di Polizia, il quale risulta però, per quanto bravo e volenteroso, inadatto a ricoprire quel ruolo. Anche perché, dubbio quantomeno lecito, si trova fra le mani un fascicolo di cui non sa nulla, un capo d'imputazione costruito su prove che magari egli stesso giudica inconsistenti, ma che si trova costretto a portare avanti per dovere. E così si torna al punto di partenza: anche per i pubblici ministeri esiste il problema gerarchico, così come i giudici. Ma quello che si vuole dire è che sarebbe corretto, se non doveroso, per il pubblico ministero che promuove l'azione penale, venire in aula a difendere la propria tesi e ad illustrare le proprie ragioni. Ché poi non bisogna stupirsi se alla fine dell'anno risulta che la maggioranza delle imputazioni si risolvono in assoluzioni o in riforme in sede d'appello: ciò che questo comporta è solo un enorme spreco di capitali e di risorse, conseguenza ultima della dissolvenza del ruolo processuale dell'accusa.

La quale, nel sistema odierno, si trova tuttavia investita di enormi poteri: oggi il pubblico ministero è sempre più colui

¹⁷ Nel presente scritto non si prende in considerazione, pur non dimenticandola, la persona offesa dal reato, rimandando, in tal senso, a P. SOMMAGGIO (2000).

che non giudica più sulla legalità delle indagini della Forza di Polizia, ma che materialmente le dirige. Abbiamo, quindi, un poliziotto che fa il pubblico ministero, e un pubblico ministero che fa il poliziotto. Con in più un giudice che raramente consente il contraddittorio. In tutto questo la difesa è enormemente svantaggiata, trovandosi l'avvocato sostanzialmente in una posizione per la quale può mettersi di fronte al fatto compiuto delle indagini e cercare di andare a scardinare l'accusa, in fondo, su quanto la stessa ha raccolto. Anche in questo frangente non può che affermarsi l'impossibilità del confronto dialettico¹⁸.

¹⁸ Nel momento in cui si rivede lo scritto per la pubblicazione negli Atti sono state promulgate tanto la legge n. 397/2000 sulle indagini difensive, quanto la legge n. 63/2001 sul c.d. "giusto processo". Senza volere entrare in discorsi di merito che esulano dal presente scritto, è tuttavia possibile notare quanto segue. A circa un anno dalla sua entrata in vigore, la legge n. 397/2000, la quale "colma una vistosa lacuna del modello processuale penale italiano" [così G. FRIGO nella "Presentazione" a R. BRICCHETTI, E. RANDAZZO (2001), p. VIII] presenta, "accanto ad apprezzabili soluzioni normative, non poche disposizioni espressione di una certa approssimazione, o quanto meno, conseguenza di un difettoso coordinamento. [...] Più in generale è possibile ravvisare nell'impostazione di fondo [...] una palese tendenza ad uniformare i poteri di investigazione del difensore a quelli, già notevolmente ampliati, della pubblica accusa. Sicché, in un contesto di interventi legislativi tesi a riaffermare il carattere accusatorio del processo penale e, conseguentemente, i principi di oralità e immediatezza della prova, in buona sostanza la centralità della fase dibattimentale (determinanti sono al riguardo, le linee di indirizzo della legge costituzionale n. 2/1999 che ha novellato l'art. 111 Cost., e della connessa legge di attuazione n. 63/2001 sul 'giusto processo'), la legge sulle indagini difensive mostra di seguire una tendenza contraria, attribuendo al patrocinatore delle parti private una serie di poteri di investigazione da esercitare principalmente nella fase delle indagini preliminari, con la possibilità che i relativi risultati possano avere efficacia probatoria direttamente nella fase successiva del giudizio" [E. APRILE, P. SILVESTRI (2002), p. 25]. "La legge in esame [cioè] sconta la pretesa di delineare l'attività investigativa del difensore come un'attività parallela a quella del pubblico ministero, volutamente dimenticando che il difensore svolge un'attività di parte, e quindi ha interesse a porre solo domande e per converso ad ottenere solo risposte che ridondino a vantaggio del proprio

Se poi si aggiunge a tutto questo il problema della separazione delle carriere, che se finalmente fossero separate garantirebbero al giudice pari atteggiamento critico tanto verso la difesa (com'è oggi) quanto verso l'accusa (e succederà solo quando questa sarà "altro" rispetto all'organo giudicante), assume ancor più rilievo ed importanza quanto prima detto in merito al ragionamento giudiziale.

