

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO - BICOCCA

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

Curriculum di Diritto Penale e Criminologia

CICLO XXIV



LA RILEVANZA DELLA CONDOTTA RIPARATORIA

NEL SISTEMA PENALE ITALIANO

Tutor

Chiar.ma Prof.ssa Claudia PECORELLA

Tesi di Dottorato di
Massimiliano DOVA

LA RILEVANZA DELLA CONDOTTA RIPARATORIA NEL SISTEMA PENALE ITALIANO

INDICE

Capitolo I. UN PROBLEMA APERTO.	3
Capitolo II. UNO SGUARDO SULLA PRASSI PUNITIVA.	16
1. Un confronto necessario.	16
2. La perenne centralità della pena detentiva.	19
3. La situazione italiana.	24
3.1. La prassi punitiva in una prospettiva comparata.	26
3.2. L'impatto delle alternative alla pena detentiva.	29
3.3 Tipologia di reato e pena detentiva: la centralità dei reati contro il patrimonio.	31
4. L'efficacia delle scelte sanzionatorie.	32
5. Un conclusione intermedia.	35
Capitolo III. LA CONDOTTA RIPARATORIA NEL SISTEMA PENALE.	38
1. I modelli di condotta riparatoria.	38
1.1. Gli spazi di operatività riconosciuti alla condotta riparatoria.	41
2. Punto di rottura della punibilità o nuovo paradigma punitivo?	49
2.1. Il meccanismo riparatorio in materia di sicurezza del lavoro.	53
2.2. Il meccanismo riparatorio in materia ambientale.	60
2.3. Il meccanismo riparatorio in materia societaria.	63
2.4. La condotta riparatoria nella giurisdizione del Giudice di pace.	67
2.5. La condotta riparatoria nella sospensione condizionale della pena.	71
2.6. La condotta riparatoria nell'affidamento in prova al servizio sociale.	80
3. La condotta riparatoria come risposta punitiva autonoma.	83
3.1. Breve ricognizione storica del lavoro nel sistema sanzionatorio.	83
3.2. Il lavoro di pubblica utilità nel sistema punitivo vigente.	87
4. Bilancio e prospettive.	91
Capitolo IV. CONDOTTA RIPARATORIA E TEORIE DELLA PENA.	93
1. Condotta riparatoria e concezione retributiva della pena.	93
1.1. Alle origini della concezione retributiva.	95
1.2 Le pulsioni neo-retribuzioniste.	99

1.3 Tra natura afflittiva e finalità retributiva della pena.	102
1.4. La proporzione retributiva: un vero limite garantista?	108
1.4.1. Il principio di proporzionalità nella determinazione della pena in astratto.	111
1.4.2. Il principio di proporzionalità nella individuazione della pena in concreto.	114
1.4. Un bilancio.	120
2. Condotta riparatoria e prevenzione generale.	125
2.1. Uno sguardo d'insieme sulle premesse teoriche della prevenzione generale.	125
2.2. Tra prevenzione generale positiva e funzione simbolico-espressiva della pena.	130
2.3. Un bilancio.	133
3. Condotta riparatoria e rieducazione del condannato.	140
3.1. L'ideale rieducativo.	141
3.2. Sistema sanzionatorio e finalità rieducativa della pena.	145
4. Una possibile via d'uscita?	154
 <i>RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI.</i>	 158

«In nessuno ambito del diritto esiste un concetto, che per importanza storico-culturale possa misurarsi anche solo lontanamente con quello di pena; nessun altro è la fedele immagine riflessa del modo di pensare e di sentire di un popolo in una determinata epoca storica, il metro d'altezza della sua civiltà; nessun'altra nozione, al pari di quella di pena, passa attraverso l'evoluzione morale di un popolo, leggera e flessibile come la cera, nella quale si riflette ogni impronta»¹.

Allo stesso tempo, in nessun ambito del diritto esiste un istituto che, pur essendo il metro d'altezza della civiltà, sfugge ai più tenaci sforzi di razionalizzazione². E vi sfugge non solo perché la pena è per sua stessa natura "un'arma a doppio taglio"³ la cui carica negativa genera tensioni ed antinomie difficilmente riconponibili⁴, ma perché ogni modello punitivo evoca riflessioni che, travalicando il ristretto mondo del diritto, coinvolgono i più diversi campi del sapere e del sen-

¹ R. VON JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen, 1867, p. 2 «Auf dem ganzen Gebiete des Rechts gibt es keinen Begriff, der an kulturhistorischer Bedeutung sich nur von ferne mit dem der Strafe messen könnte, kein anderer ist so wie er das getreue Spiegelbild der zeitlichen Denk- und Empfindungsweise des Volkes, der Höhemesser seiner Gesittung, kein anderer macht so wie er alle Phasen der sittlichen Entwicklung des Volkes mit durch, weich und biegsam wie das Wachs, in dem jeder Eindruck sich ausprägt».

² Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2009, p. 79; l'A. mette in rilievo quel *deficit* di razionalità della pena che «non è solo nei fatti, ma è in qualche misura insito nello strumento penale, "arma a doppio taglio" cui sono connaturati costi sensibili in termini di incidenza sugli stessi diritti che si vuole tutelare»; L. EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 811 ss., il quale osserva che «nel diritto penale tutto quel che è reale non pare razionale» (p. 822); G. COCCO, *Manuale di diritto penale, parte generale - II, punibilità e pene*, Padova, 2009, p. 29.

³ Così F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1883, p. 1 ss. (trad. it. a cura di A. A. CALVI), *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962, p. 46, che definisce la pena «arma a doppio taglio», il cui scopo di tutela viene realizzato attraverso la lesione degli stessi beni giuridici salvaguardati.

⁴ Cfr. D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale della pena: problemi e prospettive*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 115 ss., 119, il quale rileva che «l'intera "dinamica della pena" resta sotto il segno della tensione fra significati diversi ed opposti»; più recentemente lo stesso A. ha osservato che «nel diritto è in gioco la *moralità della coercizione*, oltre che la sua razionalità tecnica». «La progettazione, la costruzione, la valutazione di sistemi di coercizione – quali sono gli ordinamenti penali positivi – chiama in causa ragioni e punti di vista esterni al diritto, costitutivi di un mondo di valori etici e politici dei quali il diritto è parte»; D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in AA. VV. *Scritti in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 489 ss., 495.

tire umano, fino a toccare in ultima istanza il nucleo più profondo e mutevole delle scelte di valore⁵.

A tutto ciò si aggiunga che, in mancanza di un solido sostrato empirico-descrittivo, il sistema della giustizia penale è spesso privo di strumenti in grado di controllare la propria effettività, ossia la delicata relazione esistente tra mezzi impiegati e risultati raggiunti⁶.

Problema aperto della politica criminale⁷, la pena appartiene a quei concetti giuridici che risultano generalmente familiari. Prima di appartenere al diritto o alla storia, alla filosofia o alla letteratura, la punizione attraversa la nostra quotidianità, i nostri ricordi dell'infanzia, le nostre vite⁸. Sia per i profani che per i pratici del diritto, l'esistenza della pena rappresenta, al di là delle molteplici forme assunte nel corso della storia dell'umanità, un'ovvietà indiscutibile. Espressione classica per antonomasia della natura cogente del diritto e presidio ultimo degli interessi fondamentali degli individui e della collettività, l'utilizzo della formula «è punito» si trova in tutte le leggi, nelle quali lo Stato fissa limiti, obblighi e divieti all'agire umano.

Senza la pena il diritto appare quasi inconcepibile e l'esigenza di punire a tal punto insopprimibile che chi dovesse metterne in dubbio l'esistenza verrebbe accolto «da una reazione che può variare dall'indignazione ad un sorriso indulgente, fino alla semplice accusa di ignoranza»⁹.

Che dinanzi alla commissione di un reato «non si debba rimanere inerti costituisce un'ipotesi di lavoro provvista, senza dubbio, di alta plausibilità»¹⁰. È pro-

⁵ Si intende qui fare riferimento al concetto di «*legittimazione esterna*» cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2000, p. 197 ss.

⁶ Cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza, metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 95 s.

⁷ D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 3 ss., 14; l'A. osserva che «la consapevolezza del «doppio taglio» dello strumento penale, e della difficoltà di bilanciarne ragioni e costi, è in ogni caso per la politica criminale un *problema* di base, perennemente aperto».

⁸ W. HASSEMER, *Warum Strafe sein muss*, Berlin, 2009, p. 15.

⁹ K. GÜNTHER, *Die Symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe, Eine neue Stratheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?*, in W. PRITTWITZ, M. BAURMANN, K. GÜNTHER (a cura di), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden Baden, 2002, p. 205; in tal senso anche K. LÜDERSEN, *Ab-schaffen des Strafens*, Frankfurt am Main, 1995, p. 7 ritiene che «la pena sia un anacronismo della nostra epoca».

¹⁰ L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in A. STILE (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale: la posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2003, p. 514; anche in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa", Il volto delineato dalla legge sulla competenza del giudice di pace*, Milano, 2002, p. 17 ss.; questa è una considerazione condivisa anche dalla dottrina abilizionista N. CHRISTIE, *Utility and Social Values in Court Decisions on punishment*, in R. G. HOOD (a cura di), *Crime, Criminology and Public Policy. Essays in Honour of Sir Leon Radzinowicz*, London, 1974, p. 290, il quale osserva che «certe azioni dovrebbero avere qualche conseguenza - ma non sappiamo quali, in che misura o con

prio l'esistenza stessa del diritto penale che, come prodotto dell'evoluzione storica e culturale di ogni società, mostra l'attuale impossibilità di tutelare individui e collettività rinunciando all'impiego di qualsiasi forma di strumento coercitivo¹¹. Al contempo, tuttavia, «non risulta affatto predefinita la modalità con cui si debba affrontare»¹² il fatto punibile. Cosa legittimi tale risposta, come ciò debba in concreto avvenire ed in che modo sia possibile tracciare i limiti dell'intervento punitivo rimangono domande ancora aperte, attorno alle quali si articola l'intero dibattito sulle teorie della pena.

Nel cercare di dare una veste razionale al potere punitivo¹³, il dibattito sulle teorie della pena, che trova le sue origini più recenti con la nascita dello Stato moderno, appartiene alle questioni maggiormente problematiche della storia del diritto penale.

Deve essere retributiva? Solo retributiva? E poi cosa deve retribuire? Deve consistere in una minaccia volta a prevenire la commissione di ulteriori reati? Deve allo stesso tempo «migliorare» il reo? Deve consolidare la fiducia dei cittadini nell'ordinamento giuridico e facilitare, al contempo, un effetto di adeguamento e stabilizzazione delle norme¹⁴? Oppure deve comunicare la riaffermazione positiva di valori?

Nel suscitare un profondo senso di disorientamento in chiunque si accosti al tema, queste sono solo alcune delle possibili domande sul senso della pena le cui molteplici possibili risposte sono inevitabilmente influenzate, sia sul piano politico che conoscitivo, dalle differenti visioni del mondo¹⁵. L'elaborazione filosofica e dottrinale sul senso della pena, nel toccare il delicato equilibrio dei rapporti tra cittadino e Stato, tra potere pubblico e libertà privata, tra difesa sociale e diritti

quale scopo»; «*something ought to follow certain actions - but we do not know what, how much, or in what way*».

¹¹ C. ROXIN, *Zur Entwicklung des Strafrechts im kommenden Jahrhundert*, in E. W. PLYWACZEWSKI (a cura di), *Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie*, Bialystok, 1998, p. 447; l'A. sottolinea che «l'idea di abolire il diritto penale non è assurda»; assurdo sarebbe al più pensare che questo accada nei prossimi cento anni (p. 443).

¹² L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in M. PAVARINI (a cura di), *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Bologna, 2006, p. 67 ss.; anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1157 ss., p. 1162; a tal riguardo si osserva che, «se dunque la questione criminale esiste, non risulta affatto predefinita la modalità con cui la si debba affrontare».

¹³ Cfr. C. ROXIN, *Wandlungen der Strafzwecklehre*, in *Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, München, 2001; J. DE SOUSA E BRITO, *Strafzwecke im Rechtsstaat*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, p. 306.

¹⁴ Cfr. per tutti W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1981, p. 295 ss.; l'A. sostiene che lo scopo in grado di legittimare l'intervento punitivo consisterebbe nell'evitare che venga pregiudicata la fiducia della popolazione nell'inviolabilità del diritto e nella tutela dalle violazioni dell'ordinamento giuridico.

¹⁵ Cfr. H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996, p. 64.

individuali, affonda le proprie radici nelle teorizzazioni sulle forme politiche dello Stato¹⁶.

Sebbene l'assetto organizzativo statale e le relazioni sociali siano profondamente mutati nel corso dei secoli e con essi siano stati rimodellati i contenuti e le forme delle risposte punitive, il dibattito scientifico sviluppatosi attorno alle teorie della pena continua a rimanere sospeso tra i consueti paradigmi giustificativi¹⁷: retribuzione, prevenzione generale e prevenzione speciale¹⁸.

In misura più o meno prevalente e con influssi variabili a seconda delle epoche storiche, sono ancora queste tre concezioni della pena che, pur muovendosi in un sistema aspramente controverso, dovrebbero orientare tanto le scelte di politica criminale quanto la prassi della giustizia penale.

Nel riflettere le forze antagoniste presenti nella società, la pena è il prodotto di principi divergenti non solo sul piano teorico, ma anche empirico. I paradigmi fondamentali ai quali è legato il potere punitivo si rifanno, infatti, a due approcci radicalmente antitetici.

Da un lato si colloca una pena deontologica o retributiva che, volgendo uno sguardo retrospettivo sul passato, consiste nell'inflizione di un male proporzionato al male del reato. Indifferente agli effetti derivanti dalla sua applicazione, la pena retributiva tende ad auto-giustificarsi, essendo concepita come modello di giustizia metafisica, per il semplice fatto di rappresentare l'analogo negativo del reato. La pena retributiva è assoluta, ossia sciolta da ogni legame con le conseguenze sulla realtà da quest'ultima prodotte.

Dall'altro lato, si contrappone una pena teleologica o strumentale che, non essendo più sorretta da considerazioni di giustizia assoluta, ma da uno stretto legame con la realtà empirica, guarda al futuro: agli scopi perseguiti attraverso la sua minaccia ed eventuale inflizione. La teoria dello scopo elabora un'idea di pena che, a partire dalla celebre formula «*nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*», trova la propria giustificazione nella realizzazione, almeno parziale, di effetti positivi sul condannato o sulla collettività¹⁹. Prevenzione generale e speciale sono concetti relativi e di tipo consequenziale, poiché mirano, in ultima analisi, ad evitare che in futuro vengano commessi altri reati.

¹⁶ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 194; G. FIANDACA, *sub. Art. 27, c. 3*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, p. 222 ss.; H. MÜLLER-DIETZ, *Integrationsprävention und Strafrecht, Zum positiven Aspekt der Generalprävention*, in *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70.ig Geburtstag*, vol. 2, Berlin, 1985.

¹⁷ Cfr. J.-F. CAUCHIE, *Peines de travail, Justice pénale en innovation*, Bruxelles, 2009, p. 27.

¹⁸ Per un'ampia ricostruzione delle teorie general-preventive e special-preventive v. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 47 ss.

¹⁹ R.A. DUFF, D. GARLAND, *Introduction: thinking about punishment*, in R.A. DUFF, D. GARLAND (a cura di), *A Reader on Punishment*, Oxford, 1994, p. 6 ss.

Sia pure in maniera differenziata, il tentativo di coniugare, in maniera dialettica, le varie teorie della pena all'interno di un'unica teoria "mista" o polifunzionale²⁰, al fine di attribuire contemporaneamente un fondamento giustificativo e un senso all'intervento punitivo dello Stato, è stato e continua ad essere un obiettivo coltivato sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza costituzionale²¹.

²⁰ Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003, p. 691 ss.; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, 1973, p. 82; M. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in ID., *Alla ricerca di un disegno, Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 386; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2003, p. 269 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2008, p. 645 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2009, p. 725 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2009, p. 3 s., 10 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2004, p. 293 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale*, Torino, 2008, p. 28 ss., 560 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003, p. 674 ss.; A. PAGLIARO, *Pluridimensionalità della pena*, in *Il problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, p. 325 s.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. 1, Milano, 2004, p. 38 ss.; G. VASSALLI, *Funzioni ed insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 296 ss.; ora in G. VASSALLI, *Scritti giuridici*, vol. 1, Milano, 1997, p. 1361 ss.; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena, la pena detentiva*, Padova, 1979, p. 78, il quale sottolinea peraltro la necessità di modulare il problema dei fini della pena in maniera differenziata rispetto «ai momenti della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione»; *ex adverso* G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 133, secondo il quale «non è possibile separare, con cesure nette, l'analisi funzionale relativa – rispettivamente – ai diversi momenti della comminatoria edittale, della commisurazione giudiziale e dell'esecuzione penitenziaria»; nella letteratura straniera cfr. C. ROXIN, *Strafrecht, Allegeiner Teil, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenlehre*, vol. I, München, 2006, p. 85 ss.; l'A. precisa che «la teoria unitaria della prevenzione speciale assorbe in sé il deposito lasciato dalla prevenzione generale e speciale [...]. Dove tali scopi entrano in contraddizione, la risocializzazione assume un carattere prevalente. In compenso, tuttavia, nella minaccia di pena domina la prevenzione generale. Quest'ultima legittima la pena quando mancano o falliscono le finalità specialpreventive. Per altro verso, sebbene lo scopo risocializzativo domini l'esecuzione della pena, non può esistere una pena specialpreventiva senza finalità di prevenzione generale» (p. 88); H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 69; H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, 1968, (trad. a cura di M. Jori), *Responsabilità e pena*, Milano, 1981, p. 34 ss.; cfr. E. DURKHEIM, *La division du travail social. Etude sur l'organisation de sociétés supérieures*, Paris, 1973, p. 77; «pour se faire une idée exacte de la peine, il faut réconcilier les deux théories contraires qui en ont été données, celle qui y voit une expiation et celle qui voit une arme de défense sociale», «per farsi un'idea esatta della pena, bisogna riconciliare le due teorie contrarie che sono state proposte, quella che vede la pena come espiazione e quella che la vede come un'arma di difesa sociale»; cfr. M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sens de la peine, entre mythe et mystification*, Bruxelles, 2009, p. 318 ss.; cfr. A. VON HIRSCH, *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlung*, Berlin, 2005, p. 57; J. RAWLS, *Two concepts of rules*, in *The Philosophical Review*, 1955, p. 4; H. L. PACKER, *The limits of the Criminal Sanction*, Stanford, 1968, p. 36 s. sostiene che sia le finalità preventive, sia quelle retributive legate al riconoscimento della responsabilità del reo per aver commesso un fatto di reato e per la qualificazione della condotta come riprovevole («blameworthy») sono condizioni necessarie ma non sufficienti per giustificare la pena. In tal senso ritiene che il fondamento retributivo della pena individui esclusivamente un principio limitativo.

²¹ Salvo il parziale scarto dalla concezione polifunzionale segnato da Corte Cost., 26.6-2.7.1990, n. 313, la Corte costituzionale, nel ritenere che non sia possibile stabilire *a priori* una gerarchia «sta-

Retribuzione e prevenzione (generale o speciale) non sarebbero scopi inconciliabili, ma due facce della stessa medaglia che dovrebbero trovare una sintesi in quella concezione unitaria o polifunzionale della pena elaborata dalla dottrina italiana a partire dagli anni Sessanta²².

Sia che si tratti della concezione polifunzionale «sincretistico-additiva» che privilegia l'una o l'altra finalità della pena a seconda delle esigenze politico-criminali, oppure ci si confronti con la concezione polifunzionale «dialettica» (desumibile dalla giurisprudenza costituzionale più recente), che calibra le finalità a seconda del segmento del meccanismo repressivo interessato – minaccia legislativa, commisurazione ed esecuzione²³ –, una sintesi tra le diverse teorie della pena sarebbe possibile attraverso un'elaborazione teorica che, lontana dal ritenere autolegittimato l'intervento repressivo, ma facendo salvi i criteri indispensabili per individuare una risposta proporzionata al fatto di reato commesso, attribuisca alla pena il compito di produrre effetti preventivi. Se il compito di un diritto penale laico e secolarizzato non può essere più quello di «realizzare sulla terra una giustizia metafisica»²⁴, ma piuttosto quello di «garantire la tutela dei beni giuridici e

tica ed assoluta» tra le differenti finalità della pena, lascia alle scelte di politica criminale del legislatore la facoltà di far prevalere, «nei limiti della ragionevolezza», l'una o l'altra delle finalità della pena «a patto che nessuna di esse risulti obliterata», cfr. da ultimo Corte Cost., 10.6.2011, n. 183, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3707 ss., negli stessi termini *ex multis* Corte Cost., 11.6.1993, n. 306, Corte Cost., 4.2.1966, n. 12, Corte Cost., 17.2.1971, n. 22, Corte Cost., 6.12.1973, n. 179, Corte Cost., 7.11.1974, n. 264, Corte Cost., 17-25.5.1989, n. 282; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 535 rileva la concezione eclettica o polifunzionale della pena nella giurisprudenza costituzionale; G. FIANDACA, *Scopi della pena*, cit., p. 131 ss. mette in evidenza la mancanza di un ordine gerarchico, nella teoria «eclettica o sincretistico-additiva» elaborata dalla Corte costituzionale, tra gli scopi assegnati alla pena, al punto da farla diventare «uno strumento concettuale flessibile e duttile, in una prospettiva strumentale al soddisfacimento di esigenze politico-criminali considerate di colta in colta prevalenti»; per una simile posizione nella giurisprudenza della Corte costituzionale cfr. BVerfGE 45, 253 «il diritto penale vigente e la giurisprudenza dei giudici tedeschi seguono prevalentemente la cosiddetta teoria unitaria (o polifunzionale N.d.R.), la quale cerca di instaurare un rapporto equilibrato tra le varie finalità della pena»; «scopo generale del diritto penale è la tutela dei valori fondamentali della vita comune, compensazione della colpevolezza, prevenzione, ri-socializzazione del reo, espiazione e retribuzione per l'ingiustizia commessa vengono definiti come gli aspetti di una sanzione penale adeguata».

²² G. FIANDACA, *sub. Art. 27, c. 3*, cit., p. 235 ss.

²³ G. FIANDACA, *sub. Art. 27, c. 3*, cit., p. 332 s.

²⁴ M. ROMANO, F. STELLA, *Introduzione*, in M. ROMANO, F. STELLA (in a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 7; già in F. VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin, 1932, p. 21; negli stessi termini l'*Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches* del 1966 ribadiva che «l'inflizione di una pena non è un processo metafisico, ma un'amara necessità in una società di natura imperfetta come lo sono gli uomini»; «*Strafe zu verhängen ist kein metaphysischer Vorgang, sondern eine bittere Notwendigkeit in einer Gemeinschaft unvollkommener Wesen, wie sie die Menschen nun einmal sind*»; in tal senso anche G. VASSALLI, *Funzioni ed insufficienze*, cit., p. 1361 ss.; M. ROMANO, *Commentario Sistematico del codice penale*, vol. 1, Milano, 2004, p. 15; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 91.

della convivenza delle persone nella società»²⁵, allora gli strumenti punitivi previsti devono essere orientati al perseguimento di tale scopo razionale e socialmente utile²⁶.

In tal senso, solo la tutela della società dalla commissione di futuri reati, attraverso la dissuasione dei potenziali autori, e il ricorso alla pena come strumento idoneo a risocializzare il condannato sono in grado di riempire di senso la risposta punitiva²⁷.