Questo è tale se si articola su tre parti processuali, due che si confrontano e una che deve mediare, dove la mediazione è altro dal compromesso ("tu pubblico ministero chiedi cinque, tu difesa chiedi due, io giudice do tre e mezzo"), pratica avvilente cui oggi assistiamo nelle aule di giustizia. Ove bisognerebbe che rientrasse la forza della verità e non la spoglia autorità del potere. Ove la giustizia dovrebbe essere "dare a ciascuno secondo il suo"¹⁹ e non secondo un vuoto precetto normativo.

assistito [così G. GENNARO nella "Presentazione" a R. BRICCHETTI, E. RANDAZZO (2001), p. XVII]. Si pensa che, come sempre, dal momento che "il dato [giuridico], che è l'atto, deve osservarsi, fin che è possibile, nella sua realtà" [F. CARNELUTTI (1939), p. 62], solo la pratica possa mostrare i vantaggi e gli svantaggi della legge, anzi, delle due leggi. Senza dimenticare, tuttavia, che una "riforma non dipende [del tutto] dal Parlamento, in quanto dovrebbe incidere sulla cultura tanto degli avvocati quanto dei magistrati. Ché non basta nemmeno una legge ben congegnata a modificare una mentalità in gran parte afflitta da una desolata stagnazione. E la legge n. 397/2000, forse, non può ritenersi proprio una legge ben congegnata. La formazione di un'avvocatura penale pronta a far fronte alle nuove esigenze professionali è, però, un impegno ineludibile. [...] L'effettivo funzionamento della normativa sulle indagini difensive dipende, invero, in larga parte della capacità dell'avvocatura penale di assolvere al compito affidatole [R. BRICCHETTI, E. RANDAZZO (2001), pp. 14-seg.], dal momento che "la 'normativizzazione' e la 'procedimentalizzazione' dell'indagine difensiva pretende una professionalità tecnica e deontologica che non può coincidere *tout court* con la mera abilitazione professionale" [così si esprime G. FRIGO nella "Presentazione" a R. BRICCHETTI, E. RANDAZZO (2001), p. XI].

¹⁹ È questa l'idea classica di giustizia, ad esempio, secondo S. Agostino [su cui v. M. MANZIN (1998), pp. 17-53].

FEDERICO PUPPO

Un modello certo lontano da quello in uso oggi, ma per questo non privo di valore. Anzi, frequentando le Aule di Giustizia, se ne percepisce fino in fondo tutta la nobiltà e l'autenticità.

OPERE CITATE

APRILE, ERCOLE-SILVESTRI, PIETRO

- 2002 *La formazione della prova penale. Dopo le leggi sulle indagini difensive e sul "giusto processo"*, Giuffrè, Milano

BERTI, ENRICO

- 1987 *Contraddizione e dialettica negli antichi e nei moderni*, L'Epos, Palermo.

BRICCHETTI, RENATO-RANDAZZO, ETTORE

- 2001 *Le indagini della difesa. Dopo la legge 7 dicembre 2000 n. 397*, Giuffrè, Milano

CAVALLA, FRANCESCO

- 1983 *Della possibilità di fondare la logica giudiziaria sulla struttura del principio di non contraddizione. Saggio introduttivo*, «Verifiche», 1, 1983, pp. 5-38.
- 1984 *A proposito della ricerca della verità nel processo*, «Verifiche», 4, 1984, pp. 469-514.
- 1991 *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, CEDAM, Padova
- 1992 voce *Topica giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Giuffrè, Milano, pp. 720-739.
- 2000 *Libertà da, libertà per: ordine e mistero*, in AA.VV., *L'insopportabile peso dello stato*, a cura del CIDAS, L. Facco Editore, Treviglio.

CARNELUTTI, FRANCESCO

- 1939 *Metodologia del diritto*, CEDAM, Padova (Rist. nella collana *I classici della CEDAM*, 1990).

CHIEREGHIN, FRANCO

- 1965 *Fede e ricerca filosofica nel pensiero di S. Agostino*, CEDAM, Padova.

DISCUSSIONE

GADAMER, HANS GEORG

- 1972 *Warheit und Methode*, Tübingen (= *Verità e metodo*, tr. it. a cura di Gianni Vattimo, Bompiani, Milano, 1992⁸).

GIULIANI, ALESSANDRO

- 1971 *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Giuffrè Editore, Milano.
- 1975 voce *Teoria dell'argomentazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XXV, Giuffrè, Milano, pp. 13-34.
- 1988 voce *Prova in generale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Giuffrè, Milano, pp. 518-579.

MANZIN, MAURIZIO

- 1994 *Il petrarchismo giuridico. Filosofia e logica del diritto agli inizi dell'umanesimo*, CEDAM, Padova.
- 1998 *Ordine politico e verità in Sant'Agostino. Riflessioni sulla crisi della scienza moderna*, CEDAM, Padova.

MARINELLI, VINCENZO

- 1983 *L'argomentazione giuridica tra retorica e logica*, «Verifiche», 1, 1983, pp. 51-68.

OPOCHER, ENRICO

- 1983 *Lezioni di filosofia del diritto*, CEDAM, Padova [=1993²].

SOMMAGGIO, PAOLO

- 2000 *La scomparsa di Abele. Riflessioni sul problema della persona offesa*, in AA.VV., *Pena e riparazione*, a cura di F. Cavalla e F. Todescan, CEDAM, Padova.

CONCLUSIONI

A questo punto si dovrebbero trarre delle conclusioni: ma ciò è impossibile, perché non spetta ai filosofi trarre delle conclusioni, ma solo continuare a procedere, come è stato detto, sul cammino delle domande.

Solitamente è il giudice colui che trae delle conclusioni, poiché è a questo istituzionalmente preposto, ed io non lo sono. Il mio però non è un *non liquet*, ché qui *liquet*, eccome. Sono infatti emersi argomenti di fondamentale importanza che, verrebbe da dire, l'enfasi e la foga degli oratori hanno ampiamente testimoniato.

Avevo esordito, nella mia breve presentazione, dicendo che l'iniziativa aveva due "teste": la prima parte dei lavori sarebbe stata soprattutto una riflessione sulla struttura e sulla funzione della pena, mentre la seconda parte sarebbe stata dedicata ad un confronto aperto con i nostri interlocutori più diretti (i magistrati e gli avvocati, per le cui fila specialmente noi formiamo i giovani proprio in queste aule), su un tema particolarmente "caldo", quello della cosiddetta "separazione delle carriere". Insomma: una parte più *teorica* (filosofico-giuridica e penalistica) ed una più *pratica*, di grande impatto mediatico.

Quello che posso dire alla fine di questa Giornata è che, con mio grande piacere, ho assistito ad un intenso *brainstorming* nel quale i due livelli si sono ampiamente confusi. Ci sono stati degli interventi da parte, ad esempio, degli insigni colleghi penalisti, di carattere assolutamente pratico: addirittura su questioni minute di diritto penitenziario, di misure alternative alla carcerazione. Sono state diffuse delle statistiche: quindi si è lavorato in modo molto concreto, pur essendo partiti da una prospettiva eminentemente filosofica, come quella offerta dalla relazione della collega Palazzani.

CONCLUSIONI

Per converso, quella che doveva essere una parte dedicata alla discussione con gli operatori del diritto “sul campo”, è diventata una parte eminentemente teorico-filosofica, addirittura (come non compiacersene) con qualche peana alla teoria generale del diritto, suggerendo dei “corsi quinquennali” — cito il dott. Nordio — che ci fanno nutrire qualche speranza sul piano professionale: nel senso che, in caso di una brusca caduta della curva delle immatricolazioni, potremo sempre contare sulla presenza di qualche magistrato a cui poter fare lezione.

Tutti si rendono conto che la nostra tavola rotonda non è stata affatto un occasionale *pourparler* tra pratici, ma ha toccato punti di elevato rigore teorico, fino a ricongiungersi alla discussione del mattino. La quale, sostanzialmente, partiva da queste considerazioni: noi abbiamo avuto, in epoca moderna, un certo modello di ragionamento logico, che è poi quello di tipo assiomatico. Questo ragionamento lo si è voluto applicare anche nell’ambito giudiziale, additando la strada maestra del giuspositivismo e della sussunzione sillogistica, che avrebbero del tutto assimilato il giudice allo scienziato.