Allo stesso tempo, si sottolinea che una concezione della pena puramente preventiva non potrebbe trovare giustificazione in un moderno Stato di diritto. E ciò perché l'intervento punitivo statale, se non può fare a meno di perseguire scopi ulteriori per evitare di rimanere imprigionato in un universo metafisico che si autolegittima, deve conservare il limite garantista offerto dalla retribuzione, al fine di arginare le eventuali distorsioni che una risposta sanzionatoria orientata allo scopo potrebbe produrre²⁸.

²⁵ H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 2; in termini analoghi M. DONINI, *Le tecniche di degradazione*, cit., p. 389; F. STELLA, *La tutela penale della società*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, (a cura di) *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 75 ss.; ID., *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, (a cura di) *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 309 ss.; M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 8 s.; M. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in M. ROMANO, F. STELLA (in a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 151 ss., 167 osserva che «lo Stato non punisce perché vi è un fatto colpevole, ma punisce per proteggere un bene giuridico, se vi è un fatto colpevole»; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 69, in particolare 72 s. «L'idea che si possa compensare o eliminare un male (il fatto di reato) attraverso l'inflizione di un ulteriore male (della pena), può essere accessibile solo ad una fede, con la quale lo Stato non può obbligare nessuno, da quando quest'ultimo fa derivare il suo potere non più da Dio, ma dal popolo»; K. GÜNTHER, *Die Symbolisch-expressive*, cit., p. 205 «Se la pena deve essere qualcosa di più di un impulso arcaico e una mistica compensazione di un male con un altro, allora solo scopi razionali possono legittimare la pena»; M. PAVARINI, *I nuovi confini della penalità*, Bologna, 1994, p. 59; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2008, p. 6.

²⁶ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 30 ss. «Se il diritto è regola e strumento della convivenza fra uomini, il diritto penale non può legittimamente pretendere di essere invece espressione di una giustizia assoluta, 'sciolta' (*absoluta*) dalle ragioni e dalle esigenze della convivenza fra uomini, e perciò d'un ragionevole ordinamento dei rapporti intersoggettivi». L'A. mette altresì in evidenza il fatto che «Sul versante della pena, però, l'impegno di razionalità va incontro a ben maggiori responsabilità» e aggiunge che «sul versante delle pene - la spada della giustizia - il sistema penale mostra il suo volto oscuro, meno razionale e meno razionalizzabile» (p. 78); G. FIANDACA, *sub. Art. 27, c. 3, cit.*, p. 263 «in un moderno Stato democratico, ispirato ai principi del laicismo e del pluralismo ideologico, la sanzione penale in tanto riceve legittimazione, in quanto costituisce uno strumento destinato a perseguire scopi socialmente utili»; N. BOBBIO, *Sanzione*, in *Nov. Dig. It.*, vol. XVI, Torino, 1969, p. 531 «Si dà in genere il nome di sanzione a meccanismi [...] che ogni sistema adopera per la propria conservazione».

²⁷ W. HASSEMER, *Warum*, cit., p. 62; cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 110 ss.; C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena (Trad. it. a cura di L. Eusebi)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 15.

²⁸ Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 76; W. HASSEMER, *Darf der strafende Staat Verurteilte bessern wollen? Resozialisierung im Rahmen positiver Generalprevänion*, in W. PRITTWITZ, M. BAURMANN, K. GÜNTHER (a cura di), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden Baden, 2002, p. 225

Sospeso nella dicotomia retribuzione-prevenzione, il dibattito sulle teorie della pena così sommariamente tratteggiato sembra, tuttavia, lasciare aperte aree di irrazionalità. E ciò non solo perché la pena, rimanendo intrappolata nel profondo delle idee-mito²⁹ «"eternizzate"»³⁰ che la hanno originata, rischia di sfuggire alla ragione discorsiva³¹, ma perché il sistema punitivo rimane ancora troppo legato ad irrazionali bisogni emotivi³² e simbolici³³ e distante da ogni confronto con la realtà³⁴.

Più che uno strumento in grado di sanare la frattura sociale e umana causata dal reato e recuperare il legame solidaristico infranto³⁵, l'intera dinamica della pena rimane fondata sull'inflizione volontaria di un male nei confronti del condannato. Un male che, nel reagire al male del reato, dovrebbe (in modo contro-intuitivo) realizzare un bene: la pace sociale³⁶.

²⁹ U. GALIMBERTI, *I miti del nostro tempo*, Milano, 2009, p. 11 s.

³⁰ G. MANNOZZI, *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1129 ss., rileva «una aspirazione inconscia alla 'eternizzazione' degli scopi della pena» (p. 1132).

³¹ cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale, cit.*, p. 76 osserva che «sul versante delle pene - la spada della giustizia - il sistema penale mostra il suo volto oscuro, meno razionale e meno razionalizzabile»; M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sense, cit.*, p. 16; N. FRIZE, *Le sens de la peine. État de l'idéologie carcérale*, Paris, 2004, p. 61 sottolinea che «per tentare di sfuggire al senso di colpa generato dal vuoto di senso della pena detentiva, la giustizia usa sempre di più il cumulo delle pene, aggiungendo al non-senso dell'incarcerazione delle particelle di "senso" (pene supplementari dette complementari!)»; H.L.A. HART, *The concept of law*, Oxford, 1994.

³² F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, Stuttgart, Berlin, Köln, 2002 p. 14, parla di una risposta in funzione di «canalizzazione e freno dei bisogni di punizione»; W. NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, Neuwied, Krefeld, 2000, p. 41.

³³ cfr. B. HAFFKE, *Die Legitimation des staatlichen Strafrechts zwischen Effizienz, Freiheitsverbürgung und Symbolik*, in B. SCHÜNEMANN, H. ACHENBACH, B. HAFFKE (a cura di) *Festschrift für Klaus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2001, p. 955.

³⁴ Cfr. M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 633 ss., osserva che «non è necessaria un'analisi approfondita del diritto penale attuale per constatare un approfondimento della frattura tra la realtà e la sua rappresentazione ufficiale» (p. 634 s.).

³⁵ L. ESUSEBI, *Giustizia conciliativa e discrezionalità nel sistema penale*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Milano, 2005, p. 55 ss., 64; G. P. DEMURO, *Diritto penale e risarcimento del danno: la tutela del bene giuridico concretamente leso*, in *Riv. pen.*, 1994, p. 1201 ss., mette in evidenza il fatto che «gli strumenti sanzionatori previsti non contemplano una tale prospettiva: detenzione e pena pecuniaria sono tese alla repressione della violazione e non alla tutela del bene giuridico, se non in senso indiretto e comunque non di «quel» bene giuridico attualmente leso» (p. 1202).

³⁶ Cfr. L. EUSEBI, *Ripensare le modalità della risposta ai reati traendo spunto da C. Eur. Dir. Uomo 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4938 ss. osserva che «la dinamica del punire è rimasta ampiamente tributaria, nella cultura occidentale, alla visione retributiva, vale a dire dell'assunto secondo cui le condotte negative esigerebbero una risposta che assuma un analogo contenuto negativo per il loro autore»; L. EUSEBI, *La riforma del sistema, cit.*, p. 20 mette in rilievo il fatto che «i contributi dottrinali sulla funzione della pena si sono in larga misura configurati, al di là delle apparenze, più come disposizioni *a posteriori* sulle modalità – assolute o riferite a uno *scopo* – attraverso le quali giustificare il punire, che non come fonti propositive di

In realtà, come è stato osservato «le scelte in materia sanzionatoria sono fondate molto più sulla tradizione che sulla razionalità»³⁷. La pena sembra poter rispondere all'insicurezza e alle paure individuali e collettive solo attraverso la minaccia e l'inflizione di un male che produce a sua volta paura ed insicurezza.

Per riprendere la citazione proposta in apertura, la configurazione del modello repressivo rappresenta, in modo forse ancora più spiccato rispetto ai fondamenti dogmatici della teoria generale del reato³⁸, la matrice essenziale di un sistema penale³⁹, il suo codice genetico⁴⁰. Sono le risposte punitive a tracciare in senso formalistico i confini dell'area del penalmente rilevante ed il carattere afflittivo della pena e a connotare⁴¹, sia sul piano sostanziale che metaforico, l'intero ordina-

modelli fra loro concorrenziali della risposta al reato»; cfr. sul punto K. BINDING, *Grundriss des Deutschen Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Leipzig, 1907, p. 226 s. nel criticare l'idea dello scopo di von Liszt affermava che la pena «non doveva curare, ma ferire il condannato».

³⁷ V. GREVE, *Criminal Law: A Technical Tool or a Cultural Manifestation On Uniformity and Subsidiarity*, in *Scandinavian Studies in Law, Criminal Law*, vol. 54, 2009, p. 51 ss.

³⁸ A tal riguardo si pensi quanto le teorie della pena incidono non solo sulle scelte di incriminazione (in tal senso basta riflettere al ruolo dell'art. 27 c. 3 Cost. nella giurisprudenza costituzionale), ma anche sulla ricostruzione di alcune categorie dogmatiche. Sul primo punto si rileva che «la crisi attraversata dal bene giuridico [è] la ricaduta della crisi in cui è entrata la legittimazione personalistica della tutela penale, e con essa, del diritto penale in sé che in questa legittimazione gioca tutto il suo destino»; così G. FORTI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 597 ss., p. 616. In altri termini, ci sembra di poter rilevare che parte di quella crisi sia dovuta alle incertezze circa il fondamento giustificativo delle risposte punitive. Sul secondo versante, basti qui considerare quanto le esigenze di prevenzione generale sembrano plasmare i criteri di valutazione del dolo eventuale; sul punto v. Corte d'Assise di Torino, 15.4.2011 con nota di G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 2; C. E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 515, il quale sottolinea «non credo che si riesca a trovare un solo testo che muova dall'argomento della pena («Capitolo I: la teoria della pena e il sistema sanzionatorio»; anche la topografia espositiva ha la sua funzione: pedagogica, ma anche concettuale), per conquistare subito, come sembrerebbe naturale alla stregua di un paradigma teleologico, il caposaldo su cui fondare (per poi divulgare) in tutte le sue articolazioni il sistema che da tale caposaldo in ultima analisi dipende e discende (nella nostra materia, essenzialmente, «il reato»)».

³⁹ F. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 340 rileva che «la sanzione criminale è la matrice logica e storica dei principi della legge penale, e così ne segna anche l'ambito di operatività, concorrendo alla qualificazione appunto «penalistica» della legge».

⁴⁰ Cfr. G. FORTI, *Principio del danno*, p. 597. L'A. osserva che «la puntualizzazione delle diverse e possibili risposte penali all'illecito riveste portata pregiudiziale per la stessa configurazione dei principi e degli ambiti di estensione della sfera, appunto penale, e dunque anche per la delimitazione dei suoi "limiti morali"».

⁴¹ C. PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 64 ss., ora in ID., *Diritto penale, vol. I, scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, 147 ss.; V. GREVE, *Criminal Law: A Technical Tool*, cit., p. 51 ss.

mento penale. Sono ancora gli strumenti punitivi a raccontare l'evoluzione del diritto penale e a misurare il livello di sviluppo di una civiltà⁴².

In tal senso il principio di rieducazione del condannato fissato dall'art. 27, c. 3 Cost. rappresenta in primo luogo, più che una rigida presa di posizione nell'aspro dibattito sulle teorie della pena, «un principio di civiltà»⁴³.

In questa prospettiva, politica criminale e cultura sono fattori legati da un rapporto di reciproca implicazione, nel quale il modello repressivo riceve stimoli e produce effetti sul sistema sociale.

Se il processo di civilizzazione⁴⁴ influisce sulla configurazione dei modelli repressivi⁴⁵, definendo i contorni ed i limiti esterni del diritto punitivo⁴⁶, le risposte punitive influiscono, a loro volta, sullo sviluppo culturale⁴⁷. In altri termini, i tratti caratterizzanti del sistema punitivo sono in grado di rivelare aspetti determinanti di una società, proiettando un'immagine della qualità delle relazioni sociali e del rapporto tra individui e autorità⁴⁸.

⁴² Cfr. F. DOSTOEVSKIJ, *Memorie di una casa morta*, Milano, 2004; W. S. CHURCHILL, *Intervento del 20 luglio 1910 in qualità di Home Secretary dinanzi alla House of Commons, Official Report, Hansard, vol. XIX, col. 1354*, «The moral temper of the public in regard to the treatment of crime and criminals is one of the most unfailing tests of the civilisation of any country»; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, cit.*, p. 399 «il sistema delle pene segnala la scala dei valori storicamente determinata di una data società, oltre al suo grado di autoritarismo, di tolleranza e di umanità»; da ultimo lo ha sottolineato anche il Ministro della Giustizia Paola Severino durante l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2012, in *www.giustizia.it*; il Ministro ha ribadito che «dallo stato delle carceri si misura il livello di civiltà di un Paese».

⁴³ D. PULITANÒ, *Diritto penale, cit.*, p. 178.

⁴⁴ Cfr. N. ELIAS, *Über den Prozeß der Zivilisation*, Frankfurt am Main, 1969.

⁴⁵ Lo rilevava C. PEDRAZZI, *La privation de la liberté dans les perspectives de la lutte contre le crime, particulièrement à l'égard des ses nouvelles formes*, in Relazione di sintesi al Colloquio di Bellagio in preparazione del 5° Congresso delle Nazioni Unite per la prevenzione dei reati e il trattamento dei delinquenti (Toronto 1-12 settembre), Milano, CNPDS, 1975, p. 82 ss.; ora in ID., *Diritto penale, Scritti di parte generale, vol. I*, Milano, 2003, p. 499 ss.; l'A. mette in evidenza un vero e proprio paradosso storico: «la peine privative de liberté est née de l'abolition de peines beaucoup plus graves et inhumaines, telles que les peines capitales, corporelles ou humiliantes. A l'origine elle apparissait comme une mesure de clémence; par la suite elle a encore été humanisée par l'abolition des souffrances matérielles supplémentaires qui l'accompagneint. Mais aujourd'hui voilà qu'on la considère comme la peine sans comparaison la plus dure et la plus sévère» (p. 501).

⁴⁶ D. GARLAND, *Punishment and Modern Society*, Oxford, 1990, p. 196.

⁴⁷ D. GARLAND, *ult. op. cit.*, p. 249, in particolare p. 251 «Values, conceptions, sensibilities, and social meaning - culture, in short - do not just exist in the form of a natural atmosphere which envelopes social action and makes it meaningful. Rather, they are actively created and recreated by our social practices and institutions - and punishment plays its part in this generative and regenerative process. Punishment is one of the many institutions which help construct and support the social world by producing the shared categories and authoritative classifications through which individuals understand each other and themselves».

⁴⁸ D. GARLAND, *ult. op. cit.*, p. 266 ss.

A sua volta, la nostra capacità di discernere ciò che costituisce una forma sanzionatoria tollerabile o civile dipende dagli stessi modelli culturali che utilizziamo per giudicare ciò che è intollerabile o disumano⁴⁹.

In tal senso è «il progresso civile e culturale a rendere oggi intollerabili le sofferenze inutili o comunque eccessive»⁵⁰. Se i modelli repressivi non possono fare a meno del consenso dei consociati, senza che ciò determini un vuoto di legittimazione, le scelte di politica criminale compiute dal legislatore, non dovendo necessariamente assecondare le pulsioni repressive presenti nella società, possono (e forse devono) svolgere un «ruolo di propulsione sulla coscienza sociale»⁵¹.

Come è stato efficacemente messo in luce dalla Corte costituzionale tedesca, «la storia del diritto penale mostra chiaramente che pene sempre più miti hanno preso il posto delle pene più crudeli. Il progresso segnato dal passaggio da risposte punitive più brutali a più umane, dalle più semplici alle più differenziate è andato avanti, mentre si delinea il cammino che è ancora da percorrere»⁵².

Nella medesima prospettiva sembra inserirsi una recente presa di posizione della Corte costituzionale italiana. Chiamata a pronunciarsi sugli irragionevoli effetti in tema di prescrizione che sarebbero derivati dall'applicazione dell'art. 157, c. 5 c.p. – la norma prevede, infatti, che «quando per il reato la legge stabilisce pene diverse da quella detentiva e da quella pecuniaria, si applica il termine di tre anni»⁵³ –, la Corte, sia pure incidentalmente, ha affermato che «si deve ritenere, in definitiva, che il novellato quinto comma dell'art. 157 cod. pen. abbia inteso porre premesse per un futuro sistema sanzionatorio caratterizzato da pene diverse da quella detentiva e pecuniaria»⁵⁴.

⁴⁹ D. GARLAND, *ult. op. cit.*, p. 195 s.

⁵⁰ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, cit.*, p. 413.

⁵¹ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione*, p. 139; sul punto F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 445 ss.; ora anche in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I/II, 1997, p. 1407 ss., il quale sottolinea che diritto penale può esercitare una funzione promozionale del nel momento in cui le risposte al reato «si concretino in una controazione volta ad elidere od attenuare l'offesa di un interesse attinente allo sviluppo in senso costituzionale della società» (p. 1424); F. BRICOLA, *Diritto premiale e sistema penale*, in *Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penali* (Como 26-27 giugno 1981), Milano, 1983, p. 121 ss.; ora anche in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I/II, 1997, p. 1459 ss.

⁵² BVerfGE 45, p. 187, 229 «Die Geschichte der Strafrechtspflege zeigt deutlich, dass an die Stelle grausamster Strafen immer mildere Strafen getreten sind. Der Fortschritt in der Richtung von roheren zu humaneren, von einfacheren zu differenzierteren Formen des Strafens ist weitergegangen, wobei der Weg erkennbar wird, der noch zurückzulegen ist».

⁵³ Gli effetti sarebbero stati irragionevoli perché, nell'ambito della giurisdizione del giudice di pace, le "diverse" pene principali (permanenza domiciliare e lavoro di pubblica utilità) si sarebbero prescritte in tre anni, mentre la meno grave pena pecuniaria sarebbe stata sottoposta ai termini ordinari di prescrizione, rispettivamente di quattro anni per le contravvenzioni e di sei per i delitti; sul punto diffusamente v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale, cit.*, p. 359 s.

⁵⁴ Corte Cost., 14.1.2008, n. 2.

Nasce qui, in questa congiuntura tra giustizia penale e progresso civile, l'ipotesi di lavoro dalla quale si intende prendere le mosse.

Se la pena è, in ultima analisi, un male inflitto in risposta al male del reato o, più astrattamente, una risposta in negativo che si somma alla drammatica carica di dolore del reato; se, allo stesso tempo, qualsiasi risposta punitiva è, per sua stessa natura, «fatalmente tardiva»⁵⁵ rispetto all'offesa causata dal reato (come chiaramente espresso dal brocardo *factum infectum fieri nequit*) e, dunque, inevitabilmente incapace di annullare il fatto pregiudizievole verificatosi⁵⁶, allora ci si potrebbe domandare fino a che punto ed entro quali limiti si può pensare ad una risposta al reato che si trasforma in un obbligo positivo a carico del reo finalizzato a "riparare", anche sul piano meramente simbolico, il male del reato, riducendo gli effetti negativi da quest'ultimo scaturiti⁵⁷.

Detto altrimenti, a quali condizioni può trovare legittimazione una risposta punitiva alternativa che, nel tentativo di non cadere nell'universo della pura utopia⁵⁸,

⁵⁵ A. ALESSANDRI, *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro, un'introduzione*, in AA. VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009, 49, che riprende la riflessione di F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, 2006; cfr. L. EUSEBI, *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato: un obiettivo rilevante per l'ordinamento giuridico?*, in *Criminalia*, 2010, p. 637 ss. osserva che «la pena non può cancellare ciò che è accaduto. [...] Sulle lacerazioni derivanti da condotte criminose si può lavorare, si può ricostruire, si può forse gettare un ponte: non le si può, semplicemente, eliminare»; L. EUSEBI, *Dibattiti*, cit., p. 812 s., «Rispetto a quello che è stato si può solo andare oltre, gettare (per così dire) nuovi ponti»; da ultimo sul punto v. M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, p. 889 ss., 890.

⁵⁶ D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, p. 47 ss. osserva che «l'offesa», in quanto tale, lungi dal poter essere cancellata, al contrario, dopo la commissione del fatto, «persiste»; le conseguenze del fatto di reato – queste sì – possono essere suscettive di «eliminazione» (p. 48).

⁵⁷ Cfr. L. EUSEBI, *Appunti critici*, cit., p. 1157 ss. dove viene espressa l'esigenza che il modello di risposta al reato «assuma contenuti di reintegrazione del rapporto sociale e, a un tempo, di contrasto dei vantaggi illecitamente perseguiti» (p. 1161). In tal senso l'A. evidenzia la necessità di «una diversificazione delle modalità sanzionatorie interna allo stesso diritto penale, che sappia rendere credibile, soprattutto, l'attuazione dei principi di *extrema ratio* circa il ricorso alla pena detentiva» (p. 1161); L. EUSEBI, *La privazione della libertà nel diritto penale e la Costituzione (sull'esigenza di un ripensamento delle strategie preventive)*, in *Quest. giust.*, 2004, p. 473 ss. segnala quanto sia radicata l'idea che la pena debba necessariamente rappresentare l'analogo negativo del reato e sottolinea l'esigenza di elaborare «modalità sanzionatorie volte alla responsabilizzazione verso i beni aggrediti, alla composizione dei conflitti, alla riparazione» (p. 484); sul punto in senso critico v. D. FONDAROLI, *Illecito penale*, cit., *passim*.

⁵⁸ Cfr. G. MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco tra rassegnazione e utopia*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 347 segnala il rischio che «Nel breve periodo utopia e restaurazione – «superamento» e «rinascita» dell'idea di pena – hanno peraltro la comune vocazione (descritta dal vecchio Luckács) di far «scompare» la prassi riformatrice»; F. MANTOVANI, *La «perenne crisi» e la «perenne vitalità» della pena. E la «crisi di solitudine» del diritto penale*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1171 ss. mette in evidenza l'esistenza di «un rapporto di proporzione inversa tra «l'elevatezza del pensiero» e il «realismo e pragmatismo alternativi» (p. 1188).

assuma come punto di partenza lo sforzo di colmare o riunire con «un ponte»⁵⁹ la frattura sociale e umana generata dal reato⁶⁰?

E, infine, la condotta riparatoria può rappresentare esclusivamente un punto di rottura della punibilità che si ripercuote sul sistema sanzionatorio come qualcosa di diverso da una pena⁶¹ oppure può assumere i contorni di una vera e propria risposta punitiva che, nel ridurre i costi umani e sociali associati alle classiche tipologie sanzionatorie (pena detentiva e pecuniaria), mantiene una valenza preventiva rispetto all'interesse offeso?

Rispondere a queste domande e riconoscere un ruolo alla condotta riparatoria all'interno del sistema penale significa, innanzitutto, pensare ad un modo di essere completamente nuovo del diritto penale⁶². Un modo diverso di reagire al reato ri-

⁵⁹ Cfr. L. EUSEBI, *Appunti critici*, cit., p. 1176 «viene in considerazione l'idea di una giustizia che, invece di aggiungere frattura a frattura nel nome di una compensazione astratta, prende atto della amara realtà di una frattura non eliminabile con la pena, ma sulla quale è possibile lavorare, onde costruire, per così dire, un ponte»; L. EUSEBI, *Dibattiti*, cit., p. 830 suggerisce una soluzione da non considerarsi «come frattura che si contrappone alla frattura rappresentata dal reato, bensì come strategia di mediazione *post delictum* fra agente di reato e società»; AA. VV. (a cura di L. EUSEBI), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989; HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht*, in *Strafverteidiger*, 2006, p. 322.

⁶⁰ In questo senso già G. DEL VECCHIO, *Sul fondamento della giustizia penale*, in *Arch. pen.*, 1945, p. 93 s.; anche in G. DEL VECCHIO, *Sul fondamento della giustizia penale e sulla riparazione del danno*, Milano, 1958, p. 32 propone di sostituire al principio fondamentale della teoria retributiva «*malum passionis propter malum actionis*» con una prospettiva invertita «*bonum actionis propter malum actionis*»; l'A. afferma che «ricambiare il male col male, nella stessa misura, è la maniera più ovvia, ma non la più vera, per ristabilire il turbato equilibrio: il male si ripara veramente con il bene. Perciò è da affermare questo principio: al *malum actionis*, costituito dal delitto, deve opporre, come esigenza della giustizia, non tanto un *malum passionis*, secondo l'antica formula, quanto un *bonum actionis*, ossia un'attività in senso contrario dell'autore del delitto medesimo, la quale ne annulli o ne riduca gli effetti, fino a che ciò sia possibile»; cfr. A. CERETTI, L. NATALI, *Cosmologie violente, Percorsi di vite criminali*, Milano, 2009, p. 384 sulla valenza della pena come momento di rielaborazione e gestione della frattura sociale prodotta; per una riflessione più ampia sul punto v. W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, in ID. *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, Torino, 1995, p. 5 ss., il quale si chiede: «è, in generale, possibile il regolamento non violento di conflitti? Senza dubbio. I rapporti fra persone private offrono esempi a iosa. L'accordo non violento ha luogo ovunque la cultura dei sentimenti ha messo a disposizione degli uomini mezzi puri di intesa. Ai mezzi legali e illegali di ogni genere, che sono pur sempre tutti insieme violenza, è lecito quindi opporre, come puri, i mezzi non violenti. Gentilezza d'animo, simpatia, amor di pace, fiducia e tutto quanto si potrebbe aggiungere ancora, sono la loro premessa soggettiva. Ma la loro manifestazione oggettiva è determinata dalla legge [...] che mezzi puri non sono mai mezzi di soluzioni immediate, ma sempre di soluzioni mediate» (p. 18).

⁶¹ C. ROXIN, *Zur Wiedergutmachung als einer "dritten Spur" im Sanktionensystem*, in G. ARZT (a cura di), *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, 1992, p. 243 ss. «*die Wiedergutmachung, wo sie sich auf die strafrechtlichen Rechtsfolgen auswirkt, keine strafe sei; denn ihre zu fordernde Freiwilligkeit widerstreite dem Charakter der Strafe als eines auferlegten Zwangseingriffs*».

⁶² Cfr. A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, p. 320 il quale si domanda «se l'espansione di queste cause di non punibilità, o di ridotta punibilità, sia coerente con un mutamento radicale e capitale non solo del paradigma punitivo» oppure «esprima [...] un nuovo modo di essere complessivo del diritto penale».

spetto alla logica classica propria dei sistemi penali moderni⁶³, che sembrano essere rimasti intrappolati nel loro nocciolo duro di una pena retributiva⁶⁴. Ed allora la condotta riparatoria, se vuole proporsi come tipologia autonoma di risposta al reato, deve necessariamente confrontarsi con le coordinate tracciate dal dibattito sulle teorie della pena.

Come è stato rilevato, il significato attribuito alla condotta riparatoria «nel sistema dei fini della pena [...] non assume un rilievo puramente teorico, ma può avere effetti pratici: forse, infatti, solo una legittimazione entro l'ambito della teoria della pena può aprire al risarcimento la via per inserirsi effettivamente, *de lege lata* e *de lege ferenda*, nel diritto penale»⁶⁵.

In tal senso, qualsiasi ruolo attribuito alle forme ed ai modi della condotta riparatoria deve essere teleologicamente orientato al perseguimento di scopi compatibili con la struttura portante del diritto penale costituzionale⁶⁶.

⁶³ Cfr. AA. VV., G. FIANDACA C. VISCONTI (a cura di), *Punire Mediare Riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Torino, 2009

⁶⁴ Cfr. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, 2003, p. 113; F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 343 ss.

⁶⁵ C. ROXIN, *Risarcimento*, cit., p. 5.

⁶⁶ Cfr. G. MANNOZZI, *Pena e riparazione*, cit., p. 1135 osserva che «occorre [...] capire perché e in quali contesti la giustizia riparativa – strumento per eccellenza di composizione pacifica delle controversie – entri in conflitto [...] con le strutture penalistiche cui accede o sia affianca; dove e come riesca invece ad aprire un dialogo con il diritto penale e, infine, in quali condizioni giuridico-culturali possa essere intelligentemente 'assorbita' dalle strutture tradizionali del diritto penale, senza per ciò solo risultare snaturata o contaminata nella sua identità»; D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale*, cit., p. 119 esprime la necessità di trovare un contemperamento tra diverse esigenze: «il "peso" assegnato al reato dalla bilancia della giustizia, nell'ottica della prevenzione generale o (per chi vi creda) della retribuzione» e le «esigenze che possano fare ritenere preferibile la non esecuzione della pena, avuto riguardo ai suoi costi e alle possibili alternative».

Sommario

1. Un confronto necessario. – 2. La perenne centralità della pena detentiva. – 3. La situazione italiana – 3.1. La prassi punitiva in una prospettiva comparata. – 3.2. L'impatto delle alternative alla pena detentiva. – 3.3 Tipologia di reato e pena detentiva: la centralità dei reati contro il patrimonio. – 4. L'efficacia delle scelte sanzionatorie. – 5. Una conclusione intermedia.

1. Un confronto necessario.

Qualsiasi riflessione sulla pena, se non vuole rimanere imprigionata in un sistema teorico chiuso alla realtà, deve necessariamente fare i conti con la prassi punitiva⁶⁷. Se non lo facesse, il lascito dell'illuminismo penale, il cui presupposto fondamentale consiste proprio nella possibilità di dare effettiva applicazione ad una determinata concezione teorica, rischierebbe oggi di «sopravvivere stentatamente nell'autoreferenzialità della cultura accademica, mentre tutto le muta intorno»⁶⁸. Ogni ipotesi teorica, in mancanza di un confronto con la prassi, appare infatti inevitabilmente chiusa in una costruzione che sarà magari persuasiva, ma che resta pur sempre lontana da una realtà empirica ormai troppo fluida per essere risolta sul piano meramente teorico⁶⁹. Il rischio di un siffatto approccio non è solo

⁶⁷ A. ALESSANDRI, *Delitti e pene*, cit., p. 671 ss. ritiene che l'approccio legato all'empiria rappresenti un aiuto per il penalista «ad uscire da un'autoreferenziale riflessione sul "Sistema penale", confinata nelle biblioteche: può essere magari seducente e suggestivo, magari gratificante, ma paga fatalmente la distanza rispetto ad un confronto con la realtà».

⁶⁸ A. ALESSANDRI, *Impresa e giustizia penale*, cit., p. 49.

⁶⁹ C. E. PALIERO, *La mediazione penale*, cit., p. 132 s. osserva che «i tradizionali fini della pena, così colossali da sembrare utopici, se considerati in una prospettiva empirica – in termini di *effetti*»

di essere immune agli stimoli provenienti dalla realtà, ma anche di risultare acriticamente contemplativo rispetto al diritto vigente⁷⁰.

Proprio una giustizia penale, che infligge privazioni e sofferenze al reo e alle persone che lo circondano, non può rimanere indifferente ai dati offerti dalla realtà, ma deve, invece, verificare sia gli (eventuali) effetti negativi generati dai propri strumenti di controllo, sia l'utilità marginale prodotta dal ricorso a questi ultimi. In tal senso, pare necessario riportare il discorso sulla pena ad esigenze pratiche⁷¹: il problema della pena non può completamente risolversi, e non può neppure più essere posto in termini di semplice teoria della pena⁷².

Che la pena debba confrontarsi con la realtà empirica è un'idea nata nel contesto delle teorie preventive. Né la pura realizzazione di un ideale di giustizia né la plausibilità meramente teorica possono più legittimare l'intervento punitivo, ma è l'analisi empirica della realtà fattuale a misurare la razionalità di un sistema repressivo. Che siano scopi di neutralizzazione o di rieducazione del reo, di intimidazione o di orientamento della collettività, vi è un filo comune che unisce l'idea preventiva: la ricerca di un equilibrio che non si chiuda in un'ottica punitiva rivolta al passato, ma allarghi il suo sguardo al futuro e abbracci il problema della pena in tutta la sua ingombrante e umanamente drammatica materialità.

In altri termini, un'idea della pena, che si limiti a verificare la ragionevolezza e la plausibilità delle proprie ipotesi esplicative solo sul piano logico e rimanga distante dalla prassi applicativa, non sembra poter trovare piena legittimazione.

E ciò non tanto perché un sistema teorico così costruito finirebbe per anteporre ideologicamente il dover essere all'essere, ma per l'esigenza di scongiurare, proprio in considerazione dei compiti sociali e solidaristici assegnati al diritto penale⁷³, la creazione di una frattura incolmabile tra il piano teorico e la realtà applicativa. Il rischio che si determini una frattura tra teoria e prassi risulta, infatti, particolarmente vivo proprio in relazione alla pena, le cui attribuzioni di scopo, a causa

vità dello scopo raggiunto – necessitano dell'analisi di un grande numero di casi criminali e di un lungo lasso temporale per verificarne l'esito».

⁷⁰ Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale, cit.*, p. 73 osserva che «Fermo il vincolo al principio di legalità, la discussione sui principi e la ricerca di principi anche trascendenti il sistema fa parte dell'attività più significativa della cultura giuridica. Rinunciarvi sarebbe come identificare a priori l'orizzonte della riflessione giuridica con l'orizzonte "qui e ora" di un determinato ordinamento positivo: una pretesa (ove mai attuabile) che ridurrebbe il lavoro del giurista a mera tecnica di supporto di qualsiasi scelta contingente dei detentori del potere normativo».

⁷¹ W. HASSEMER, *Darf der strafende Staat, op. cit.*, p. 73.

⁷² M. FOUCAULT, *Alternatives, op. cit.*, p. 33 nelle parole originali afferma che «la questione della prigione non può dunque risolversi, e non può neppure più essere posta in termini di semplice teoria della pena».

⁷³ G. FIANDACA, *sub art. 27, c. 3 Cost., cit.*, p. 223 ss.

della perenne incertezza o mancanza di dati empirici⁷⁴, rimangono avvolte nell'ombra.

Un quadro sulla prassi punitiva si rende altresì necessario per misurare l'effettività della pena, ossia la sua idoneità a produrre margini di utilità sociale positivi rispetto al male prodotto. Ove questo bilancio fosse negativo, l'ineffettività della pena risulterebbe non solo disfunzionale e, dunque, priva di un orientamento allo scopo, ma solleverebbe anche pesanti dubbi di legittimità costituzionale, «in quanto contraria, sia al canone "*in dubio pro libertate*" sia agli stessi principi di eguaglianza e solidarietà sociale»⁷⁵.

Non mancano, tuttavia, ancora oggi, voci favorevoli ad una definitiva separazione tra diritto penale e valutazioni empiriche⁷⁶, che vorrebbero riportare il dibattito in un universo metafisico, nel quale il dolore della pena avrebbe un unico scopo: il consolidamento cognitivo della validità della norma violata dal reo⁷⁷.

Confinare la realtà estremamente problematica della pena all'interno di un approccio meramente teorico rischia non solo di segnare il ritorno al dominio di quel paradigma retribuzionistico che è da sempre all'origine dell'incomunicabilità tra scienza penalistica ed empiria⁷⁸, ma di rendere le scelte di politica criminale del tutto indifferenti alle complesse vicende storiche che lo hanno caratterizzato⁷⁹.

Oltre a generare effetti disfunzionali in termini di effettività, la frattura tra modello legale e *law enforcement* favorisce, a sua volta, una produzione legislativa che non risulta poi in grado di affrontare le questioni problematiche proprio per la mancanza di dati empirici. Da un'immagine sfuocata della realtà non possono che derivare soluzioni che, inserendosi in un circolo negativo, generano disorientamento e incertezza.

Le scelte di politica criminale degli ultimi anni, specialmente in riferimento alla configurazione del sistema repressivo, sembrano essere state guidate dall'emotività contingente e da un approccio perennemente emergenziale più che da un disegno razionale saldamente ancorato al dato empirico⁸⁰.

⁷⁴ G. FIANDACA, *Scopi della pena*, cit., p. 132 s.

⁷⁵ C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 447.

⁷⁶ G. JAKOBS, *Das Strafrecht zwischen*, cit., p. 845.

⁷⁷ G. JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 29, «*Der Schmerz dient der kognitiven Sicherung der Normgeltung; das ist der Zweck der Strafe, so wie der Widerspruch gegen die Geltungsverneinung durch den Verbrecher ihre Bedeutung ist*».

⁷⁸ Cfr. G. MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco*, cit., p. 341.

⁷⁹ R. BARTOLI, *Contributo alla riforma degli istituti sospensivi della pena (alla luce degli ultimi progetti per un nuovo codice penale)*, in F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Certeza o flessibilità della pena?, verso la riforma della sospensione condizionale*, Torino, 2007, p. 26.

⁸⁰ Cfr. E. DOLCINI, *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 469 ss.; ora in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, p. 165 ss.; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, cit., p. 55 ss.; C. E. PALIERO, *Metodologie*, cit., p. 546 s.; F. PALAZZO, *Analisi empiriche ed indicazioni di riforma*

2. La perenne centralità della pena detentiva.

Il diritto penale non è che uno dei molteplici strumenti di controllo sociale⁸¹. Un rimedio estremo cui fare ricorso in mancanza di forme meno incisive ed altrettanto efficaci⁸².

Più frequentemente analizzato in riferimento alle scelte di incriminazione⁸³, il principio di *extrema ratio*⁸⁴ dovrebbe innanzitutto guidare la configurazione del sistema sanzionatorio⁸⁵.

In tal senso, la pena detentiva, nel costituire la risposta punitiva maggiormente afflittiva e produttiva di effetti desocializzanti⁸⁶, dovrebbe essere riservata alle più gravi forme di aggressione, divenendo in tal modo l'ultima risorsa all'interno di un più o meno ampio catalogo delle risposte punitive⁸⁷.

in materia di sanzioni sostitutive ex officio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 681 ss.; in senso parzialmente diverso T. PADOVANI, *La disintegrazione*, cit., p. 449 il quale ritiene che tutte le volte in cui il legislatore abbia ritenuto di salvaguardare un determinato interesse con lo strumento penale, allora si deve al contempo ritenere che, in linea di principio, sussista l'esigenza di ricorrere alla pena detentiva.

⁸¹ G. KAISER, *Kriminologie*, Heidelberg, 1996, p. 207 ss.; G. FIANDACA, *sub. Art. 27, c. 3, cit.*, p. 264.

⁸² G. MARINUCCI, *Sistema sanzionatorio e riforma delle misure alternative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 174 s.

⁸³ Corte Cost., 6-18.7.1989, n. 409, nel valorizzare il principio di *extrema ratio*, la Corte costituzionale ha affermato che «il principio di proporzionalità [...] nel campo del diritto penale equivale a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni».

⁸⁴ Cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 149 ss.; C. ROXIN, *I compiti futuri*, cit., p. 8, rileva che «la pena deve rappresentare sempre la forma estrema della risposta statale, l'*ultima ratio* della politica sociale».

⁸⁵ L. EUSEBI, *La riforma del sistema*, cit., p. 54 ss.

⁸⁶ H. JUNG, *Sanktionensysteme und Menschenrechte*, Bern, Stuttgart, Wien, 1992, p. 57 s.

⁸⁷ Cfr. G. MARINUCCI, *Politica criminale*, cit., p. 45 ss.; C. E. PALIERO, *Metodologie*, cit., 1992, p. 560 s. il quale, nel declinare «la formula del minimalismo realistico» improntata ad esigenze «economico-funzionali», propone di circoscrivere il ricorso alla pena detentiva «entro i limiti delle sole esigenze irrinunciabili di prevenzione generale»; Cfr. G. FIANDACA, *sub. Art. 27, c. 3, cit.*, p. 342; in senso parzialmente diverso cfr. F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 424 s. afferma, invece, che «Quanto alla prospettiva sanzionatoria, la prospettiva è quella della semplificazione e dello sfoltimento delle attuali alternative alla pena detentiva, con conseguente riaffermazione della centralità del carcere»; nella letteratura straniera cfr. H. VON HOFER, *Crime and Punishment in Scandinavia*, in U. V. BONDESON (a cura di), *Crime and Justice in Scandinavia*, København, 2005, p. 65; F. VON LISZT, *Lehrbuch*, cit., p. 12 che porta agli estremi termini il principio di sussidiarietà, sostenendo che la politica sociale è uno strumento più efficace del diritto penale nella lotta contro la

Se la pena non può che consistere in uno strumento politico criminale costruito su base razionale, pensare che un modello repressivo incentrato sulla privazione della libertà⁸⁸ possa produrre un risultato positivo «è l'essenza della tragedia»⁸⁹ della giustizia penale.

In realtà, se si osservano i dati statistici sulla popolazione detenuta degli ultimi trent'anni, si registra un progressivo e costante aumento. Sebbene in misura molto differenziata da paese a paese, il numero di persone sottoposte a misure privative della libertà per 100.000 abitanti è cresciuto sia negli Stati Uniti che in Europa⁹⁰.

Se negli Stati Uniti, sia pure di fronte a livelli di criminalità registrata piuttosto stabili⁹¹, il numero dei detenuti dal 1975 ad oggi si è addirittura triplicato, raggiungendo il tasso più alto al mondo⁹², la gran parte dei paesi europei, sia pure attestandosi su tassi largamente inferiori, registra un andamento crescente.

In Spagna⁹³, dal 1980 al 2011, la popolazione carceraria è triplicata, raggiungendo il più alto tasso dell'Europa occidentale con 159 detenuti per 100.000 abi-

criminalità; «*Ungleich tiefergreifend und ungleich sicherer als die Strafe und jede verwandte Maßregel wirkt die Sozialpolitik als Mittel zur Bekämpfung des Verbrechens*»; letteralmente «in modo incomparabilmente più efficace e sicuro della pena e di ogni misura simile, la politica sociale opera come strumento per la lotta contro la criminalità»; F. MANTOVANI, *Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale*, in M. ROMANO, F. STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 69 ss. ritiene che questa formula «si rivela insufficiente già sul piano teorico, oltre che pratico. Poiché i fattori criminogeni socio-ambientali non sono in grado di spiegare le risposte differenziate al crimine da parte dei soggetti di un identico ambiente e, quindi, non sono determinanti ma concomitanti nell'origine del fatto criminoso, consegue che le misure sociologiche ambientali non possono costituire una terapia «causale» sufficiente» (p. 73 s.).

⁸⁸ Per una critica della centralità della pena detentiva cfr. T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981, *passim*.

⁸⁹ D. GOLASH, *The Case*, *op. cit.*, p. 2; C. PEDRAZZI, *La privation de la liberté*, *cit.*, p. 499, il quale già osservava: «*Tout le monde a reconnu l'insuffisance tragique de la peine privative de liberté, mai personne ne croit qu'on puisse s'en passer dans un futur prévisible. Tous ont été d'accord qu'il faut en limiter l'usage autant que possible et il faut trouver des substituts*»; cfr. M. DONINI, *Le tecniche di degradazione*, *cit.*, p. 377 s. nota (n. 1) «La storia del diritto penale [...] è una tragedia senza fine per le vittime, ma anche per gli autori»; D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale*, *cit.*, p. 116; E. DOLCINI, *La riforma della parte generale del codice e rifondazione del sistema sanzionatorio penale*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *La riforma del codice penale, la parte generale*, Milano, 2002, p. 197; T. PADOVANI, *L'utopia*, *cit.*, p. 245.

⁹⁰ Cfr. International Center for Prison Studies, www.prisonstudies.org; cfr. Council of Europe, *Annual Penal Statistics, Space I*, 2009, www.coe.int/prison.

⁹¹ T. LAPPI-SEPPÄLÄ, *Vertrauen, Wohlfahrt und politikwissenschaftliche Aspekte - Vergleichende Perspektiven zur Punitivität*, in F. DÜNKEL, T. LAPPI-SEPPÄLÄ, C. MORGENSTERN, D. VAN ZYL SMIT (a cura di), *Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis und Gefangeneneraten im europäischen Vergleich*, vol. 2, Mönchengladbach, 2010, p. 947; U. V. BONDESON, *Global Trends in Corrections*, in U. V. BONDESON (a cura di), *Crime and Justice in Scandinavia*, København, 2005, p. 35.

⁹² *Bureau of Justice Statistics*, 2010.

⁹³ J. CID, E. LARRAURI, *Spanien*, in F. DÜNKEL, T. LAPPI-SEPPÄLÄ, C. MORGENSTERN, D. VAN ZYL SMIT (a cura di), *Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis und Gefangeneneraten im europäischen Vergleich*, vol. 2, Mönchengladbach, 2010, p. 779 ss.

tanti; in Italia⁹⁴ e Inghilterra⁹⁵ è raddoppiata, mentre la Francia⁹⁶, pur seguendo un *trend* discontinuo, si allinea alla tendenziale crescita europea.

Poche sono le eccezioni che possono smentire questa tendenza apparentemente inesorabile. Oltre alla flessione rilevata negli ultimi anni in Germania⁹⁷, solo i paesi scandinavi mantengono, anche a fronte di un aumento dei livelli di criminalità registrata, tassi bassi e tendenzialmente stabili di popolazione carceraria⁹⁸. All'interno di quest'area geografica, la politica criminale finlandese - fatto salvo un temporaneo incremento tra il 1999 e il 2002⁹⁹ - ha garantito una drastica riduzione della popolazione detenuta che, dagli anni Cinquanta ad oggi, è diminuita di circa 2/3¹⁰⁰.

A. Tassi popolazione detenuta

Paesi	Ultimo rilevamento	Detenuti ogni 100.000 abitanti	Percentuale detenuti sottoposti a misure cautelari (%)	Tempo medio di detenzione (mesi)
Finlandia	1.1.2011	59	18,1	6,2
Norvegia	1.5.2011	73	27,2	3,3
Danimarca	1.4.2011	74	34,0	2,5
Svezia	1.10.2010	78	24,4	3,4

⁹⁴ Cfr. L. PICOTTI, A. DI NICOLA, E. MATTEVI, B. VETTORI, *Italien*, in F. DÜNKEL, T. LAPPI-SEPPÄLÄ, C. MORGENSTERN, D. VAN ZYL SMIT (a cura di), *Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis und Gefangenenraten im europäischen Vergleich*, vol. 1, Mönchengladbach, 2010, p. 469 ss.; per un quadro aggiornato sulla situazione delle carceri in Italia v. E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato: un'irrinunciabile utopia?*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 dicembre 2001.

⁹⁵ J. DIGNAN, M. CAVADINO, *England/Wales*, in F. DÜNKEL, T. LAPPI-SEPPÄLÄ, C. MORGENSTERN, D. VAN ZYL SMIT (a cura di), *Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis und Gefangenenraten im europäischen Vergleich*, vol. 1, Mönchengladbach, 2010, p. 235 ss.

⁹⁶ P. DÉCARPES, *Frankreich*, in F. DÜNKEL, T. LAPPI-SEPPÄLÄ, C. MORGENSTERN, D. VAN ZYL SMIT (a cura di), *Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis und Gefangenenraten im europäischen Vergleich*, vol. 1, Mönchengladbach, 2010, p. 367 ss.

⁹⁷ F. DÜNKEL, C. MORGENSTERN, *Deutschland*, in F. DÜNKEL, T. LAPPI-SEPPÄLÄ, C. MORGENSTERN, D. VAN ZYL SMIT (a cura di), *Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis und Gefangenenraten im europäischen Vergleich*, vol. 1, Mönchengladbach, 2010, p. 97 ss.

⁹⁸ cfr. T. LAPPI-SEPPÄLÄ, *Vertrauen*, *cit.*, p. 937 ss.; v. i dati raccolti dal *Kings College London*, in www.prisonstudies.org.

⁹⁹ T. LAPPI-SEPPÄLÄ, *Reducing the Prison Population - Long-term Experiences from Finland*, in U. V. BONDESON (a cura di), *Crime and Justice in Scandinavia*, København, 2005, p. 398 s.