Che cosa è successo, però, in epoca post-moderna? Che tutto questo è venuto sfrangiandosi: per cui oggi non abbiamo assolutamente più (se mai l’abbiamo avuta) la premessa generale di un sillogismo nella *legge*, perché, come è stato detto, la legge è una congerie di provvedimenti tra i quali il giudice deve scegliere e non si sa neanche bene come. E, per la verità, neanche il *fatto*, cioè la fattispecie concreta su cui il giudice deve formare il suo convincimento, è qualcosa che goda di un’oggettività pacifica. Perché anch’esso è frutto di un’interpretazione, se non altro vincolata all’armamentario probatorio che è stato stabilito per il giudice.

Quello che potremmo chiederci, a conclusione dei nostri lavori, è allora: quale modello di ragionamento occorre cercare per il giudice, che non sia la “resa” di tipo post-moderno, per la quale in ogni singolo provvedimento, in ogni singolo giudizio, ogni singolo giudice utilizza un diverso tipo

CONCLUSIONI

di ragionamento? È chiaro, infatti, che il cittadino non potrebbe sentirsi tutelato da una cosa del genere.

Bisognerebbe probabilmente, come diceva Francesco Cavalla, interrogarsi sul modello di ragionamento logico che deve essere utilizzato e dal giudice, al di sopra delle singole parti, e dalle singole parti: il quale, evidentemente, non è lo stesso nei due casi.

E questa, credo, è la direzione di lavoro nella quale tutti noi dobbiamo impegnarci, in un felice connubio tra la materia penalistica e quella teorico-generale, al vaglio continuo del confronto con i magistrati e gli avvocati. Perciò, per quel che mi riguarda, avrò cura di tormentare ancora alcuni fra i presenti, in modo da poter rappresentare agli studenti del corso istituzionale, così efficacemente com'è stato fatto qui, quali siano le ragioni per le quali noi andiamo verso un "nuovo" che, come Heidegger ha scritto, ancora non si definisce nei suoi contorni, ma la cui ingombrante assenza si fa sentire ora più che mai.

(M. M.)

QUADERNI PUBBLICATI
NELLA COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

1. *Legal Scholarship in Africa* - MARCO GUADAGNI (1989)
2. *L'insegnamento della religione nel Trentino-Alto Adige* - ERMINIA CAMASSA AUREA (1990)
3. *Il nuovo processo penale. Seminari* - MARTA BARGIS (1990)
4. *Proprietà-garanzia e contratto. Formule e regole nel leasing finanziario* - MAURO BUSSANI (1992)
5. *Fonti e modelli nel diritto dell'Europa orientale* - GIANMARIA AJANI (1993)
6. *Il giudizio di "congruità" del rapporto di cambio nella fusione* - LUIGI ARTURO BIANCHI (1993)
7. *Interessi pubblici e situazioni soggettive nella disciplina della concorrenza del mercato* - FRANCO PELLIZZER (1993)
8. *La legge controllata. Contributo allo studio del procedimento di controllo preventivo delle leggi regionali* - EMANUELE ROSSI (1993)
9. *L'oggetto del giudizio sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. Fonti normative. Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale* - DAMIANO FLORENZANO (1994)
10. *Dall'organizzazione allo sviluppo* - SILVIO GOGLIO (1994)
11. *Diritto alla riservatezza e trattamenti sanitari obbligatori: un'indagine comparata* - CARLO CASONATO (1995)
12. *Lezioni di diritto del lavoro tedesco* - ULRICH ZACHERT (1995)
13. *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese* - MICHELE GRAZIADEI (1995)
14. *La struttura istituzionale del nuovo diritto comune europeo: competizione e circolazione dei modelli giuridici* - LUISA ANTONIOLLI DEFLORIAN (1996)
15. *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata* - BARBARA MARCHETTI (1996)
16. *Le pari opportunità nella rappresentanza politica e nell'accesso al lavoro. I sistemi di "quote" al vaglio di legittimità* - (a cura di) STEFANIA SCARPONI (1997)