¹⁰⁰ T. LAPPI-SEPPÄLÄ, *Finnland*, in F. DÜNKEL, T. LAPPI-SEPPÄLÄ, C. MORGENSTERN, D. VAN ZYL SMIT (a cura di), *Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis und Gefangenenraten im europäischen Vergleich*, vol. 1, Mönchengladbach, 2010, p. 299 ss.

Germania	1.11.2010	85	15,5	8,0
Francia	1.1.2011	102	23,9	8,2
Italia	30.11.2011	112	41,8	-
Inghilterra	1.6.2011	152	14,4	-
Spagna	1.4.2011	159	18,5	17,2
USA	31.12.2009	743	20,8	-

Fonte: *International Center for Prison Studies, www.prisonstudies.org*

Quali sono le ragioni in grado di spiegare anche solo parzialmente queste differenze? Al di là delle più o meno profonde differenze economiche e sociali, l'ipotesi esplicativa più immediata e comune potrebbe consistere in una semplice ed intuitiva equazione: a tassi crescenti di criminalità registrata, si verifica un aumento della popolazione detenuta¹⁰¹.

In realtà, l'analisi comparata dei dati sembra smentire l'esistenza di un legame causale tra i tassi di criminalità ed il crescente ricorso alla pena detentiva. Come mostrano alcune analisi criminologiche¹⁰², i tassi di criminalità registrata in relazione ai reati di furto (*theft*) e lesioni personali (*assault*) seguono il medesimo andamento sia nei paesi scandinavi, sia nel resto d'Europa (Austria, Francia, Germania, Inghilterra e Olanda).

I dati sulla criminalità registrata nei vari paesi non si prestano, tuttavia, ad un agevole confronto dal quale trarre facili deduzioni¹⁰³. Oltre a dover essere effettuata nel lungo periodo, piuttosto che attraverso la mera comparazione dei dati rilevati in un dato periodo, l'analisi dei livelli di criminalità incontra problemi metodologici non facilmente superabili. I risultati potrebbero, infatti, essere condizionati da innumerevoli fattori. Non solo dalle differenze nelle scelte di incriminazione esistenti tra i vari paesi, ma anche dall'efficienza delle agenzie di controllo, dalle modalità attraverso le quali le notizie di reato vengono registrate, dai

¹⁰¹ Cfr. G. TAMBURINO, *Misure alternative e pene sostitutive*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 52 s.

¹⁰² H. VON HOFER, *Crime and Punishment in Scandinavia*, in U. V. BONDESON (a cura di), *Crime and Justice in Scandinavia*, København, 2005, p. 61.

¹⁰³ M. F. AEBI, M. KILLIAS, C. TAVARES, *Comparing crime rates: the International Crime (Victim) Survey*, *The European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics and Interpol Statistics*, in *International Journal of Comparative Criminology*, 2002, p. 22 ss.; H. VON HOFER, *Notes on crime and punishment in Sweden and Scandinavia*, in *Annual Report for 1999 an resources material series no. 57*, Tokyo, 2001, p. 284.

meccanismi di regolazione dell'esercizio dell'azione penale e, infine, dalla porzione relativamente alta della "cifra oscura" di reati commessi¹⁰⁴.

Per superare gli ostacoli esistenti nella comparazione dei dati sulla criminalità¹⁰⁵ occorre, dunque, una base di dati maggiormente affidabile. Un utile supporto in tal senso viene offerto dalle indagini di vittimizzazione¹⁰⁶.

Nella tabella seguente, che riporta i risultati delle indagini svolte dal 1989 al 2000, sono indicate in percentuale le persone che hanno dichiarato di essere state almeno una volta vittime di reato. I reati sono suddivisi in due categorie a seconda della gravità e sono affiancati dalle percentuali di detenuti per categoria di reato.

B. Indagini vittimizzazione

	Gruppo reati A ¹	Gruppo reati B ²	Tasso detenuti gruppo A	Tasso detenuti gruppo B	Detenuti ogni 100.000 abitanti ³
Scandinavia	20,8	6,8	2,8	8,7	59
Europa Occidentale⁴	21,8	6,9	4,8	15,1	105
USA	21,1	6,3	33,2	111,1	700

¹ raggruppa 11 fattispecie di reato meno gravi

² furto d'auto, furto in appartamento, rapina, lesioni e minacce

³ dati del 2000

⁴ comprende 12 paesi

Come si può facilmente dedurre dai dati raccolti, a tassi costanti di vittimizzazione, il numero di detenuti è molto più elevato nei paesi europei occidentali rispetto a quelli scandinavi.

Se l'andamento della criminalità sembra, dunque, avere una capacità esplicativa decisamente irrilevante, conviene spostare l'attenzione sulle scelte di politica criminale e sulla prassi punitiva per cercare di spiegare le differenze tra i livelli di popolazione carceraria¹⁰⁷.

¹⁰⁴ G. FORTI, *Tra criminologia e diritto penale: «cifre nere», cit.*, p. 53 ss.

¹⁰⁵ H. VON HOFER, *ult. op. cit.*, p. 58.

¹⁰⁶ AA. VV., *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*, WODC, Den Haag, 2010, p. 329; T. LAPPI-SEPPÄLÄ, *Vertrauen, cit.*, p. 942; cfr. R. CORNELLI, *L'andamento dei furti in Italia*, in A. CERETTI, R. CORNELLI (a cura di), *Proprietà e sicurezza, La centralità del furto per la comprensione del sistema penale tardo-moderno*, Torino, 2007, p. 8 rappresenta anche i limiti derivanti dalle indagini di vittimizzazione. Non tutti i reati presuppongono, infatti, la presenza di una vittima e non sempre le vittime si percepiscono tali o riescono ad esprimerlo attraverso un questionario.

¹⁰⁷ F. DÜNKEL, G. GENG, *Fakten zur Überlegung im Strafvollzug und Wege zur Reduzierung von Gefangenenraten*, in *Neue Kriminalpolitik*, 2003, p. 148; R. RUDELLE, *Social disruption, state*

3. La situazione italiana.

Il carattere indipendente del ricorso alla pena detentiva rispetto all'andamento della criminalità sembra essere confermato anche quando si focalizza l'analisi sulla situazione italiana.

Se è vero che, dal 1980 al 2004, il numero assoluto dei delitti denunciati è più che raddoppiato¹⁰⁸ e il tasso di delitti denunciati ogni 100.000 abitanti per i quali l'autorità giudiziaria ha iniziato l'azione penale è aumentato del 50%, nel medesimo arco temporale (questo dato comprende i fatti di reato con autore ignoto), il tasso di persone denunciate per le quali l'autorità giudiziaria ha iniziato l'azione penale, pur seguendo un andamento ondivago, registra un dato iniziale e finale pressoché identico. Nel 1980 erano, infatti, 889,2 persone ogni 100.000 abitanti, nel 1981 985,3, mentre nel 2003 sono state 926,4 e nel 2004 940,4¹⁰⁹.

Da questa complessa base di dati è possibile trarre un'indicazione di carattere generale: se il numero di denunce registra un aumento progressivo, il filtro operato dalla magistratura attraverso l'esercizio dell'azione penale nei confronti delle persone identificate risulta costante nel tempo.

Più recentemente, anche il numero dei delitti denunciati dalle forze di polizia all'autorità giudiziaria è in costante diminuzione. Se nel 2008 è stato registrato un calo del 7,6 % rispetto al 2007, nel 2009 vi è stata un'ulteriore flessione del 3%¹¹⁰.

Le indagini di vittimizzazione svolte dal 1984 al 2004 sembrano confermare l'esistenza di tassi di criminalità relativamente stabili. Se si osservano i risultati delle indagini svolte nell'arco temporale tra il 1995 e il 2004, i dati relativi alla situazione italiana sono in linea - in taluni casi, come quello delle lesioni personali

priorities, and minority threat. A cross-national study of imprisonment, in *Punishment & Society*, 2005, p. 7 ss.; J. SUTTON, *The political Economy of Imprisonment in Affluent Western Democracies 1960-1990*, in *American Sociological Review*, 2004, p. 170 ss.; H. VON HOFER, *Prison populations as Political Constructs: The Case of Finland, Holland and Sweden*, in *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 2003, p. 21 ss.; D. F. GREENBERG, *Punishment, Division of Labor, and Social Solidarity*, in W. S. LAUFER, F. ADLER (a cura di), *The Criminology of Criminal Law. Advances in Criminological Theory*, vol. 8, Piscataway, 1999, p. 283 ss.

¹⁰⁸ erano 1.139.201 nel 1980 e sono 2.417.716 nel 2004; ISTAT, *Delitti in totale, Anno 2004*, <http://giustiziaincifre.istat.it>; ISTAT, *Statistiche giudiziarie penali, Anno 2004*, www.istat.it; G. TAMBURINO, *Misure alternative*, cit., p. 67 s.; i dati del 2004 non sono in realtà direttamente confrontabili con quelli degli anni precedenti in ragione delle modificazioni intervenute sul sistema di rilevazione ISTAT, *Statistiche giudiziarie penali, Anno 2004, Annuario n. 13*, 2006, p. 27, anche in giustiziaincifre.istat.it.

¹⁰⁹ L. PICOTTI, A. DI NICOLA, E. MATTEVI, B. VETTORI, *Italien*, cit., p. 484 s.

¹¹⁰ ISTAT, *Delitti denunciati dalla Forze di Polizia all'Autorità Giudiziaria, 2008-2009*.

dolose e delle minacce (*assault and threat*), sono addirittura inferiori - rispetto a quelli dei paesi che fanno un ricorso molto più limitato alla pena detentiva (*i.e.* Finlandia, Norvegia, Svezia, Germania). Sembrano esserci solo due eccezioni, nelle quali l'Italia mostra una percentuale di vittimizzazione molto più elevata: furto in abitazione (*burglary*) e furto d'auto (*car theft*). Eccezioni che, tuttavia, non sembrano poter spiegare la diversa propensione alla pena detentiva.

Nella tabella che segue vengono indicate le percentuali di persone intervistate che hanno dichiarato di essere state vittime di reato negli ultimi cinque anni e, più in particolare, negli ultimi dodici mesi¹¹¹.

C. Indagini vittimizzazione 1984 - 2004

	Assault and threat		Robbery		Sexual assault		Theft of personal property		Pickpocketing	
	84-97	95-04	84-97	95-04	84-97	95-04	84-97	95-04	84-97	95-04
Italia	3,4	4,1	4,8	2,6	6,4	2,9	9,8	10,7	6,2	5,7
Finlandia	10,6	11,0	2,4	2,3	7,3	7,0	10,1	9,6	4,7	3,8
Norvegia	8,2	10,5	1,5	2,4	4,6	9,3	8,3	18,4	2,2	6,3
Svezia	10,5	12,0	1,6	2,5	5,2	9,2	14,1	13,0	3,2	3,7
Germania	9,3	12,1	3,0	1,8	7,9	11,0	13,3	14,7	3,0	6,7
Francia	9,3	10,5	3,5	3,3	3,9	2,9	13,1	11,0	6,4	5,1
Inghilterra	9,0	14,0	2,5	4,8	4,5	5,4	10,5	13,7	3,9	5,4
Spagna	7,7	9,7	9,2	5,9	7,0	1,8	13,5	12,4	7,3	8,7

	Burglary		Car theft		Theft from car	
	84-97	95-04	84-97	95-04	84-97	95-04
Italia	8,6	10,5	6,7	6,3	21,8	10,2
Finlandia	1,8	3,1	1,8	3,1	8,9	9,8
Norvegia	3,1	4,9	2,7	3,6	9,0	12,4

¹¹¹ AA. VV., *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*, WODC, Den Haag, 2010, p. 329, 332.

Svezia	4,7	4,7	5,5	4,8	15,8	16,7
Germania	4,7	3,5	1,9	2,0	14,8	10,1
Francia	10,1	7,3	8,1	5,3	22,4	16,7
Inghilterra	10,2	10,0	8,4	7,7	17,8	19,4
Spagna	5,7	5,2	5,2	6,1	24,0	18,1

Fonte: *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics 2010*, www.wodc.nl

A fronte di un andamento piuttosto stabile della criminalità in Italia, si assiste non solo ad un costante aumento in termini assoluti del numero di condanne a pena detentiva, che dal 1980 al 2004 è più che raddoppiato, passando da 66.111 a 156.718, ma si rileva altresì un generalizzato inasprimento. Ad eccezione delle condanne inferiori ai tre mesi, che si sono drasticamente ridotte, le pene inflitte sopra i tre anni, che si situano peraltro in un'area estranea a qualsiasi "forma sanzionatoria alternativa alla detenzione" (*i.e.* sospensione condizionale, sanzioni sostitutive, misure alternative), sono passate dal 3,8 % nel 1980 al 6,2 % nel 2004 rispetto al totale¹¹².

In questo quadro la popolazione penitenziaria è continuata ad aumentare, dapprima con un incremento del 72,5 % tra il 1980 e il 2004¹¹³, fino a raggiungere gli attuali 112 detenuti ogni 100.000 abitanti (circa il doppio rispetto al 1980): un numero di persone detenute che equivale al 150 % del numero di posti disponibili¹¹⁴.

3.1. La prassi punitiva in una prospettiva comparata. Al di là dell'analisi delle ragioni contingenti che potrebbero almeno parzialmente spiegare una così vasta espansione della popolazione detenuta in Italia¹¹⁵, se si confrontano questi dati¹¹⁶ con la prassi punitiva di altri paesi europei¹¹⁷, si possono trarre preziose indicazioni. Un primo dato viene offerto dal tasso di incidenza della pena detentiva rispetto al numero di condanne.

¹¹² ISTAT, *Annuario statistiche giudiziarie penali*, Roma, 1980-2004

¹¹³ cfr. L. PICOTTI, A. DI NICOLA, E. MATTEVI, B. VETTORI, *Italien*, cit., p. 484 s.

¹¹⁴ International Center for Prison Studies, www.prisonstudies.org

¹¹⁵ L. PICOTTI, A. DI NICOLA, E. MATTEVI, B. VETTORI, *Italien*, cit., p. 519 ss.

¹¹⁶ ISTAT, *Condannati per delitto secondo la pena inflitta, Anno 2004*, <http://giustiziaincifre.istat.it>; ID., *Statistiche giudiziarie penali, Anno 2004*, www.istat.it

¹¹⁷ AA. VV., *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*, WODC, Den Haag, 2010, p. 216

D. Condannati in base al tipo di pena inflitta (%)

Paesi	Data rilevamento	Pena pecuniaria	Pena detentiva ¹
Finlandia	2006	87,5	12,1
Danimarca	2006	87,2	11,6
Svezia²	2006	54,4	20,6
Germania	2006	79,8	19,1
Italia	2004	47,0	53,0

¹ Il dato comprende tutti i condannati a pena detentiva (c.d. *custodial sancion and measures*) anche se sospesa (*suspended custodial sanctions and measures*)

² In Svezia il 15,2% dei procedimenti si conclude con una sentenza di ammonimento (verdict/admonition only)

Se, accanto a questi dati, si analizzano i più recenti dati forniti dal Ministero della Giustizia¹¹⁸, i detenuti condannati definitivamente ad una pena detentiva superiore a tre anni rappresentano il 71,5 % del totale.

E. Detenuti presenti condannati per pena inflitta - 30 giugno 2011

fino a un anno	da 1 a 2 anni	da 2 a 3 anni	da 3 a 5 anni	da 5 a 10 anni	da 10 a 20 anni	oltre 20 anni	ergastolo	totale
2.540	3.723	4.403	8.983	9.917	4.456	1.832	1.522	37.376

In confronto all'Italia, i dati sulla popolazione penitenziaria in Germania¹¹⁹ (vedi grafico "F")¹²⁰ sono completamente diversi sia sul piano quantitativo che qualitativo.

Oltre ad un vasto impiego della pena pecuniaria e ad un tasso di detenuti che negli ultimi anni ha registrato una costante diminuzione, si può facilmente osservare che i detenuti condannati ad una pena detentiva fino a due anni rappresentano il 62,8%, mentre in Italia sono il 16,7%¹²¹.

¹¹⁸ Ministero della Giustizia, *Detenuti condannati per pena inflitta - 31 dicembre 2010*, www.giustizia.it

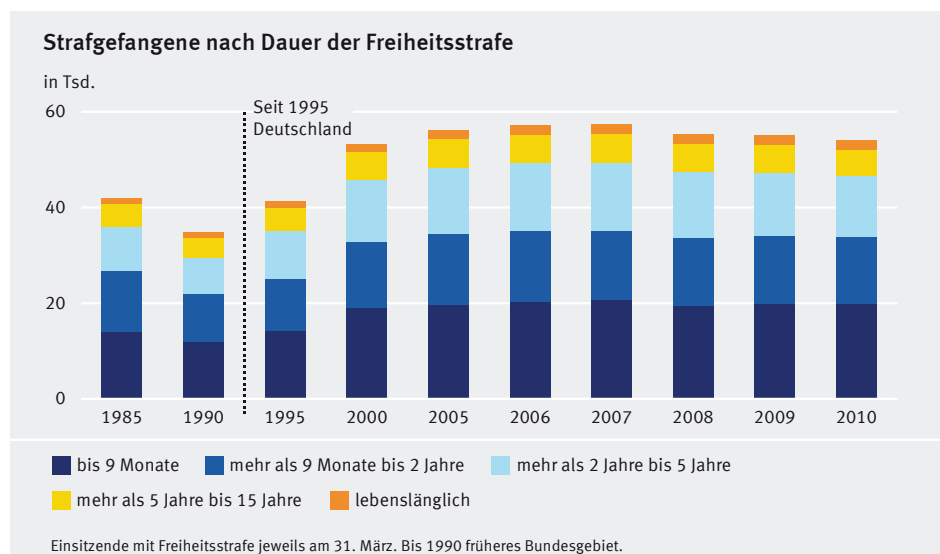
¹¹⁹ W. HEINZ, *Was ist strafe? Eine empirische Annäherung*, in H. MÜLLER-DIETZ, E. MÜLLER, K.-L. KUNZ, H. RADTKE, G. BRITZ, C. MOMSEN, H. KORIATH (a cura di), *Festschrift für Heike Jung*, Baden-Baden, 2007, p. 273 ss.; ID., *Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882 - 2004*, www.uni-konstanz.de/rtf/kis/sanks04.htm.

¹²⁰ Statistisches Bundesamt Deutschland, *Rechtspflege, Strafvollzug, Demographische und Kriminologische Merkmale der Strafgefangene zum Stichtag 31.3.2010*, Wiesbaden, 2010, p. 16 s.

¹²¹ Statistisches Bundesamt Deutschland, *Justiz auf einen Blick*, Wiesbaden, 2011, p. 32.

Il radicale mutamento della prassi sanzionatoria tedesca può essere apprezzato se si analizzano i dati nel lungo periodo. Se nel 1883, anno in cui viene pubblicato il Programma di Marburgo¹²², la gran parte delle condanne (76,8%) era rappresentato da pene detentive effettivamente eseguite (le pene pecuniarie erano solo il 22%), nel 2004 queste ultime non sono neppure un decimo (8,4 %) ¹²³.

F. Detenuti in base alla durata della pena detentiva inflitta - 31 marzo 2010¹²⁴



Da questa sommaria analisi è possibile trarre un primo bilancio. Se l'elevato tasso di popolazione detenuta non sembra dipendere dai livelli di criminalità¹²⁵, emerge abbastanza chiaramente una propensione politico criminale italiana a fare più frequentemente ricorso alla pena detentiva, ma anche in misura più elevata rispetto ad altri paesi europei: in Svizzera, ad esempio, il 90% delle condanne a pe-

¹²² F. VON. LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1883, p. 1 ss. (trad. it. a cura di A. A. CALVI), *La teoria dello scopo*, cit.

¹²³ W. HEINZ, *Was ist strafe?*, cit., p. 281, si tratta di condanne a pena detentiva non condizionate «unbedingt verhängte freiheitsentziehende Sanktionen»; *Statistik des Deutschen Reichs*, Vol. 384; *Kriminalistik*, 1928, p. 65 ss., nel 1907 la pena pecuniaria sale al 47,5%, uguagliando così il numero delle condanne a pena detentiva (47,8%). Pochi anni più tardi, nel 1913, il ricorso alla pena pecuniaria arriva a superare il 50% delle condanne pronunciate. E già nel 1928 la pena pecuniaria diviene il baricentro del sistema penale tedesco (69%).

¹²⁴ Il grafico indica in blu scuro le pene detentive fino a 9 mesi, in blu quelle da 9 mesi a 2 anni, in azzurro da 2 a 5, in giallo da 5 a 15 anni ed in arancione l'ergastolo.

¹²⁵ Alla medesima conclusione è pervenuta la Conferenza europea dei direttori degli istituti penitenziari (Edimburgo, 9-11 settembre 2009): «les taux de détention varient généralement beaucoup plus en fonction des décisions politiques que de niveaux de criminalité».

na detentiva pronunciate tra il 1994 e il 2003 sono state di durata inferiore a sei mesi¹²⁶.

Non solo. In Italia il 53% delle condanne sono a pena detentiva – una cifra di gran lunga superiore a quella di altri paesi europei – e la durata delle pene effettivamente eseguite si colloca in una fascia medio-alta. Una fascia particolarmente rappresentativa nel panorama penitenziario italiano, dal momento che il 24% dei detenuti è stato condannato ad una pena tra i tre e i cinque anni, mentre il 26,5% ad una pena tra i cinque e i dieci anni. Un detenuto su due sconta dunque una pena tra i tre e i dieci anni.

3.2. L'impatto delle alternative alla pena detentiva. La consapevolezza degli effetti negativi connessi alla privazione della libertà e la conseguente esigenza di ridurre la popolazione penitenziaria appartengono, da lungo tempo, agli obiettivi di politica criminale delle istituzioni comunitarie¹²⁷ e nazionali.

A prescindere dall'analisi dettagliata delle indicazioni provenienti dalle fonti sovranazionali, che esercitano sempre di più una funzione di stimolo sulla legislazione nazionale [v. cap. I, p. 70 (nota n. 316)], basterà mettere qui in evidenza l'effettivo impatto che le soluzioni sanzionatorie alternative attualmente esistenti hanno sul sistema della giustizia penale italiana.

In base ai dati elaborati dal Consiglio d'Europa sulle sanzioni e sulle misure alternative alla pena detentiva¹²⁸, che sono stati messi a confronto, per quanto riguarda l'Italia, con quelli pubblicati nello stesso anno dal Ministero della Giusti-

¹²⁶ K.-L. KUNZ, *Zwei Schritte vor und (mindestens) einen zurück*, in H. MÜLLER-DIETZ, E. MÜLLER, K.-L. KUNZ, H. RADTKE, G. BRITZ, C. MOMSEN, H. KORIATH (a cura di), *Festschrift für Heike Jung*, Baden-Baden, 2007, p. 470.

¹²⁷ Rispetto a quelli già citati (nota n. 357) si segnalano le successive raccomandazioni del Consiglio d'Europa *Recommendation Rec(2003)22 on conditional release (parole)*; *Recommendation Rec(2003)23 on the management by prison administrations of life sentence and other long-term prisoners*; *Recommendation Rec(2006)2 on the European Prison Rules*; *Recommendation Rec(2006)8 on assistance to crime victims*; and *Recommendation Rec(2006)13 on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse*.

¹²⁸ Consiglio d'Europa, *Council of Europe Annual Penal Statistics, SPACE II, Non-Custodial Sanctions and Measures Served in 2009, Survey 2009*, Strasbourg, 2011, www.coe.int/prison; la Raccomandazione (92) 16 del Consiglio d'Europa definisce le c.d. «community sanctions and measures» come «sanzioni e misure che mantengono i condannati all'interno della comunità e comportano alcune restrizioni alla loro libertà attraverso l'imposizione di condizioni e/o doveri. Il termine designa ogni sanzione imposta da un'autorità giudiziaria o amministrativa e ogni misura presa prima o al posto di una decisione su una sanzione, così come modalità di esecuzione di una condanna a pena detentiva al di fuori di un istituto penitenziario».

zia¹²⁹, è possibile tracciare un quadro comparato della propensione a fare ricorso ad alternative.

G. Persone sottoposte a sanzioni o misure alternative alla pena detentiva (2009)

Paesi	<i>Fully suspended prison sentence pronounced together with probation</i>	<i>Community Service (lavoro di pubblica utilità)</i>	Persone sottoposte a sanzioni o misure alternative ogni 100.000 abitanti
Finlandia	-	1.169	21,9
Danimarca	1.304	2.077	61,3
Svezia	-	2.383	25,7
Norvegia	510	1.426	40,3
Italia	5.906 ¹	-	9,8

¹ Per quanto riguarda l'Italia questo dato corrisponde al numero di persone libere sottoposte direttamente a misure alternative alla detenzione (*i.e.* affidamento in prova; semilibertà; detenzione domiciliare) (cfr. dati Ministero della Giustizia); nel 2011 si registra una crescita sensibile (13,4 persone ogni 100.000 abitanti) cfr. Misure alternative alla detenzione – Dati complessivi – Anno 2011 – www.giustizia.it

Pur avendo deciso di operare un raffronto tra i dati italiani relativi all'impiego delle sole misure alternative alla pena detentiva applicate a persone direttamente provenienti dalla libertà (mancano i dati sul ricorso alla sospensione condizionale) e quelli concernenti l'utilizzo del lavoro di pubblica utilità (*community service*) e delle altre forme sanzionatorie alternative paragonabili dei paesi scandinavi¹³⁰, pare in ogni caso emergere un segnale significativo. Anche se i dati del Consiglio d'Europa non sono facilmente confrontabili, il risultato non cambia neppure se si estende l'analisi comparata ad altri paesi europei¹³¹. La scarsa propensione mostrata dall'ordinamento penale italiano sia verso la pena pecuniaria sia verso soluzioni alternative alla pena detentiva rappresentano due fattori importanti per spiegare la crescita esponenziale dei tassi di popolazione penitenziaria.

¹²⁹ Ministero della Giustizia, *Misure alternative alla detenzione - Dati complessivi - Anno 2009*, www.giustizia.it.

¹³⁰ Rimangono escluse altre forme sanzionatorie alternative che, secondo la classificazione operata dal Consiglio d'Europa, sono statisticamente rilevanti nei paesi scandinavi - ad es. *eletronic monitoring*, *home arrest* e *semi-liberty* - in ragione delle incertezze sul fatto che fossero sovrapponibili con i dati italiani.

¹³¹ In Spagna ci sono 165.942 persone che stanno svolgendo un lavoro di pubblica utilità; in Francia ci sono state 27.501 ed in Olanda 21.149 applicazioni del lavoro di pubblica utilità.

3.3. Tipologia di reato e pena detentiva: la centralità dei delitti contro il patrimonio. Per completare il quadro sulla situazione italiana, pare opportuno esaminare i dati sulla composizione della popolazione detenuta. Nella tabella seguente è indicato il numero di detenuti presenti suddivisi per tipologia di reato.

H. Detenuti presenti al 31 dicembre per tipologia di reato - 2008 - 2011¹³²

Tipologia di reato	2008	2009	2010	2011
Contro il patrimonio	27.345	30.094	32.225	33.647
Stupefacenti	23.505	26.931	28.199	27.459
Contro la persona	19.551	21.854	23.109	23.693
Armi	8.652	9.360	9.938	10.069
Contro la pubblica amministrazione	6.151	7.230	7.692	8.072

Tipologia di reato	2008	2009	2010	2011
Associazione mafiosa	5.257	5.586	6.183	6.467
Contro l'amministrazione giustizia	4.569	5.367	6.043	6.383
Fede pubblica	3.112	3.721	4.273	4.369
Ordine pubblico	2.754	2.975	3.175	3.183
Legge Stranieri	2.357	3.066	4.244	2.442

Come emerge dalla tabella, i condannati per reati contro il patrimonio rappresentano, in maniera piuttosto stabile nel corso degli ultimi anni, il gruppo statisticamente più rilevante della popolazione penitenziaria (30%).

Se questo quadro trova, da un lato, riscontro nei dati sulla criminalità – nel 2004 i delitti contro il patrimonio per i quali l'autorità giudiziaria ha iniziato l'azione penale erano, infatti, il 73% del totale¹³³ –, dall'altro lato si registra una netta propensione a ricorrere alla pena detentiva proprio in relazione a quest'ultima categoria di reati. Nel 2004 le condanne per delitti contro il patrimonio rappresenta-

¹³² Ministero della Giustizia, *Detenuti presenti al 31 dicembre per tipologia di reato – Anni 2008-2011*, www.giustizia.it, precisa che «la numerosità indicata per ogni categoria di reato corrisponde esattamente al numero di soggetti coinvolti. Nel caso in cui ad un soggetto siano ascritti reati appartenenti a categorie diverse egli viene conteggiato all'interno di ognuna di esse. Ne consegue che ogni categoria deve essere considerata a sé stante e non risulta corretto sommare le frequenze».

¹³³ R. CORNELLI, *L'andamento*, *op. cit.*, p. 9 s. evidenzia che il 69% è formato dai soli furti, i quali a loro volta coprono il 51% del totale dei delitti.

vano il 24,5% delle condanne totali. Nell'85% dei casi si tratta di condanne a pena detentiva¹³⁴.

4. L'efficacia delle scelte sanzionatorie.

Se il vasto campo delle analisi empiriche rimane in Italia quasi del tutto inesplorato¹³⁵, in altri paesi europei esistono invece numerose ricerche effettuate al fine di verificare gli effetti special-preventivi generati dal sistema sanzionatorio.

Una delle più risalenti ed al contempo interessanti ricerche¹³⁶ ha messo a confronto i tassi di recidiva dei condannati a pena detentiva (eseguita o sospesa) con quelli dei condannati a pena pecuniaria, al fine di verificare un'eventuale correlazione tra scelte sanzionatorie ed efficacia special-preventiva della pena¹³⁷. Come emerge dalla ricerca, fattori quali l'età¹³⁸, la condizione familiare¹³⁹, la situazione lavorativa¹⁴⁰ ed il numero di condanne già subite hanno un'influenza fondamentale sui tassi di recidiva¹⁴¹. Se tra questa molteplicità di fattori è difficile stabilire fino a che punto le scelte sanzionatorie siano effettivamente in grado di favorire una prognosi di recidiva, ciò non di meno i dati raccolti sembrano offrire spunti inte-

¹³⁴ R. CORNELLI, *ult. op. cit.*, p. 21 s. rileva che il 15% del totale delle sentenze di condanna sono state per furto. In quasi il 75% dei casi si tratta di condanne a pena detentiva. L'impatto che il furto ha sull'alto tasso di popolazione detenuta risulta, tuttavia, più modesto: nel 2004 sono il (pur non irrilevante) 6% dei detenuti presenti; a tal riguardo v. T. LAPPI-SEPPÄLÄ, *Reducing the Prison Population – Long-term Experiences from Finland*, in U. V. BONDESON (a cura di), *Crime and Justice in Scandinavia*, København, 2005, p. 386 che mette in evidenza il fatto che in Finlandia, nel 1971, il 38% delle condanne per furto erano a pena detentiva. Solo vent'anni più tardi, nel 1991, queste erano drasticamente diminuite (11%). In relazione alla durata delle pene inflitte in concreto, il cambiamento è ancora più dirimpente. Se nel 1950 la durata media delle pene detentive per furto era di un anno, nel 1972 era di circa sette mesi ed, infine, nel 1991 solo di due mesi e mezzo.

¹³⁵ Cfr. A. ALESSANDRI (a cura di), *Un'indagine empirica presso il Tribunale di Milano: le false comunicazioni sociali*, Milano, 2011, p. 407 ss.

¹³⁶ H. J. ALBRECHT, *Legalbewährung bei zu Geldstrafe und Freiheitsstrafe Verurteilten*, Freiburg, 1982.

¹³⁷ H. J. ALBRECHT, *ult. op. cit.*, p. 68 a tal fine vengono raccolti ed esaminati i dati relativi ad un campione composto da 1756 persone scelte casualmente tra quelle che nel 1972 hanno commesso un reato appartenente a tre differenti tipologie: circolazione stradale (omicidio colposo, lesioni colpose, fuga dal luogo dell'incidente, messa in pericolo della circolazione stradale, guida in stato d'ebbrezza), delitti contro il patrimonio (truffa e furto) e lesioni personali dolose. L'obiettivo dello studio empirico è quello di misurare l'incidenza della recidiva nei cinque anni successivi alla data della condanna.

¹³⁸ H. J. ALBRECHT, *ult. op. cit.*, p.112 s.

¹³⁹ H. J. ALBRECHT, *ult. op. cit.*, p.118, 232.

¹⁴⁰ H. J. ALBRECHT, *ult. op. cit.*, p. 234.

¹⁴¹ H. J. ALBRECHT, *ult. op. cit.*, p. 92.

ressanti. Mentre solo il 26% dei condannati a pena pecuniaria ha commesso ulteriori reati, è recidivo il 75% di coloro che hanno scontato una pena detentiva. Nel mezzo si collocano i condannati a pena detentiva sospesa: i recidivi rappresentano il 55%¹⁴².

Come confermano i più recenti dati elaborati dal Ministero della Giustizia tedesco, tanto più è mite la reazione punitiva, tanto più basso risulta il tasso di recidiva¹⁴³. Nel triennio 2004-2007 il tasso di recidiva è fermo al 27% per quanto riguarda la pena pecuniaria, mentre è quasi doppio per le pene detentive (48%)¹⁴⁴.

Alle stesse conclusioni conducono i dati raccolti in Austria¹⁴⁵ e in Svizzera¹⁴⁶. Che alla privazione della libertà sia associata una scarsa efficacia special-preventiva è confermato in modo piuttosto omogeneo tanto dalle successive ricerche che hanno analizzato gli effetti della sola pena detentiva¹⁴⁷, quanto da quelle che hanno esaminato i risultati del trattamento penitenziario¹⁴⁸.

Le notevoli differenze esistenti tra i livelli di recidiva a seconda delle forme di risposta punitiva sono state analizzate anche sul versante della alternative alla pena detentiva. Secondo una ricerca svedese¹⁴⁹, i tassi di recidiva nei due anni successivi alla condanna sono del 12% nel caso di *conditional sentence*, del 30% per i condannati sottoposti a *probation* ed, infine, del 61% per la *probation with institutional treatment*.

Nel valutare l'effettività di tali sanzioni, l'indagine tiene in considerazione il *background* socio-culturale di ogni individuo e la sua carriera criminale. A tal fi-

¹⁴² H. J. ALBRECHT, *ult. op. cit.*, p. 172.

¹⁴³ Cfr. J.-M. JEHL, H.-J. ALBRECHT, S. HOHMANN-FRICKE, C. TETAL, (in collaborazione con il *Bundesamt für Justiz*), *Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine Bundesweite Rückfalluntersuchung 2004 bis 2007*, Berlin, 2010, p. 6.

¹⁴⁴ Cfr. J.-M. JEHL, H.-J. ALBRECHT, S. HOHMANN-FRICKE, C. TETAL, (in collaborazione con il *Bundesamt für Justiz*), *cit.*, p. 55, 62, si noti peraltro che i più alti tassi di recidiva si riscontrano per le pene tra 6 mesi e 2 anni (57%).

¹⁴⁵ A. PILGRAM, *Die erste österreichische Rückfallstatistik – ein Mittel zur Evaluation regionaler Strafenpolitik*, in *Österreichische Juristenzeitung*, 1991, p. 577 ss. il tasso di recidiva per la pena detentiva è il 73% contro il 32% della pena pecuniaria.

¹⁴⁶ G. HÜSLER, J. LOCHER, *Kurze Freiheitsstrafen und Alternativen. Analyse der Sanktionspraxis und Rückfall-Vergleichsuntersuchung*, Bern, Stuttgart, 1991, mettono in evidenza un tasso di recidiva per la pena pecuniaria vicino al 20% e ritengono che le sanzioni, a partire da un certo grado di intensità generano effetti controproduttivi.

¹⁴⁷ K.-H. BAUMANN, W. MAETZE, H.-G. MEY, *Zur Rückfälligkeit nach Strafvollzug. Legalbewährung von männlichen Strafgefangenen nach Durchlaufen des Einweisungsverfahrens gemäß § 152 Abs. 2 Strafvollzugsgesetz in Nordrhein-Westfalen*, in *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1983, p. 133 ss. rilevano un tasso di recidiva del 66% per i condannati a pena detentiva; F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, *cit.*, p. 146.

¹⁴⁸ R. ORTMANN, *Zur Sozialtherapie im Strafvollzug, eine experimentelle Langschnittstudie zu den Wirkungen von Strafvollzugsmaßnahmen auf Legal- und Sozialbewährung*, Freiburg, 2002, p. 489 emerge un tasso di recidiva del 67,9 per i detenuti che non hanno partecipato al programma trattamento e del 60,4% di coloro che hanno partecipato.

¹⁴⁹ U. V. BONDESON, *Alternatives to imprisonment*, *cit.*, p. 93 ss.

ne, la ricerca si basa su un modello in grado di fornire delle valutazioni predittive. La prognosi è basata su circa quaranta criteri, in base ai quali viene elaborato un punteggio sul rischio di recidiva di ciascuno reo. Partendo da individui che hanno un punteggio simile, può essere dato un giudizio sull'effettività delle varie risposte punitive. Le sostanziali differenze percentuali sui tassi di recidiva sopra riportate rimangono sostanzialmente invariate anche per gruppi omogenei di individui.

Ancora più interessanti sono i dati sulla recidiva raccolti in Danimarca¹⁵⁰, che mettono a confronto gli effetti special-preventivi di tutte le differenti opzioni sanzionatorie.

I. Persone condannate per tipologia di pena di pena (Danimarca).

	Pena de- tentiva	Braccialetto elettronico	Pena sospesa	Pena sospe- sa e tratta- mento te- rapeutico	Lavoro di pub- blica utilità	Trattamento terapeutico	Totale
2007	7.700	1.000	1.500	700	3.200	700	14.800

L. Tasso di recidiva nei due anni successivi alla condanna (Danimarca).

	Pena de- tentiva	Braccialetto elettronico	Pena sospesa	Pena sospe- sa e tratta- mento te- rapeutico	Lavoro di pub- blica utilità	Trattamento terapeutico	Totale
2006	31,4	22,5	25,4	18,1	18,7	7,4	25,9
2007	32,2	18	25,8	17,5	17,6	7,4	25,5
2008	33,7	20,2	26,2	16,3	17,9	8,9	25,8

Come si può facilmente dedurre dalla tabella, dinanzi ad un tasso generalmente basso di recidiva (25-26%), i migliori risultati vengono ottenuti attraverso opzioni sanzionatorie che non comportano la totale privazione della libertà. Considerato il numero piuttosto elevato di persone condannate a svolgere un'attività a favore della collettività, questa tipologia sanzionatoria sembra promettere risultati molto soddisfacenti: il tasso di recidiva si attesta tra il 17 e il 19%.

¹⁵⁰ I dati sono stati presentati nella relazione di T. ELHOLM, *The sanction system*, Università degli studi di Milano Bicocca, 30.1.2012.

Per quanto riguarda la situazione italiana, una ricerca effettuata per determinare l'efficacia special-preventiva delle misure alternative alla detenzione ha messo in luce che, a fronte di un tasso di recidiva del 68,45% per i detenuti, solo il 19% delle persone nei confronti delle quali è stata applicata una misura alternativa hanno commesso un altro reato¹⁵¹.

5. Una conclusione intermedia.

Per approdare ad un rinnovato approccio politico criminale, che sia in grado di "problematizzare" gli strumenti repressivi esistenti, pare opportuno mettere in secondo piano l'obiettivo di ridurre i livelli di criminalità¹⁵².

Non sono i livelli di criminalità, ma gli effetti prodotti dal sistema sanzionatorio a dover riconfigurare la bussola delle scelte politico-criminali. Il criterio di orientamento fondamentale diviene, dunque, la riduzione al minimo delle sofferenze umane derivanti non solo dalla commissione di un reato, ma anche dall'intervento punitivo degli organi di controllo¹⁵³. Accanto a questo principio guida assume importanza primaria l'equa distribuzione dei costi sociali tra tutti i soggetti coinvolti nel fenomeno criminale: reo, vittima e società.

Gli indici di criminalità sembrano dipendere dai profondi cambiamenti vissuti dallo stato sociale nelle ultime decadi: «rinchiudere le persone oppure dar loro dei soldi possono essere considerate forme alternative di gestione degli strati sociali emarginati e poveri»¹⁵⁴. Come già veniva suggerito all'inizio degli anni Ottanta: «*The rich get richer and the poor get prison*»¹⁵⁵. Ed allora è il progressivo sman-

¹⁵¹ F. LEONARDI, *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale e abbattimento della recidiva*, in *Rass. pen. crim. e crim.*, 2007, p. 7 ss.; negli stessi termini v. *Commissione Pisapia - per la riforma del codice penale (27 luglio 2006) - Relazione*, in www.giustizia.it, nella quale viene messo in evidenza che il tasso di recidiva delle pene non detentive risulta di gran lunga inferiore (circa il 15% rispetto ad oltre il 70% per chi sconta la pena in carcere).

¹⁵² T. LAPPI-SEPPÄLÄ, *ult. op. cit.*, p. 319 s.; P. TÖRNUDD, *Setting Realistic Policy Goals*, *cit.*; U. V. BONDESON, *Alternatives to imprisonment, Intentions and Reality*, New Brunswick, 2002, p. 93 ss.; BÖRJESON, *Om påföljders verkningar*, Uppsala, 1966 citato in U. V. BONDESON, *Global*, *cit.*, p. 33.

¹⁵³ Cfr. F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la protezione delle vittime*, Milano, 2003, *passim*.

¹⁵⁴ D. F. GREENBERG, *Novos ordo saecolorum?*, in D. GARLAND (a cura di), *Mass Imprisonment. Social Causes and Consequences*, London, 2001, p. 70.

¹⁵⁵ J. H. REIMAN, *The rich get richer and the poor get prison: Ideology, class and criminal justice*, New York, 1984, *passim*.

tellamento del *welfare state*¹⁵⁶ a poter spiegare, quanto meno parzialmente, il passaggio dall'obiettivo politico di ridurre il disagio sociale ad una politica criminale volta a mascherare ed isolare quello stesso disagio sociale. Come è stato autorevolmente messo in rilievo, è attraverso la giustizia penale che «affiorano e si evidenziano in forma spesso drammatica momenti patologici della vita sociale che dovrebbero trovare adeguata soluzione attraverso altri canali»¹⁵⁷.

Se si mettono a confronto il livello delle prestazioni sociali offerte dai vari Stati, l'indice di povertà e i dati sulla popolazione detenuta, si possono osservare implicazioni significative. A livelli crescenti di interventi pubblici nel sostegno del benessere individuale è legato un tasso inferiore di detenuti. Allo stesso modo, ad un indice di povertà alto corrisponde un massiccio impiego della pena detentiva.

Ciò appare particolarmente evidente nel contesto europeo, nel quale si nota che il gruppo dei paesi scandinavi, dove l'esigua popolazione penitenziaria fa da contraltare al vasto intervento di sostegno sociale dello Stato, si distingue da quello dei paesi come Italia e Spagna, dove al basso livello di prestazioni sociali corrisponde un più elevato tasso di persone detenute¹⁵⁸.

Tenere in considerazione non solo gli effetti dannosi causati dal reo alla vittima, ma anche la sofferenza generata dalle agenzie di controllo, significa mettere in discussione l'intero sistema sanzionatorio¹⁵⁹ e la logica che lo sostiene. In tal senso, non possono essere esclusivamente la presenza di un forte Stato sociale, la fiducia dei cittadini nei confronti delle istituzioni¹⁶⁰ ed un sistema politico che utilizza strumenti decisionali fondati sul consenso a fare da sfondo ad un diverso approccio politico-criminale.

¹⁵⁶ Cfr. F. BRICOLA, *Crisi del Welfare State e sistema punitivo*, in *Pol. dir.*, 1982, p. 65 ss.; ora anche in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I/II, 1997, p. 1427 ss.

¹⁵⁷ F. BRICOLA, *Diritto premiale e sistema penale*, cit., p. 1459.

¹⁵⁸ T. LAPPI-SEPPÄLÄ, *Vertrauen*, cit., p. 954; a tal riguardo non si può non menzionare la celebre affermazione di *von Liszt*, secondo il quale «la migliore politica criminale è una buona politica sociale»; v. F. VON LISZT, *Lehrbuch*, cit., p. 12 «*Ungleich tiefergreifend und ungleich sicherer als die Strafe und jede verwandte Maßregel wirkt die Sozialpolitik als Mittel zur Bekämpfung des Verbrechens*»; letteralmente «in modo incomparabilmente più efficace e sicuro della pena e di ogni misura simile, la politica sociale opera come strumento per la lotta contro la criminalità»; C. ROXIN, *I compiti futuri*, cit., p. 8, nel tentativo di tracciare i compiti futuri della scienza penalistica, auspicava ormai più di un decennio fa: «per quanto paradossale ciò possa suonare, uno dei compiti futuri della scienza del diritto penale sarà [...] quello di lavorare per la sostituzione, o almeno per la limitazione, dell'intervento del diritto penale a vantaggio di migliori soluzioni di politica sociale».

¹⁵⁹ C. ROXIN, *ult. op. cit.*, p. 11 dava rilievo nella configurazione di un nuovo sistema sanzionatorio sia la lavoro socialmente utile sia all'inclusione del risarcimento del danno e delle ulteriori forme di indennizzo a favore della vittima.

¹⁶⁰ Cfr. I. DIAMANTI, *È ora di restituire lo Stato ai cittadini*, in *la Repubblica*, 9.1.2012, p. 1 riprendendo il *XIV Rapporto Demos-Repubblica* mette in evidenza il declino della fiducia nelle istituzioni.

È piuttosto la riduzione al minimo sia dei costi umani, sociali ed economici connessi alla criminalità, sia di quelli prodotti dagli strumenti sanzionatori a costituire un duplice e convergente obiettivo apprezzabile e perseguibile in un orizzonte segnato dalla (ri-)costruzione di una pace sociale stabile. Una prospettiva strategica che risulta completamente ribaltata rispetto al massiccio ricorso alla pena detentiva ed al consueto incremento dei livelli sanzionatori nel (vano) tentativo di ridurre i tassi di criminalità¹⁶¹.

Una prospettiva che, guidata dalla non più eludibile necessità di dare attuazione al principio di *extrema ratio* proprio in relazione alle modalità di reazione punitiva, contribuisce alla costruzione di un modello punitivo incentrato sulla composizione riparativa dei legami solidaristici interrotti dal reato¹⁶².

¹⁶¹ Cfr. P. TÖRNUDD, *Fifteen Years of Decreasing Prisoners Rates in Finland*, in *National Research Institute of Legal Policy, Research Communication*, 1993, p. 12 rileva che «gli esperti, il cui compito era quello di pianificare le riforme e la ricerca, condividevano quanto meno una convinzione unanime: l'elevato tasso di popolazione detenuta in Finlandia era una disgrazia e sarebbe stato possibile ridurre significativamente il numero e la durata delle condanna a pena detentiva senza serie ripercussioni sui tassi di criminalità».