QUADERNI PUBBLICATI
NELLA COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

17. *I requisiti delle società abilitate alla revisione legale* - EMANUELE CUSA (1997)
18. *Germania ed Austria: modelli federali e bicamerali a confronto* - FRANCESCO PALERMO (1997)
19. *Minoranze etniche e rappresentanza politica: i modelli statunitense e canadese* - CARLO CASONATO (1998)
20. *Scritti inediti di procedura penale* - NOVELLA GALANTINI e FRANCESCA RUGGIERI (1998)
21. *Il dovere di informazione. Saggio di diritto comparato* - ALBERTO M. MUSY (1999)
22. *L'Anti-Rousseau di Filippo Maria Renazzi (1745-1808)* - BEATRICE MASCHIETTO (1999)
23. *Rethinking Water Law. The Italian Case for a Water Code* - NICOLA LUGARESI (2000)
24. *Making European Law. Essays on the 'Common Core' Project* - MAURO BUSSANI e UGO MATTEI, (2000)
25. *Considerazioni in tema di tutela cautelare in materia tributaria* - ALESSANDRA MAGLIARO (2000)
26. *Rudolf B. Schlesinger – Memories* - UGO MATTEI e ANDREA PRADI (2000)
27. *Ordinamento processuale amministrativo tedesco (VwGO) – Versione italiana con testo a fronte* – GIANDOMENICO FALCON e CRISTINA FRAENKEL (cur.) (2000)
28. *La responsabilità civile. Percorsi giurisprudenziali (Opera ipertestuale. Libro + Cd-Rom)* – GIOVANNI PASCUZZI (2001)
29. *La tutela dell'interesse al provvedimento* – GIANDOMENICO FALCON (2001)
30. *L'accesso amministrativo e la tutela della riservatezza* – ANNA SIMONATI (2002)

QUADERNI PUBBLICATI
NELLA COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

31. *La pianificazione urbanistica di attuazione: dal piano particolareggiato ai piani operativi* – (a cura di) DARIA DE PRETIS (2002)
32. *Storia, istituzione e diritto in Carlo Antonio de Martini (1726-1800). 2° Colloquio europeo Martini, Trento 18-19 ottobre 2000, Università degli Studi di Trento* – (a cura di) HEINZ BARTA, GÜNTHER PALLAVER, GIOVANNI ROSSI, GIAMPAOLO ZUCCHINI (2002)
33. *Giustino D’Orazio. Antologia di saggi. Contiene l’inedito “Poteri prorogati delle camere e stato di guerra”* – (a cura di) DAMIANO FLORENZANO e ROBERTO D’ORAZIO (2002)
34. *Il principio dell’apparenza giuridica* – ELEONORA RAJNERI (2002)
35. *La testimonianza de relato nel processo penale. Un’indagine comparata* – GABRIELLA DI PAOLO (2002)

QUADERNI PUBBLICATI
NELLA COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
COUPON D'ORDINE

Compilare ed inviare al **Dipartimento di Scienze Giuridiche di Trento** o via posta, Via G. Verdi n. 53 - 38100 Trento (TN) - Italia, o via fax allo + 39 0461 881874

Io sottoscritto:

Cognome e Nome o
Ragione sociale

Indirizzo

Città e C.A.P.

Codice fiscale /
Partita IVA

Telefono

E-mail

desidero ricevere n. ____ copie dei seguenti testi della Collana "Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento" secondo la tabella indicata:

Numero copie	Titolo	Autore

Barrare la casella qui a fianco se si desidera ricevere la fattura:

Accetto la forma di pagamento a mezzo contrassegno postale con l'addebito delle spese di spedizione correnti per ordini di importo inferiore a euro 25,00.

Data: Firma leggibile:

Il trattamento dei dati personali viene svolto nell'ambito della banca elettronica del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Trento e nel rispetto di quanto stabilito dalla L. 675/96. I dati potranno essere utilizzati al fine di aggiornarla sulle iniziative del Dipartimento e non saranno comunicati o diffusi a terzi e per essi Lei potrà chiedere in qualsiasi momento la cancellazione scrivendo all'attenzione del responsabile della Segreteria.