¹⁶² L. EUSEBI, *La riforma del sistema*, cit., p. 57 osserva: «quale che sia il livello cui si ritenga necessario giungere onde tutelare, rispetto a certe forme di aggressione, un dato bene, i livelli antecedenti andranno *comunque percorsi*, perché solo in tal modo potrà essere minimizzato il numero delle fattispecie rispetto alle quali vengano previste le modalità d'intervento più intense, come pure il numero dei casi concreti rispetto ai quali le medesime vengano in effetti applicate».

Capitolo III La condotta riparatoria nel sistema penale.

Sommario

1. I modelli di condotta riparatoria. – 1.1. Gli spazi di operatività riconosciuti alla condotta riparatoria. – 2. Punto di rottura della punibilità o nuovo paradigma punitivo? – 2.1. Il meccanismo riparatorio in materia di sicurezza del lavoro. – 2.2. Il meccanismo riparatorio in materia ambientale. – 2.3. Il meccanismo riparatorio in materia societaria. – 2.4. La condotta riparatoria nella giurisdizione del Giudice di pace. – 2.5. La condotta riparatoria nella sospensione condizionale della pena. – 2.6. La condotta riparatoria nell'affidamento in prova al servizio sociale. – 3. La condotta riparatoria come risposta punitiva autonoma. – 3.1. Breve ricognizione storica del lavoro nel sistema sanzionatorio. – 3.2. Il lavoro di pubblica utilità nel sistema punitivo vigente. – 4. Bilancio e prospettive.

1. I modelli di condotta riparatoria.

Tra le molteplici e variegata forme assunte dalla condotta riparatoria all'interno dell'ordinamento penale italiano non sembra facile poter individuare una comune *ratio* politico-criminale. E forse non è affatto necessario ricostruire un unico filo conduttore in grado di unire tutte le differenti tipologie, dal momento che il diversificato riconoscimento attribuito alla condotta riparatoria dipende in gran parte dal peculiare bilanciamento di interessi che, da un lato, può variare sensibilmente a seconda del settore del diritto penale preso in considerazione e, dall'altro lato, vive all'interno di un modello repressivo in continua oscillazione¹⁶³ tra crisi che lo

¹⁶³ Cfr. C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in AA. VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979; ora in ID., *Diritto penale, vol. III, scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, 129 ss., 139, sia pure in relazione alla legislazione penale in materia

hanno portato sull'orlo del collasso, e risposte emergenziali contingenti¹⁶⁴ che producono eccessi repressivi dettati da (presunte) esigenze di maggiore effettività della tutela penale.

Ancora una volta la sensazione è quella di trovarsi di fronte ad un diritto penale a più velocità¹⁶⁵: un diritto penale che evoca l'ormai nota quanto «pessima immagine di uno Stato forte coi deboli e debole coi forti»¹⁶⁶. In questo come in molti altri casi, viene operata una netta distinzione tra *outsider* sociali, ossia coloro i quali, spesso privi degli strumenti per risarcire il danno in senso civilistico o eliminare le conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, compongono la maggioranza della "clientela" degli istituti di pena¹⁶⁷, e la categoria di autori di reato che, essendo normalmente dotati di sufficienti risorse sociali ed economiche, entrano difficilmente nel circuito carcerario. Con particolare riferimento a questa seconda categoria di autori di reato assumono sempre maggiore rilevanza meccanismi di risposta al reato basati sulla condotta riparatoria. Meccanismi che, pur segnando un'interessante e radicale modifica delle forme di risposta al reato, lasciano trasparire, nella loro frammentaria e settoriale evoluzione, distinzioni nell'ambito di operatività che possono destare qualche perplessità¹⁶⁸.

Per un verso, infatti, la condotta riparatoria opera in un vasto campo che abbraccia il piano della commisurazione della pena in senso stretto (art. 133, c. 2, n. 3 c.p.) ed in senso lato (art. 56, c. 4; 62, n. 6; 289 *bis*, c. 3 e 630, c. 3 c.p.), quello della non punibilità (art. 35 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274) e quello delle condizioni alle quali può essere subordinata la concessione di un beneficio consistente nella modifica del contenuto stesso della risposta punitiva (artt. 162 *bis*, c. 3, 163, c. 4, 165, 176¹⁶⁹, 179¹⁷⁰, 635, c. 3 c.p. e art. 47, c. 7, l. 26 luglio 1975, n. 354).

economica mette in luce il pendolarismo tra inefficacia ed eccessivo rigore che guida le scelte di repressione penale.

¹⁶⁴ M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi*, cit., p. 644 osserva che «concepita come un male necessario per far fronte, temporaneamente, ad una situazione eccezionale, l'urgenza è diventata strutturale».

¹⁶⁵ Cfr. G. MARINUCCI, *Gestione d'impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 424 ss., 425.

¹⁶⁶ T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 398 ss., 431.

¹⁶⁷ I detenuti stranieri rappresentano il 38% della popolazione detenuta, mentre i detenuti tossicodipendenti sono il 25% F. CASCINI, *Il carcere*, cit., p. 53 s.

¹⁶⁸ Cfr. D. PULITANÒ, *La riforma del diritto penale societario, fra dictum del legislatore e ragioni del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 934 ss., mette in rilievo la mancanza di coerenza sistematica in relazione alle ipotesi di estinzione del reato previste per i reati societari; l'A. osserva, infatti, che «se tecniche di incentivazione di condotte di reintegrazione dell'offesa possono essere razionalmente utilizzate, occorre che siano strutturate, per l'appunto, in modo razionale rispetto agli scopi, e con una passabile coerenza sistematica» (p. 969).

¹⁶⁹ Subordina la concessione della liberazione condizionale all'adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato, salvo che l'imputato dimostri di trovarsi nell'impossibilità di adempierle.

¹⁷⁰ Impedisce la concessione della riabilitazione quando il condannato non abbia adempiuto le obbligazioni civili derivanti da reato, salvo che dimostri di trovarsi nell'impossibilità di adempierle.

All'interno di questo mosaico sembra collocarsi anche il lavoro di pubblica utilità nella sua triplice veste di obbligo positivo al quale è subordinata la concessione di un beneficio (art. 165 c.p.), di pena sostitutiva (art. 73, c. 5 *bis* D.P.R. 309/1990; artt. 186, c. 9 *bis* e 187, c. 8 *bis*, d.lgs. n. 285/1992) e di pena principale a contenuto riparatorio (art. 54, d.lgs. 274/2000) [v. *infra* § 4].

Su un piano diverso ma complementare, che travalica in parte la stessa dimensione punitiva, si collocano le forme di riparazione che formano il contenuto *lato sensu* sanzionatorio della mediazione (art. 29, c. 4 d.lgs. 274/2000)¹⁷¹.

Per altro verso, i settori della parte speciale o della legislazione penale complementare nei quali la condotta riparatoria assume rilievo come punto di rottura della punibilità formano un complesso e puntiforme intreccio di interventi poco coordinati e spesso lacunosi.

Il punto di riferimento sperimentale, che ha aperto la strada verso un più intenso riconoscimento delle forme di condotta riparatoria e di mediazione, è rappresentato dall'art. 28 del d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448 in tema di sospensione del processo con messa alla prova. Pur essendo inserito nel peculiare contesto della giustizia penale minorile – motivo per cui tale istituto non verrà analizzato in questa sede –, tale norma riconosce la facoltà al giudice minorile di imporre «prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa». Si tratta di un istituto particolarmente efficace, se solo si pensa che «ha dato risultati positivi in una percentuale, secondo stime del Ministero, attorno all'85%»¹⁷².

E così, accanto all'originario e limitato ambito di rilevanza riconosciuto alla condotta riparatoria in alcune fattispecie incriminatrici contenute nel codice – come i casi di non punibilità previsti per i delitti contro la personalità dello Stato (artt. 308 e 309 c.p.), per i delitti contro l'Amministrazione della Giustizia (ritrattazione della falsa testimonianza, art. 376 c.p.)¹⁷³, contro la pubblica Amministrazione (oltraggio a pubblico ufficiale, art. 341 *bis* c.p.)¹⁷⁴ contro la fede pubblica (impedimento della contraffazione, alterazione, fabbricazione o circolazione di valori, art. 463 c.p.) ed infine per l'insolvenza fraudolenta (art. 641 c.p.) –, si è svi-

¹⁷¹ Sul punto v. C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa", Il volto delineato dalla legge sulla competenza del giudice di pace*, Milano, 2002, p. 85 ss.; A. CERETTI, F. DI CIÒ, G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze pratiche a confronto*, in F. SCAPARRO (a cura di), *Il coraggio di mediare. Contesti, teorie e pratiche di risoluzione alternative delle controversie*, Milano, 2001, p. 307 ss.

¹⁷² *Commissione Pisapia - per la riforma del codice penale (27 luglio 2006) - Relazione*, in www.giustizia.it.

¹⁷³ Sul punto v. G. AMARELLI, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino, 2006.

¹⁷⁴ Sul punto v. F. TURLON, *Restorative justice e oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 99 ss.

luppato un reticolo di ipotesi extra-codicistiche: in materia di salute e sicurezza del lavoro (artt. 19 ss., d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758), nei reati societari (artt. 2627, 2628, 2629 e 2633), in quelli ambientali (art. 257, d.lgs. 3 aprile 2006, n.152), in tema di omissioni contributive (art. 37, l. 689/1981), nel codice dei beni culturali (art. 181, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42) e nel codice della privacy (art. 169, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196). Vi è, infine, un istituto situato al confine tra l'attenuazione e la modifica della reazione punitiva: si tratta della forma di riparazione delle conseguenze del reato disciplinata dall'art. 17 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Più problematica risulta, invece, la collocazione di un istituto come quello descritto dall'art. 187 *undecies* t.u.f.

Introdotta dalla l. 18 aprile 2005 n. 62, l'art. 187 *undecies* t.u.f. ha riconosciuto alla Consob la facoltà, dai connotati spiccatamente punitivi¹⁷⁵, di chiedere la riparazione dei danni derivanti dalla frustrazione dei propri scopi istituzionali¹⁷⁶. Costruita sul modello dei *punitive damages* di origine nordamericana¹⁷⁷, tale disposizione, pur essendo formalmente legata al meccanismo risarcitorio, sembra presentare una dimensione meramente punitiva. Nel trasformare uno strumento di origine civilistica in una pena pecuniaria aggiuntiva l'art. 187 *undecies* t.u.f., all'interno del già particolarmente rigoroso sistema repressivo in materia di mercati finanziari, non appare caratterizzato da contenuti riparatori.

1.1. Gli spazi di operatività riconosciuti alla condotta riparatoria. Il primo livello sul quale opera la condotta riparatoria interessa la commisurazione della pena¹⁷⁸. Mentre la clausola aperta di cui all'art. 133, c. 2 c.p. dà rilievo alla condotta del reo susseguente al reato¹⁷⁹ come elemento di valutazione della sua capacità a delinquere, l'attenuante comune prevista dall'art. 62, n. 6 c.p.¹⁸⁰ prende in considerazione due distinte forme di condotta riparatoria che appaiono in numerosi altri

¹⁷⁵ In tal senso Cass., Sez. V, 20.1.2010, n. 8588, in *CED* ha riconosciuto a tale istituto una vera e propria natura sanzionatoria, tanto da assoggettarlo al principio di irretroattività.

¹⁷⁶ Sul punto v. A. CRESPI, *Le argomentazioni "en forme de poire" e i nuovi itinerari della pecunia doloris*, in *Riv. società*, 2007, 1359 ss.; cfr. F. BRICOLA, *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, in F. D. BUSNELLI, G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 27 ss.; A. MANNA, *Il risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, in *Ind. pen.*, 1991, p. 591 ss.

¹⁷⁷ Cfr. A. ALESSANDRI, *Impresa e giustizia penale*, cit., p. 48.

¹⁷⁸ Cfr. C. E. PALIERO, *La mediazione penale*, cit., p. 133 ss.

¹⁷⁹ Per un'ampia analisi sul punto v. S. PROSDOCIMI, *Profili*, cit., p. 199 ss.

¹⁸⁰ Cfr. D. FONDAROLI, *Illecito penale*, cit., p. 242 ss. rileva che tale circostanza attenuante «rapresenta una delle norme che maggiormente si confrontano con la difficoltà di tenere disgiunto il concetto di «danno» criminale (*rectius*: offesa) da quello di «danno» in senso proprio» (p. 243).

istituti: il risarcimento del danno e l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose.

Perché possano ritenersi integrati i presupposti dell'attenuante comune, è necessario che il reo abbia provveduto a risarcire *integralmente* il danno arrecato¹⁸¹ (ove possibile attraverso il risarcimento in forma specifica) oppure si sia adoperato spontaneamente ed efficacemente – fuori dai casi di recesso attivo previsti dalla circostanza attenuante di cui all'art. 56 c. 4 c.p.¹⁸² – per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato.

Se la prima forma di condotta riparatoria riguarda, dunque, il danno patrimoniale e non patrimoniale cagionato dal reato, la seconda «allude, invece, all'offesa

¹⁸¹ Controverse rimangono la natura soggettiva oppure oggettiva di tale circostanza cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 440, e l'ammissibilità del risarcimento da parte di un terzo; privilegiano il profilo soggettivo G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 326; F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit. p. 407; M. ROMANO, *Commentario*, cit., 2004, p. 678; propendono invece per il carattere oggettivo e ammettono la rilevanza del risarcimento da parte di un terzo G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit. p. 495; T. PADOVANI, *L'attenuante del risarcimento del danno e l'indennizzo assicurativo*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1185 ss. definisce l'interpretazione di tale attenuante in senso soggettivo, come indicatore di un'effettiva resipiscenza del reo, un «*idolum theatri di baconiana memoria*»; in tal senso v. anche Corte Cost., 20-23.4.1998, n. 138, che ha sancito: «Il principio di superiorità della Costituzione impone ai giudici di scegliere tra più soluzioni astrattamente possibili quella che pone la legge al riparo da vizi di legittimità costituzionale. E nella specie l'interpretazione dell'art. 62, n. 6, prima parte, del codice penale, non contraddetta dalla formulazione testuale, tale da lasciare indenne la disposizione dal vizio di costituzionalità che altrimenti la inficerebbe, è nel senso che l'attenuante del risarcimento del danno in essa prevista sia operante anche quando l'intervento risarcitorio, comunque riferibile all'imputato, sia compiuto, prima del giudizio, dall'ente assicuratore»; tale orientamento fatica, tuttavia, a trovare accoglimento nella giurisprudenza di legittimità, cfr. *ex multis* Cass., 9.11.2005, n. 46329, in *CED*, «Per l'applicabilità dell'attenuante di cui all'art. 62 n. 6 cod. pen., si richiede che la riparazione del danno, tanto nella forma specifica della restituzione, quanto in quella del risarcimento, sia effettiva, integrale e volontaria. La detta circostanza, pertanto, non può trovare applicazione quando la dazione sia avvenuta tramite un intervento surrogatorio di una compagnia di assicurazione»; negli stessi termini Cass., 3.6.2004, n. 39065, in *CED*; da ultimo le Sezioni Unite, Cass., SS.UU., 22.1.2009, n. 5941, in *CED*, nel mettere in secondo piano, perché considerata «piuttosto nominalistica» la disputa sulla natura soggettiva oppure oggettiva della circostanza, hanno chiarito che «la stessa Corte Costituzionale [...] fondandosi sull'evento richiesto e sull'interesse dell'offeso, ha preso una decisa posizione per la natura oggettiva della circostanza, precisa che è pur sempre necessario che l'intervento risarcitorio sia "comunque riferibile all'imputato". Riserva indotta dalla necessità di preservare la condotta volontaristica che la norma in esame indica nell'"aver riparato" e, con essa, il *quid* di merito della riparazione. *Quid* che nei reati colposi, il criterio di ragionevolezza impone di rilevare, per una visione socialmente adeguata del fenomeno, anche nell'aver stipulato un'assicurazione o nell'aver rispettato gli obblighi assicurativi per salvaguardare la copertura dei danni derivati dall'attività pericolosa. Ma che nei reati dolosi richiede invece "una concreta, tempestiva, volontà di riparazione del danno cagionato", in modo che, se uno dei correi ha già provveduto in via integrale, l'altro, per esempio, dovrà nei tempi utili rimborsare il complice più diligente (Sez. 1, 27 ottobre 2003, n. 4177, P.G. nei confronti di Balsano e altri, rv. 227102) o comunque dimostrare di aver avanzato una seria e concreta offerta di integrale risarcimento».

¹⁸² D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 464.

(pericolo o danno) al bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice»¹⁸³, ossia agli «effetti naturalistici umanamente e integralmente rimovibili in cui si materializza l'offesa «criminale» e rispetto ai quali il reato si colloca come antecedente causale»¹⁸⁴.

A partire dall'ambito di rilevanza della circostanza attenuante si può ricavare in termini residuali il perimetro entro il quale il giudice può valutare la condotta riparatoria ai sensi dell'art. 133, n. 2 c.p.¹⁸⁵. Nella commisurazione della pena in senso stretto potranno essere tenuti in considerazione non solo il risarcimento parziale del danno, ma anche quello simbolico¹⁸⁶.

Tra le forme di condotta riparatoria, che incidono in senso attenuante sul trattamento sanzionatorio¹⁸⁷, rientra altresì il recesso attivo di cui all'art. 56, c. 4 c.p.¹⁸⁸.

Sebbene sia collocata in un momento antecedente rispetto alla consumazione del reato – è questo, peraltro, l'elemento che la differenzia dalle forme di ravvedimento di cui all'art. 62, n. 6 c.p. –, la condotta impeditiva tenuta dal reo conserva una valenza riparatoria, proprio perché specularmente volta a tutelare *in extre-*

¹⁸³ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale, cit.*, p. 496; in tal senso anche Cass., 6.4.2005, n. 17637, in *CED*, secondo la quale «Le distinte ed autonome circostanze attenuanti di natura soggettiva previste dall'art. 62 n. 6 cod. pen. (riparazione totale del danno e ravvedimento operoso) attribuiscono rilievo alla condotta dell'autore del reato successivamente alla consumazione dello stesso al fine di ripararne le conseguenze: nella prima il danno è inteso in senso civilistico come lesione patrimoniale o non patrimoniale, ma economicamente risarcibile (art. 185 cpv., cod. pen.; art. 2059 cod. civ.); nella seconda, invece, esso è considerato - unitamente al pericolo di danno - nel suo significato penalistico, ossia quale lesione del bene giuridico specificamente tutelato dalla norma incriminatrice».

¹⁸⁴ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 173 ss., 184.

¹⁸⁵ F. KING, *sub Art. 133, cit.*, p.

¹⁸⁶ F. KING, *ult. op. cit.*, p.

¹⁸⁷ Diversamente da quanto ad es. stabilisce il codice penale tedesco, il cui § 24 prevede una completa rinuncia alla pena anche nell'ipotesi del recesso attivo; per un'approfondita analisi sul punto v. C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, vol. II, München, 2003, p. 477 ss.; sebbene il dibattito tedesco sul fondamento politico-criminale di tale scelta legislativa sia ancora aperto, la dottrina prevalente ritiene che la rinuncia alla pena, sia nel caso di desistenza volontaria, sia di recesso attivo, possa essere giustificata in ragione della mancanza di esigenze di prevenzione generale e speciale (*Strafzwecktheorie*). L'A. osserva peraltro che «il reo, che volontariamente («aus freien Stücken») retrocede, non dà alla collettività un cattivo esempio, ma conferma in una certa misura il diritto, che alla fine si è imposto nella sua condotta» (p. 479); secondo M. DONINI, *Le logiche del pentimento, cit.*, p. 892; l'A. ritiene che, in relazione al trattamento differenziato della desistenza volontaria (art. 56, c. 3 c.p.) rispetto al recesso attivo (art. 56, c. 4 c.p.), «c'è un primato del disvalore d'azione su quello di evento, assai discutibile e discusso (anche da chi vi scrive), ma in qualche misura non pienamente superato nel sistema vigente».

¹⁸⁸ D. PULITANÒ, *Diritto penale, cit.*, p. 548 la fa rientrare tra le «condotte di riparazione dell'offesa, da parte dello stesso offensore» che hanno un effetto "premiante" in fase di commisurazione della pena.

mis il bene giuridico salvaguardato dalla fattispecie incriminatrice¹⁸⁹. Pur essendo priva di qualsiasi dimensione conciliativa, la condotta riparatoria prevista dall'art. 56, c. 4 c.p. non sembra comunque trascurare la prospettiva di tutela della vittima¹⁹⁰. In un diritto penale laico e secolarizzato, il cui fine ultimo è la tutela dei beni giuridici e la pacifica convivenza delle persone nella società¹⁹¹, il "ravvedimento" del reo, nell'impedire l'offesa tipica di danno all'interesse salvaguardato dalla fattispecie incriminatrice, non estromette ma anzi include il piano della vittima¹⁹².

Anche sul piano delle finalità della pena, non sono retribuzione e scopi di prevenzione generale negativa a venire in rilievo; se da un lato il recesso attivo "rompe" verso il basso il vincolo della proporzione, per dare spazio a considerazioni di prevenzione speciale legate al «libero e volontario ritorno al diritto»¹⁹³ del reo, dall'altro lato lo scopo deterrente della minaccia penale ha ormai fallito dinanzi ad una violazione già commessa¹⁹⁴. Al più sembrano residuare profili di

¹⁸⁹ Cfr. F. BRICOLA, *Funzione promozionale*, cit., p. 1417 osserva che «le figure «premiali» possono assolvere una funzione di tutela dei beni, quando la contro-azione «incoraggiata» consiste nell'eliminazione o attenuazione del danno o del pericolo in cui si è concretata l'offesa, cioè nella salvaguardia sia pure tardiva dell'interesse protetto o anche di interessi collaterali»; T. PADOVANI, *La soave inquisizione*, cit., p. 529 ss.; D. PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 1006 s. il quale ricostruisce la connessione esistente tra ravvedimento e «offesa tipica (danno o pericolo) cagionata dal fatto-reato».

¹⁹⁰ In senso diverso G. MANNOZZI, *Pena e riparazione*, cit., p. 1150 s. la quale ritiene che «Questo tipo di condotta riparativa [...] non sembra potersi collocare agevolmente nel contesto della giustizia riparativa». E ciò fondamentalmente per due ragioni: da un lato perché si tratterebbe di una «condotta impeditiva, prima ancora che riparativa» caratterizzata da «una componente *iper-riparativa* rispetto al bene giuridico ed una componente *ipo-riparativa* rispetto alle vittime», dall'altro perché si iscrive nella *teoria premiale* o della *meritevolezza* [...] con totale estromissione del punto di vista delle vittime. Concorde a dimostrarlo il fatto che, sotto il profilo dei fini della pena, la disciplina del recesso attivo [...] si iscrive nell'ottica generalpreventiva o al più di stretta retribuzione»; l'A. ritiene che «In definitiva, il recesso attivo non è configurabile, né interpretabile, come istituto a contenuto propriamente 'riparativo', almeno nel significato che il termine assume nel lessico della giustizia riparativa».

¹⁹¹ R. D. HERZBERG, *Grund und Grenzen der Strafbefreiung vom Rücktritt com Versuch – von der Strafzwecklehre zur Schuld erfülltungstheorie*, F. KÜPER, I. PUPPE, J. TENCKHOFF (a cura di), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Berlin, New York, 1987, p. 325 ss. L'A. ritiene che la ragione politico criminale in base alla quale il recesso dal tentativo non viene punito (in Germania) debba essere ritrovata nel carattere riparatorio della condotta del reo. La minaccia di pena deve ritenersi soddisfatta, quando il reo ha realizzato i propri doveri, cessando la propria condotta anti-giuridica o riparando le conseguenze ad essa riconducibili (p. 350).

¹⁹² Cfr. G. MANNOZZI, *ult. op. cit.*, p. 1152; per una caratterizzazione del recesso dal tentativo in una prospettiva di tutela della vittima v. I. PUPPE, *Der halbherzige Rücktritt*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1984, p. 488 ss., 490; I. E. WEINHOLD, *Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch*, Baden-Baden, 1990, p. 31 s.

¹⁹³ M. ROMANO, *sub Art. 56*, in *Commentario sistematico del codice penale, I*, Milano, 2004, p. 605.

¹⁹⁴ Cfr. G. MANNOZZI, *ibidem*; C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Besondere, cit.*, p. 483 s.; non è neppure la promessa di un consistente sconto di pena a poter spiegare il ravvedimento del reo, dal momento che il premio non sembra poter incidere sull'effettivo processo decisionale del

prevenzione generale positiva: sia perché il precetto continua a svolgere un'opera di orientamento della condotta individuale, incidendo *in extremis* sul processo decisionale del reo, sia perché la risposta sanzionatoria, seppure attenuata, ribadisce il messaggio di divieto contenuto nella fattispecie incriminatrice (prevenzione-integrazione).

La prospettiva di un più incisivo rilievo da attribuire alla condotta riparatoria non tanto sul *quantum* della risposta sanzionatoria, quanto sul tipo di pena, era invece presente nel progetto Grosso¹⁹⁵. E ciò non solo all'interno di istituti come l'oblazione discrezionale o la sospensione condizionale della pena, ma anche in relazione a singole fattispecie incriminatrici; così, ad esempio, per l'omicidio colposo era previsto che, nel caso in cui il danno fosse stato integralmente risarcito (art. 185 c.p.) entro tre mesi dalla richiesta dell'avente diritto, la reclusione (da uno a due anni) avrebbe dovuto essere sostituita in detenzione domiciliare (da uno a due anni)¹⁹⁶.

In termini analoghi l'art. 13 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 prevede, in relazione ai reati tributari, una circostanza attenuante speciale (riduzione fino alla metà) e la mancata applicazione delle pene accessorie qualora «prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari relativi ai fatti costitutivi dei delitti medesimi sono stati estinti mediante pagamento, anche a seguito delle speciali procedure conciliative di adesione all'accertamento prevista dalle norme tributarie».

Una rilevanza ibrida viene, invece, assegnata alla condotta riparatoria dall'art. 17 del d.lgs. 231/2001, che non fa derivare da quest'ultima la mera attenuazione del trattamento sanzionatorio, ma il «cambiamento della sua tipologia»¹⁹⁷.

Se, da un lato, l'art. 12 del d.lgs. 231/2001 opera come circostanza attenuante della sanzione pecuniaria quando: a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso; b) quando è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi; dall'altro lato, l'art. 17, fatta salva l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, esclude

concreto autore di reato, ma solamente sulle scelte di un individuo razionale costruito su un modello teorico.

¹⁹⁵ Cfr. D. PULITANÒ, *La riforma del codice penale: un cammino possibile?*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *La riforma del codice penale, la parte generale*, in *Quaderni di Cassazione penale*, Milano, 2002, p. 245 ss., rileva che «altra prospettiva che si è cercato di sviluppare è quella della concreta salvaguardia degli interessi offesi dal reato, mediante istituti, anche diversi dalla pena classicamente intesa, che incentivino condotti di risarcimento del danno e riparazione dell'offesa (sospensione condizionale 'con obblighi', oblazione discrezionale, confisca). Resta aperta la strada per ulteriori sviluppi nella parte speciale» (p. 261).

¹⁹⁶ M. PISANI, *Documento n. 8, cit.*, p. 205.

¹⁹⁷ Cfr. A. ALESSANDRI, *Diritto penale, cit.*, p. 318.

l'applicazione delle sanzioni interdittive quando, oltre alle due condizioni previste dall'art. 12, l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito, ai fini della confisca. Tuttavia, a differenza dell'art. 12, le tre forme di condotta riparatoria di cui all'art. 17 devono necessariamente *concorrere*, affinché possa essere esclusa l'irrogazione di pene interdittive nei confronti dell'ente¹⁹⁸. Tale istituto, come sottolinea anche la Relazione di accompagnamento al decreto, «trasuda chiare finalità specialpreventive, accordando un premio all'ente che pone in essere un comportamento che integra un «controvalore» rispetto all'offesa realizzata. Comportamento successivo all'illecito e da tenere prima dell'apertura del giudizio, che attenua il bisogno di pena, e che, in particolare, controagisce rispetto ai presupposti applicativi delle sanzioni interdittive, annullando la loro carica di disvalore»¹⁹⁹.

Il secondo livello sul quale opera la condotta riparatoria riguarda direttamente le modalità ed i contenuti della risposta al reato [v. *infra* § 2]. Non si tratta più della semplice attenuazione del *quantum* di pena da infliggere, ma della modifica in senso positivo²⁰⁰ della tipologia di reazione punitiva. A venire in rilievo sono istituti che, secondo modalità e per finalità eterogenee, fanno discendere l'interruzione della sequenza pena minacciata-pena inflitta dal compimento di una condotta riparatoria. Pur essendo esigenze anche molto diverse tra loro, sembra tuttavia possibile tracciare le principali linee direttrici lungo le quali si muovono tali tipologie di risposta al reato. Se in alcuni casi, come ad esempio l'oblazione discrezionale, prevalgono esigenze di deflazione processuale, la *ratio* politico-criminale che sta alla base delle diverse forme di condotta riparatoria può essere, da un lato, identificata nell'intento di salvaguardare *ex post* l'interesse tutelato dalla fattispecie incriminatrice e, dall'altro lato, nella volontà di perseguire finalità di prevenzione speciale.

Il terzo ed ultimo livello sul quale opera la condotta riparatoria è quello delle risposte punitive autonome. A venire in rilievo è il lavoro di pubblica utilità, il cui contenuto riparatorio funge da interessante linea di collegamento tra i c.d. istituti "premiali", nei quali può sostituire le risposte punitive classiche, e le pene principali [v. *infra* § 3].

In un'area di confine, che si intreccia alle forme di condotta riparatoria qui appena tratteggiate, la mediazione, più che uno strumento repressivo, rappresenta un

¹⁹⁸ Cfr. S. GIAVAZZI, *Le sanzioni interdittive e la pubblicazione della sentenza penale di condanna*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti, D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2002, p. 117 ss., 135; A. ALESSANDRI, *Riflessioni sulla nuova disciplina penalistica*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti, D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2002, p. 25 ss.

¹⁹⁹ Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in *Guida al dir.*, 2001, n. 26, p. 31 ss.

²⁰⁰ Cfr. T. PADOVANI, *sub Art. 165*, in M ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale, III, art. 150-240*, Milano, 2011, p. 194 ss., 195 registra il tentativo operato dal legislatore con la l. 11 giugno 2004, n. 145 «di connotare la sospensione condizionale in senso positivo».

modello di risoluzione dei conflitti interpersonali generati dal reato²⁰¹, nel cui ambito la condotta riparatoria costituisce al più un contenuto ulteriore e solo eventuale (o un possibile passaggio intermedio), che resta in secondo piano rispetto all'obiettivo principale perseguito. Nel restituire il conflitto alle parti²⁰² e nel ridurre il ruolo normalmente svolto dallo Stato, quale attore principale della giustizia penale "classica", la mediazione trova, infatti, il proprio fine ultimo nella ricostruzione del rapporto e nella riconciliazione tra vittima e autore di reato²⁰³.

Sia pure in una dimensione pubblica, sono l'autonomia e il consenso delle parti coinvolte che fanno della mediazione²⁰⁴ un meccanismo extragiudiziale di rielaborazione della frattura umana e sociale creata dal reato, nel quale confluisce non solo il fatto di reato, ma anche il vissuto personale della vittima e quello del reo²⁰⁵. Ad essere in gioco non è tanto il piano oggettivo del danno o delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, ma il profilo relazionale: la ricostruzione, attraverso il supporto e la guida di un mediatore²⁰⁶, del dialogo e del rapporto intersoggettivo.

In tal senso si possono trarre preziose indicazioni negli artt. 2, c. 2 e 29, c. 4 del d.lgs. 274 del 2000 che, nel parlare di «conciliazione», danno rilievo all'aspetto relazionale della mediazione. Pur intrecciandosi sinergicamente al diritto e al processo penale in un territorio al confine tra gestione privata dei conflitti e monopolio statale del potere punitivo, la mediazione sembra indicare «un paradigma autonomo di giustizia»²⁰⁷, il cui ambito di operatività è condizionato da due presup-

²⁰¹ In tal senso la *Recommendation No. R (99) 19 concerning mediation in penal matters* definisce la mediazione «any process whereby the victim and the offender are enabled, if they freely consent, to participate actively in the resolution of matters arising from the crime through the help of an impartial third party (mediator)».

²⁰² Cfr. N. CHRISTIE, *Conflicts as Property*, in *The British Journal of Criminology*, 1977, p. 1 ss.

²⁰³ C. E. PALIERO, *La mediazione penale*, cit., p. 114, «la mediazione passa per l'indagine del vissuto delle parti e la riparazione è, prima di tutto, la conciliazione delle «soggettività» di queste»; da ultimo in tema di mediazione nella letteratura tedesca v. J. GARDE-SCHMITZ, *Täter-Opfer-Ausgleich, Wiedergutmachung und Strafe im Strafrecht*, Hamburg, 2006.

²⁰⁴ Cfr. C. E. PALIERO, *La mediazione penale*, cit., p. 117 parla di «procedere soggettivistico» in contrapposizione al «procedere oggettivistico» che caratterizza il processo penale»; per un'analisi delle questioni più strettamente processuali legate alla mediazione cfr.: G. UBERTIS, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, in *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo, Atti del convegno, Urbino, 23-24 settembre 2005*, Milano, 2007, p. 143 ss.; R. ORLANDI, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, in *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo, Atti del convegno, Urbino, 23-24 settembre 2005*, Milano, 2007, p. 165 ss.

²⁰⁵ Cfr. G. MANNOZZI, *La giustizia*, cit., p. 47.

²⁰⁶ Cfr. G. MANNOZZI, *La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme*, in G. MANNOZZI (a cura di), *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Milano, 2004, p. 42 ss.; C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa*, cit., p. 94.

²⁰⁷ G. MANNOZZI, *La giustizia*, cit., p. 373.

posti fondamentali: la presenza di una vittima e il consenso delle parti del conflitto ad iniziare un confronto diretto.

Per questa ragione il campo di applicazione della mediazione è necessariamente limitato ai reati lesivi di interessi personali, mentre rimangono escluse le fattispecie incriminatrici poste a tutela di interessi sovraindividuali, nel cui ambito potrebbero, invece, trovare applicazione le forme di condotta riparatoria qui indagate.

Per altro verso, sono proprio i caratteri di spontaneità²⁰⁸, consensualità, flessibilità e ridotta formalità ad individuare gli importanti elementi di distinzione tra la mediazione e le forme di condotta riparatoria che si intendono esaminare. Queste ultime conservano, infatti, le caratteristiche di un obbligo imposto o, più precisamente, di una sanzione a contenuto positivo che richiede la collaborazione attiva del condannato. Una sanzione che, oltre ad inserirsi nei meccanismi del processo penale, estende il proprio ambito di applicazione ai reati senza vittima, prescindendo in tal modo dalla volontà delle parti di intraprendere un confronto come quello sul quale è incentrata la mediazione.

Se nella prospettiva additata dalla mediazione ad entrare in crisi è lo stesso concetto di punizione, dal momento che «le pratiche di mediazione non sono mai riconducibili a dimensioni *afflittive*, in senso stretto *sanzionatorie*, caratterizzate dalla coercizione»²⁰⁹, in questa sede si intendono, invece, verificare i presupposti ed i limiti entro i quali è possibile riconsiderare il frastagliato arcipelago delle forme di condotta riparatoria in modo da renderle il baricentro di un nuovo modello punitivo pensato in positivo.

Ed ancora, se la mediazione abbraccia «forme di conciliazione *in senso stretto*», nelle quali non si può prescindere dalla presenza della vittima di reato, le tipologie di condotta riparatoria, il cui ambito di applicazione si estende anche ai reati senza vittima, sono, invece, finalizzate «a ristabilire un dialogo tra ordinamento giuridico e vittima di reato»²¹⁰.

All'esito di questa sommaria ricostruzione, una caratteristica generale sembra potersi, comunque, desumere dal composito panorama tracciato dalle forme risposta positiva al reato a contenuto riparatorio.

²⁰⁸ C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa*, cit., p. 108; il binomio libertà-spontaneità nell'adesione ai programmi di mediazione da parte degli interessati viene definito la «"regola d'oro" senza la quale tali programmi non sono nemmeno pensabili»; C. MAZZUCATO, *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico-pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia riparativa*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Milano, 2005, p. 139 ss.

²⁰⁹ C. MAZZUCATO, *ibidem*.

²¹⁰ L. ESUSEBI, *Giustizia conciliativa*, cit., p. 71.

In questo complesso mosaico si delinea, infatti, un «nuovo paradigma»²¹¹ di reazione dinanzi alla commissione di un reato che, nel conservare una componente punitiva, pare dotato di una particolare valenza special-preventiva, poiché richiede una partecipazione attiva del reo²¹². Quest'ultimo non è più il destinatario passivo di una privazione (pena detentiva o pecuniaria), ma diviene l'interlocutore attivo che, nel mettere in atto un comportamento antitetico rispetto a quello punito, tanto che è la stessa tipicità del fatto a descrivere il tipo di condotta riparatoria, riacquisisce consapevolezza circa il valore dell'interesse offeso, eliminando il danno o il pericolo cagionato e tutelando, in ultima analisi, il bene giuridico salvaguardato dalla fattispecie. Presupposti, questi, dai quali partire nel tentativo di fondare i contenuti di una forma autonoma di reazione al reato. Una forma attorno alla quale potrebbe dipanarsi un nuovo modello punitivo, la cui tenuta politico-criminale deve essere attentamente verificata.

2. Punto di rottura della punibilità o nuovo paradigma punitivo?

Più che un punto di rottura della punibilità, quella che appare "sulla carta" come l'interruzione della sequenza reato-pena segnata dalla rilevanza attribuita alla condotta riparatoria potrebbe, in realtà, essere considerata come la premessa per costruire un'autonoma tipologia di risposta punitiva²¹³. Nel conservare una com-

²¹¹ Con riferimento al risarcimento del danno cfr. K. SESSAR, *Schadenswiedergutmachung in einer künftigen Kriminalpolitik*, in H.-J. KERNER, H. GÖPPINGER, F. STRENG (a cura di), *Festschrift für H. Leferenz*, Heidelberg, 1983, p. 145 ss.; in senso critico M. ROMANO, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 865 ss. ritiene che «non sembrano esservi fondate ragioni [...] di accennare trionfalmente alla ristrutturazione del risarcimento/riparazione del danno da reato come ad un «nuovo paradigma» della politica criminale» (p. 881).

²¹² Cfr. L. EUSEBI, *Forme e problemi della premialità nel diritto penale*, in *Studium iuris*, 2001, p. 273 ss., mette in evidenza il fatto che «la caratteristica unificante della norme lato sensu premiali sembra da individuare nella loro attitudine a evitare, ridimensionare o sospendere l'applicazione di modalità sanzionatorie che pongano il condannato nel ruolo di chi debba subire in modo passivo una lesione più o meno intensa ed estesa temporalmente dei suoi diritti fondamentali, così come avviene, soprattutto, attraverso il ricorso alla pena detentiva» (p. 275).

²¹³ Cfr. L. EUSEBI, *Forme e problemi, cit.*, p. 273, si chiede «se le diverse espressioni della *premiabilità penale* – a prima vista una contraddizione in termini – possano essere assegnate all'ambito delle tipologie *alternative* di risposta al reato o rappresentino soltanto un corollario delle modalità sanzionatorie classiche, tale da non incidere sul modello che persegue fini preventivi facendo leva sul timore della reazione giudiziaria al *male* del reato col *male* della pena».

ponente afflittiva²¹⁴, la condotta riparatoria risulterebbe più funzionale ed efficace nel realizzare, sia pure con inevitabile ritardo, le aspettative di tutela della vittima e le esigenze preventive che stanno alla base del sistema punitivo²¹⁵. Una soluzione che è (forse) in grado di ricomporre quella frattura fra pena "giusta", perché conforme a quella minacciata in via astratta e irrogata in sentenza, e pena preferibile, perché maggiormente idonea a raggiungere scopi di tutela²¹⁶.

Si potrebbe, allora, provare ad uscire per un momento dalle qualificazioni legislative e lasciare in secondo piano il difficile inquadramento dogmatico²¹⁷ delle varie ipotesi di rinuncia alla pena conseguenti alla condotta riparatoria²¹⁸, per mettere in risalto la potenziale valorizzazione di tali meccanismi riparatori come vere e proprie sanzioni pensate in positivo. Sanzioni positive in grado di liberarsi dell'ingombrante etichetta che le vorrebbe inquadrare tra i momenti di rinuncia alla pena.

La condotta riparatoria non segnerebbe più, dunque, un punto di rottura della punibilità²¹⁹ dal quale discende, quale corrispettivo premiante, «il mancato prodursi di conseguenze che il reato, reale o ipotetico, avrebbe prodotto»²²⁰, ma un'ipotesi di partenza per costruire un nuovo paradigma della giustizia penale che conserva il dialogo tra individuo e potere punitivo²²¹.

²¹⁴ Cfr. L. EUSEBI, *Prescrizioni a carico del condannato*, cit., p. 1148 ss.; la componente afflittiva sembra residuare anche nel caso in cui il procedimento si chiuda con una sentenza di proscioglimento per estinzione del reato ex art. 129 c.p.p.

²¹⁵ Cfr. D. PULITANÒ, *Per una nuova*, cit., suggerisce «in relazione a reati non gravi tassativamente elencati [di] attribuire al risarcimento del danno o riparazione dell'offesa la valenza di causa di non punibilità».

²¹⁶ Cfr. D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale*, cit., p. 117 osserva, in relazione alla sospensione condizionale, che «il risultato del processo di cognizione (pena sospesa) è ambiguo e provvisorio: addita come giusta in via di principio la pena pronunciata in sentenza, ma, allo stesso tempo, addita come giusta e preferibile la rinuncia ad eseguirla, a date condizioni».

²¹⁷ Cfr. A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., p. 312 sottolinea il fatto che «le stesse categorie dogmatiche tradizionali sono poste in gravi difficoltà dall'irruzione di questi elementi» (i.e. «filtri selettivi» della punibilità).

²¹⁸ Cfr. A. DI MARTINO, *La sequenza*, cit., p. 222 ss. osserva che «le ipotesi di non punibilità susseguente, così come – del resto – l'abbattimento della misura della pena in relazione a comportamenti del reo successivi ad un fatto per sé già configurabile come reato, rappresentano un delicato punto di frizione, una sede vacante e contesa che si tenta di ricondurre di volta in volta alla sfera di signoria dell'una o dell'altra categoria, preferibilmente interna alla teoria del reato» (p. 226).

²¹⁹ Sul punto v. V. VALENTINI, *Improcedibilità, estinzione del reato e non punibilità sopravvenuta. In margine ai "condoni tributari 2003"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1111 ss.

²²⁰ M. ROMANO, sub *Pre-Art. 150*, cit. in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario*, cit., p. 8.

²²¹ Cfr. L. EUSEBI, *Giustizia conciliativa*, cit., p. 67 osserva che «l'orientamento al recupero di chi abbia trasgredito la legge, cioè a una rielaborazione critica, confermata da atti *lato sensu* riparatori, della condotta criminosa e a un comportamento futuro rispettoso dei beni tutelati, non risulta più – come invece oggi finisce per accadere – una concessione umanitaria in sé disfunzionale alle esigenze della prevenzione ritenuta migliore (quella che esaspererebbe la dimensione intimidativa e

Se si sostituisce la classica dimensione privativa della pena (detentiva o pecuniaria) con l'assunzione responsabile di un impegno da parte del reo²²², allora la condotta riparatoria potrebbe conservare quei requisiti minimi di afflittività che la rendono una risposta punitiva. Non si tratterebbe pertanto di un'impunità barattata²²³ per ragioni di opportunità politica²²⁴ o in vista di qualche risultato eccentrico rispetto agli interessi protetti dalla fattispecie²²⁵ (come ad es. mere esigenze di deflazione processuale)²²⁶, né della concessione di un premio²²⁷, né tantomeno di una depenalizzazione di fatto, ma di una risposta punitiva a contenuto riparatorio che, nell'essere specularmente positiva rispetto al comportamento incriminato, riceve legittimazione proprio in vista della salvaguardia degli stessi beni giuridici offesi dal fatto di reato²²⁸. Se, da un lato, manca sul piano del precetto qualsiasi

neutralizzativa) ovvero alla linearità della dinamica retributiva [...], bensì come vero e proprio fulcro della strategia preventiva realizzabile nella fase sanzionatoria».

²²² Cfr. L. EUSEBI, *Forme e problemi*, cit., p. 274; G. P. DEMURO, *Diritto penale e risarcimento*, cit., p. 1203 osserva che «con il risarcimento del danno non si risponde ad una lesione (reato) con un'altra lesione (pena detentiva o pecuniaria), ma ad un'attività negativa si replica con un'attività positiva».

²²³ T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., p. 398 ss.

²²⁴ È quanto avviene in relazione alle varie ipotesi di condono; cfr. C. RUGA RIVA, *Sanatorie, condoni, «indultino»: forme e limiti costituzionali dell'impunità retroattiva*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, Milano, 2004, p. 191 ss., 220 distingue tra forme di «perdono per ragioni «politiche» e cause di non punibilità ricollegate alla «tutela ex post del medesimo bene protetto dalla norma incriminatrice oppure di altri beni».

²²⁵ Cfr. Corte Cost., 31.3.1988, n. 369 in tema di condono edilizio, nella quale la Corte osserva che «La "non punibilità" o la "non procedibilità", dovuta a situazioni successive al commesso reato [...] deve comunque essere valutata in funzione delle finalità "proprie" della pena: ove l'estinzione della punibilità irrazionalmente contrastasse con tali finalità, ove risultasse variante arbitraria, tale, come è stato esattamente sottolineato, da svilire il senso stesso della comminatoria edittale e della punizione, non potrebbe considerarsi costituzionalmente legittima»; v. anche Corte Cost., 12.9.1995, n. 427; Corte Cost., 24-28.6.2004, n. 196.

²²⁶ Cfr. L. EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa*, cit., p. 1122 nel differenziare tra giustizia conciliativa e giustizia negoziata, rileva che «la prima mira a ristabilire un dialogo tra l'ordinamento giuridico e l'agente di reato – e nelle forme di conciliazione *in senso stretto* tra l'agente e la vittima – in merito alle esigenze di tutela e di riparazione concernenti i beni offesi, favorendo tendenzialmente l'emergere, almeno di fatto, della verità; mentre la giustizia negoziata mira soprattutto a promuovere, anche prescindendo dall'accertamento della verità, l'efficienza del sistema processuale».

²²⁷ Cfr. C. E. PALIERO, *La mediazione penale*, cit., p. 115 s. distingue «episodi *pseudo-riparativi*», quelli «che della giustizia riparativa hanno solo l'apparenza, costituendo in realtà strumenti di *diritto premiale*».

²²⁸ T. PADOVANI, *La soave inquisizione*, cit., p. 529 ss. il carattere antitetico rispetto alla condotta incriminata, il carattere di tutela *ex post* dell'interesse tutelato e la volontarietà della condotta riparatoria sono i caratteri identificati dall'A. nel tratteggiare le ipotesi premiali previste dalla disciplina codicistica; G. P. DEMURO, *Diritto penale e risarcimento*, cit., p. 1203; in termini analoghi E. MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 595 ss., p. 606 osserva che «le condotte postfatto si pongono sullo stesso piano degli interessi che le relative norme incriminatrici intendono tutelare, sono cioè omogenee al piano dell'offesa ed operano nel senso di eliminarla o di attenuarla»; C. RUGA RIVA, *Sanatorie*, p. 210 distingue un modello di "premialità" nel quale vengono incentivate «condotte che, seppure tardivamente, reintegrano lo stesso bene tutelato dal reato

obbligo di tenere la condotta riparatoria²²⁹, dall'altro lato, è lo stesso meccanismo riparatorio a ribadire, sia sul piano simbolico sia su quello materiale, la *ratio* di tutela ed il messaggio promozionale e di orientamento contenuto nella fattispecie incriminatrice.

Non sembra, dunque, che si possa parlare di un bilanciamento di interessi eterogenei che possono venire in rilievo nella decisione sulla rinuncia alla pena editale, perché qui la condotta riparatoria, nel colorarsi di contenuti afflittivi, sembra il tramite idoneo a realizzare sia la tutela del bene giuridico tutelato, sia le stesse finalità della pena (come nel caso dell'art. 35 d.lgs. 274/2000).

Come è stato giustamente rilevato «nella dinamica della punibilità, confluiscono non tanto (o comunque non solo) istanze deflative tese a perseguire *ex post* l'*extrema ratio* penalistica, quanto più, invece, tentativi, allo stato disomogenei, diretti a plasmare tecniche di tutela del bene giuridico incentrate sulla diffusione e la ottimizzazione di *sanzioni positive*»²³⁰. Sanzioni positive che, nell'integrare «un *controvalore* rispetto all'offesa tipica, [...] risultano *omologhe* alle pene criminali, sia sul versante teleologico che su quello contenutistico»²³¹.

Proprio dove «l'efficienza del sistema di controllo sociale coercitivo si approssima al nulla»²³², i meccanismi riparatori, in veste di vere e proprie sanzioni positive²³³, potrebbero dare una risposta costruttiva all'offesa causata dal reato²³⁴.

in relazione al quale opera il provvedimento clemenziale l'A. osserva peraltro che «laddove tale idoneità [a eliminare le conseguenze del reato] manchi, si tratterà di un provvedimento di clemenza [di] natura eminentemente politica» e dovrà quindi rispettare «le forme prescritte dall'art. 79 Cost.» (p. 213).

²²⁹ S. PROSDOCIMI, *Profili*, cit., p. 302.

²³⁰ C. PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1653 ss., 1660; sul punto cfr. F. BRICOLA, *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, in F. D. BUSNELLI, G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 27 ss.

²³¹ C. PIERGALLINI, *ult. op. cit.*, p. 1702, il quale aggiunge peraltro che «garantire, subito dopo la violazione e preferibilmente (anche se non indefettibilmente) prima della scoperta dell'autore, un effettivo ristoro del bene leso significa porre in essere una prestazione che coincide con lo scopo dell'incriminazione». È bene precisare che l'A. colloca l'intera riflessione nella prospettiva delle ipotesi di non punibilità sopravvenuta legate al comportamento *post factum* del reo.

²³² T. PADOVANI, *ult. op. cit.*, p. 425; C. PIERGALLINI, *ult. op. cit.*, p. 1659; F. PALAZZO, *Principi fondamentali e opzioni politico criminali nella tutela penale dell'ambiente*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto, II*, Firenze, 1999, p. 545 ss. Pur rilevando che il sempre più frequente ricorso a meccanismi ripristinatori «rappresenta il sintomo e il riconoscimento della scarsa efficacia rivelata dalle sanzioni penali 'classiche', l'A. osserva che le sanzioni ripristinatorie «non sembrano in grado di assumere, e comunque finora non hanno assunto, un ruolo interamente *sostitutivo* della sanzione penale punitiva, secondo una prospettiva futuribile di conversione del diritto penale in un sistema sanzionatorio *sui generis*» (p. 571).

²³³ Sulle reciproche sovrapposizioni tra sanzioni negative e sanzioni positive v. N. BOBBIO, *Sulle sanzioni positive*, in *Scritti dedicati ad Alessandro Raselli*, Milano, 1971, vol. I, p. 227 ss.

²³⁴ Cfr. V. VALENTINI, *La riforma dei meccanismi premiali in ambito giuslavoristico: profili sostanziali e sistematici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, p. 595 ss., 606.

In ultima analisi, più che un «"ponte d'oro"»²³⁵ al nemico che fugge, queste forme di condotta riparatoria appaiono, invece, come un ponte lastricato di onerosi impegni positivi a carico del reo²³⁶. Impegni che sostituiscono le incisive privazioni del classico sistema repressivo²³⁷, senza per questo perdere quell'indispensabile carattere punitivo, senza il quale la pena cesserebbe di esprimere un giudizio di disvalore etico-sociale.

Questo mutamento di paradigma non priva la reazione al reato della sua intrinseca componente di sofferenza, «sia perché la risposta del diritto ai fatti illeciti, almeno in una prima fase, contrasta i propositi e le scelte di chi abbia agito in senso antigiusdittico, sia perché l'affrancamento da una precedente esperienza criminosa può implicare un percorso difficile e anche umanamente impegnativo, con l'assunzione di molteplici oneri»²³⁸.

Per cercare di fissare le coordinate in base alle quali la condotta riparatoria può assumere i contorni di un'ipotesi di lavoro sulla quale costruire un autonomo modello repressivo²³⁹, occorre vagliare le forme più significative di condotta riparatoria presenti nell'ordinamento.

2.1. Il meccanismo riparatorio in materia di sicurezza del lavoro. Il meccanismo riparatorio previsto in materia di sicurezza del lavoro è costruito sul modello dell'oblazione discrezionale²⁴⁰. Situata in un segmento antecedente rispetto all'ac-

²³⁵ Questa immagine è stata proposta da F. VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin, 1919, p. 210, il quale osservava «ben può la legislazione costruire, per ragioni politico-criminali, un ponte d'oro per la ritirata al reo divenuto già punibile».

²³⁶ Cfr. L. ESUSEBI, *Giustizia conciliativa*, cit., p. 70 indica il coinvolgimento attivo del reo come la caratteristica essenziale del sistema conciliativo, «vuoi rendendo la sanzione direttamente espressiva del valore dei beni offesi in concreto (e solo *a contrariis* del disvalore dell'illecito), attraverso prescrizioni, per esempio riparative, le quali orientino al recupero di sensibilità solidaristiche».

²³⁷ Cfr. L. MONACO, *Sul recesso dal delitto tentato*, in *Studi Urbinati*, 1978-79, p. 219 ss. osserva che «delle "certezze" su cui fu costruito il "ponte d'oro" non è rimasto assolutamente nulla».

²³⁸ L. ESUSEBI, *Giustizia conciliativa*, cit., p. 63 che peraltro prosegue l'argomentazione osservando che «altro è constatare che l'intervento sanzionatorio [...] richiede adempimenti che comportano un sacrificio e s'impone rispetto alla volontà di chi abbia trasgredito la legge in modo, di regola, non indolore, implicando pertanto sofferenza. Altro sarebbe ritenere, in conformità a quanto il carattere apodittico delle definizioni retribuzionistiche ha potuto lasciar intendere (con riflessi pratici evidenti), che la pena sia chiamata, semplicemente, a costituire una sofferenza».

²³⁹ Cfr. R. BARTOLI, contraddittore a D. FONDAROLI *Profili problematici del risarcimento e della riparazione come strumenti penalistici "alternativi"*, in E. VENAFRO, C. PIEMONTESE (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2005, p. 151 ss. ritiene che, «pur mantenendo un contenuto decisamente estraneo alla logica afflittiva, [lo strumento riparatorio] viene inserito in un contesto normativo e di disciplina che gli permette di concorrere al perseguimento delle finalità proprie della sanzione punitiva».

²⁴⁰ Sul punto v. L. BONTEMPI, *sub Art. 162-bis*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2011.

certamento del fatto di reato e finalizzata a perseguire una consistente deflazione processuale, l'oblazione discrezionale²⁴¹ è subordinata all'assunzione da parte del reo di un impegno positivo, consistente nell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose²⁴²: una condotta riparatoria il cui scopo è, da una lato, quello di ripristinare l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice²⁴³, e dall'altro lato, quello di ridurre al minimo i possibili effetti negativi derivanti dall'inflizione di una delle pene edittali (arresto o ammenda).

In modo parzialmente diverso, il meccanismo riparatorio disciplinato dagli artt. 20 e ss. d. lgs. n. 758/1994²⁴⁴, il cui ambito di applicazione è stato progressivamente esteso da interventi del legislatore e pronunce manipolative della Corte costituzionale²⁴⁵, rappresenta oggi il «tratto caratterizzante del sistema sanzionatorio

²⁴¹ Cfr. D. PULITANÒ, *Per una nuova, cit.*, suggerisce la valorizzazione di tale istituto.

²⁴² Cfr. T. PADOVANI, sub *Art. 162, cit.*, p. 131, mette in rilievo le fragilità dell'istituto in esame, «sotto due aspetti: da un lato, per la disparità di trattamento ch'esso determina tra abbienti e non abbienti; dall'altro, per l'eteroclitico coefficiente di arbitrarietà giudiziale cui è subordinato il prodursi dell'effetto estintivo».

²⁴³ Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale, cit.*, p. 630 parla di «positiva funzione di tutela (sia pure successiva al commesso reato) del medesimo interesse tutelato dalla disposizione violata»; un istituto, aggiunge l'A., che «è fra quelli che in concreto funzionano» (p. 631).

²⁴⁴ In base all'art. 19, c. 1 il meccanismo veniva esteso a venticinque testi normativi elencanti dall'allegato I del d. lgs. 758/94.

²⁴⁵ Cfr. Corte Cost., 26.5-3.6.1999, n. 212 (ordinanza) che ha di fatto esteso l'ambito di applicazione alle contravvenzioni concernenti le stesse materie; la Corte costituzionale ha esteso il meccanismo riparatorio ad ipotesi aventi la medesima *ratio* (avvenuta regolarizzazione nonostante l'omissione della prescrizione, regolarizzazione in caso di ingiunzione irregolare o impartita in violazione delle modalità stabilite dalla legge) cfr. Corte Cost., 24-28.5.1999, n. 205 (ordinanza); Corte Cost., 12-18.2.1998, n. 19 ha sancito che «è senz'altro possibile un'applicazione della disciplina in base alla quale, in caso di notizia di reato acquisita da un'autorità di polizia giudiziaria diversa dall'organo di vigilanza e di spontanea regolarizzazione da parte del contravventore, l'organo di vigilanza sia autorizzato ad impartire ora per allora la prescrizione prevista dall'art. 20, ovvero, ed a maggior ragione, a ratificare nelle forme dovute prescrizioni irrualmente impartite, nonché a verificare l'avvenuta eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato e ad ammettere il contravventore al pagamento della somma determinata a norma dell'art. 21, commi 1 e 2, sì che l'autore dell'illecito, previo pagamento della somma stabilita, possa usufruire dell'estinzione del reato disciplinata dall'art. 24»; cfr. sul punto Corte Cost., 10-16.12.1998, n. 416 ha osservato che «l'obiettivo diversità della struttura dei diversi reati, quale risulta dagli elementi costitutivi della fattispecie, e, conseguentemente, il momento in cui si realizzano la commissione e la consumazione del reato stesso, nonché la natura istantanea o permanente del reato, appartengono a scelte del legislatore, che nella costruzione delle fattispecie incriminatrici traduce le proprie opzioni di politica criminale, ovvero sono imposte dalla stessa natura degli obblighi e dei comportamenti di cui si vuole assicurare l'osservanza mediante il ricorso alla sanzione penale; che pertanto eventuali trattamenti differenziati risultano giustificati dalla diversa struttura delle fattispecie incriminatrici»; la Corte rileva inoltre che «la disciplina impugnata in realtà non riconosce alcuna "discrezionalità" dell'organo di vigilanza: l'impossibilità di impartire la prescrizione - secondo la prospettiva del rimettente - è infatti una conseguenza obbligata della struttura della contravvenzione contestata»; v. anche art. 2 c. 2, l. 5 febbraio 1999, n. 25 (legge comunitaria 1998) e art. 15 d. lgs. 23 aprile 2004, n. 124 ha stabilito che il meccanismo riparatorio «si applica anche nelle ipotesi in cui la fattispecie è a condotta esaurita, ovvero nelle ipotesi in cui il trasgressore abbia autonomamente provveduto all'adempimento degli obblighi di legge sanzionati precedentemente all'emanazione

in materia di sicurezza del lavoro»²⁴⁶. In attuazione dell'art. 1, c. 2, lett. f), n. 1 della l. delega 3 agosto 2007, n. 123 che, nell'intento di razionalizzare l'intero apparato sanzionatorio, promuoveva l'utilizzazione di strumenti che favorissero la regolarizzazione e l'eliminazione del pericolo da parte dei soggetti destinatari dei provvedimenti amministrativi, confermando e valorizzando il sistema del d. lgs. 758/94, l'art. 301 del d.lgs. 81 del 2008 ha recepito il meccanismo riparatorio ad esito estintivo fondato sulle prescrizioni impartite dagli organi di vigilanza.

Quest'ultima disposizione, a seguito delle modifiche apportate dall'art. 142, c. 1, d.lgs. 3 agosto 2009, n. 109, stabilisce, infatti, che «alle contravvenzioni in materia di igiene, salute e sicurezza sul lavoro previste dal presente decreto nonché da altre disposizioni aventi forza di legge, per le quali sia prevista la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda ovvero la pena della sola ammenda, si applicano le disposizioni in materia di prescrizione ed estinzione del reato di cui agli articoli 20, e seguenti, del decreto legislativo 19 dicembre 1994, n. 758».

L'istituto delle prescrizioni segue una procedura che si svolge in sede "extra-processuale" e coinvolge il pubblico ministero titolare del procedimento solo come destinatario della comunicazione della notizia di reato e dell'esito (positivo o negativo) della procedura. A fronte di un accertamento, da parte del personale ispettivo competente²⁴⁷ – che in questo caso esercita funzioni di polizia giudiziaria ex art. 55 c.p.p. – di una contravvenzione completa di tutti i suoi elementi costitutivi, viene offerta la possibilità all'autore della violazione di evitare il processo attraverso l'adempimento di obblighi di natura riparatoria. Come stabilisce l'art. 20, c. 1, d.lgs. 758/1994, l'organo di vigilanza impartisce al contravventore un'apposita prescrizione e fissa un termine non eccedente il periodo di tempo tecnicamente necessario, entro il quale quest'ultimo deve regolarizzare la situazione in contrasto con la norma violata.

Nel caso in cui la fattispecie incriminatrice abbia una struttura rigida, allora il contenuto della prescrizione intimata rifletterà in maniera speculare quanto previ-

zione della prescrizione».

²⁴⁶ D. PULITANÒ, *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 108; negli stessi termini G. AMARELLI, *L'oblazione discrezionale non è "alternativa al meccanismo estintivo delle contravvenzioni lavoristiche*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2998 ss. lo definisce «il pilastro attorno al quale è stato edificato il progetto di recupero di effettività»; V. VALENTINI, *La riforma dei meccanismi*, cit., p. 595 ss. rileva che «la finalità «ripristinatoria» costituisce [...] l'essenza della procedura premiale ex artt. 19 ss. d.lgs. n. 758/1994» (p. 604).

²⁴⁷ Come stabilito dall'art. 13, c. 2 d.lgs. 81/2008 ed in precedenza dall'art. 23 d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626 e dall'art. 1, c. 1, d.lgs. 23 aprile 2004 n. 124, la competenza generale spetta alle aziende sanitarie locali (ASL) e, per quanto di sua competenza al Corpo nazionale dei vigili del fuoco, mentre al personale ispettivo del Ministero del Lavoro spetta una competenza concorrente in determinate materie (ad. esempio nel settore delle costruzioni edili e del genio civile; attività alle quali sono legati particolari.

sto dal precetto²⁴⁸. In caso contrario si renderà, invece, necessaria una concretizzazione specifica da parte dell'organo di vigilanza circa le modalità di condotta riparatoria da tenere²⁴⁹, al fine di eliminare la situazione di pericolo per la sicurezza o la salute dei lavoratori generata dalla violazione della fattispecie contravvenzionale (l'art. 20, c. 3 d.lgs. 758/94 dispone infatti che «con la prescrizione l'organo di vigilanza può imporre specifiche misure atte a far cessare il pericolo per la sicurezza o per la salute dei lavoratori durante il lavoro»)²⁵⁰.

Scaduto il termine concesso al contravventore per adempiere le prescrizioni impartite e ripristinare la situazione in contrasto con il dato normativo, l'organo di vigilanza verifica, secondo quanto previsto dall'art. 21, c. 1 d.lgs. 758/1994, «se la violazione è stata eliminata secondo le modalità e nel termine indicati dalla prescrizione».

Se l'esito della verifica è positivo, poiché le prescrizioni sono state fedelmente eseguite, il contravventore è ammesso a pagare in sede amministrativa una somma pari al quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa (art. 21, c. 2 d.lgs. 758/1994).

Attraverso il modello ingiunzionale fondato sulla condotta riparatoria tenuta dal reo unitamente al pagamento della somma di denaro prevista dall'art. 21, c. 2 (assimilabile ad una forma di oblazione speciale), il reato si estingue (art. 24, c. 1 d.lgs. 758/1994).

In caso contrario, rilevata l'inottemperanza alle prescrizioni, l'organo di vigilanza «ne dà comunicazione al pubblico ministero», affinché venga riattivato il procedimento penale sospeso.

²⁴⁸ Cfr. T. PADOVANI, sub *artt. 19-24 d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758*, in *Leg. pen.*, 1995, p. 375 ss., osserva che «se si tratta di una norma cautelare rigida, nella quale cioè la misura da adottare è predeterminata in modo univoco e tassativo, la prescrizione potrà limitarsi a reiterare la formula normativa: eventuali specificazioni serviranno soltanto a chiarire i termini dell'adeguamento della fattispecie normativa astratta alla situazione concreta. Se si tratta invece di una norma in varia guida elastica, la prescrizione dovrà fatalmente identificare modalità specifiche di adempimento correlate alla situazione concreta» (p. 379); V. VALENTINI, *Il tasso di effettività del meccanismo estintivo e "ripristinatorio" in materia di sicurezza del lavoro*, in M. DONINI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, 2007, p. 103 ss., 104;

²⁴⁹ V. VALENTINI, *Il meccanismo "ripristinatorio" ex artt. 19 ss. d.lgs. 758/1994, in materia di sicurezza del lavoro*, in N. MAZZACUVA, E. AMATIA (a cura di), *Il diritto penale del lavoro*, Torino, 2007, p. 429 osserva che «in presenza di violazioni di norme cosiddette a "struttura elastica", che sono poi quelle che non dettano regole specifiche e che non individuano, di conseguenza in modo preciso la condotta dovuta».

²⁵⁰ Cfr. M. FORMICA, sub *Disposizioni penali e di procedura penale*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *La nuova sicurezza sul lavoro, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche*, vol. III, *Norme penali e processuali*, Bologna, 2011, p. 305 ss., 316; P. VENEZIANI, *D. legisl. 19 settembre 1994, n. 758*, in F. PALAZZO, C. E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, p. 1703.

Senza voler entrare nel delicato e controverso problema relativo all'inquadramento dogmatico sostanziale o processuale del complesso procedimento estintivo a formazione progressiva previsto dal d.lgs. 758/1994, la cui operatività è, in ultima analisi, subordinata all'adempimento da parte del reo delle prescrizioni impartite dall'organo di vigilanza per eliminare, attraverso la propria condotta riparatoria, la situazione di pericolo causata, ci si limita a rilevare che, al di là delle diverse opzioni ermeneutiche proposte²⁵¹, dalle quali possono derivare conseguenze anche molto rilevanti sul piano degli effetti²⁵² – ad essere in gioco sono infatti «i principi ‘di sistema’ (quelli del diritto sostanziale? quelli del diritto processuale?) alla cui stregua le specifiche discipline vanno interpretate» –, è il modello di reazione al reato che qui interessa.

In riferimento all'individuazione del suo fondamento politico criminale, questa forma particolarmente persuasiva e funzionale di risposta al reato²⁵³ trova il proprio fondamento politico criminale nella salvaguardia (anticipata) degli interessi finali rispetto ai quali sono poste fattispecie contravvenzionali rientranti nell'ambito del meccanismo riparatorio.

Come ha, infatti, ribadito più volte dalla Corte costituzionale²⁵⁴, il meccanismo riparatorio persegue un duplice obiettivo. Per un verso, tale meccanismo risulta particolarmente efficace in vista della «consistente deflazione processuale»²⁵⁵ che quest'ultimo è idoneo ad attuare.

²⁵¹ Per un'ampia ricostruzione degli orientamenti cfr. G. AMARELLI, *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza del lavoro*, Napoli, 2008, p. 186 ss.; V. VALENTINI, *Il meccanismo*, cit., p. 107; V. VALENTINI, *La riforma dei meccanismi premiali*, cit., p. 604 ss.; più in generale sulle questioni dogmatiche v. M. DONINI, *Non punibilità*, cit., p. 349 ss.; S. PROSDOCIMI, *Profili*, cit., p. 292 ss.; secondo un primo orientamento dottrinale e giurisprudenziale si tratterebbe di una condizione di procedibilità. In senso parzialmente diverso si è espressa la Corte di cassazione in un'isolata pronuncia che, pur qualificando l'obbligo di sospendere il procedimento sino alla comunicazione dell'inadempimento della prescrizione o del mancato pagamento della sanzione amministrativa nell'ambito delle condizioni di procedibilità dell'azione penale, afferma che «l'inadempimento della prescrizione amministrativa da parte del contravventore configura anche una condizione di punibilità del reato, e più esattamente una di quelle condizioni di punibilità che la dottrina definisce "intrinseche", nel senso che incidono nell'interesse protetto, perché approfondiscono o aggravano la lesione di questo interesse già consumata con la commissione del fatto-reato» (Cass., 22.1.2004, n. 14777, in *dejure.it*); dietro la generica e poco decisiva etichetta delle cause estintive del reato, un terzo orientamento fa, invece, rientrare l'istituto in esame tra le cause sopravvenute di non punibilità.

²⁵² Cfr. D. PULITANÒ, *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 951 ss., 965 in particolare sul punto v. p. 964 ss.

²⁵³ G. AMARELLI, *L'oblazione discrezionale*, cit., p. 2998 ss.

²⁵⁴ Corte Cost., 12-18.2.1998, n. 19; negli stessi termini Corte Cost., 24-28.5.1999, n. 205 (ordinanza); Corte Cost., 10-16.12.1998, n. 416 (ordinanza).

²⁵⁵ Corte Cost., 12-18.2.1998, n. 19; analogamente Cass., 23.5.2007, n. 40544, in *Guida dir.*, n. 30, 2007, p. 66.

A tal riguardo, si registra un sorprendente tasso di effettività del modello ingiunzionale²⁵⁶: «le contravvenzioni definite *ex art.* 19 ss. oscillano, infatti, fra il 60 e il 90% di quelle annualmente iscritte nel Registro delle notizie di reato»²⁵⁷. Una deflazione che, come peraltro confermato dalla Corte di cassazione²⁵⁸, non sottrae il meccanismo ingiunzionale dalla giurisdizione penale all'interno della quale rimane, invece, saldamente inserito.

Per altro verso, il vero interesse preminente che questa tipologia di condotta riparatoria consente di assicurare è «l'effettività dell'osservanza delle misure di prevenzione e di protezione in tema di sicurezza e di igiene del lavoro». Un interesse che, secondo la Corte, è «di gran lunga prevalente rispetto all'applicazione della sanzione».

Ed è proprio in considerazione della «lesività *seriale*» di questo tipo di violazioni – si tratta in gran parte di reati di pericolo concreto o astratto –, il cui potenziale offensivo risulta particolarmente «percepibile nell'ambito della conservazione di condizioni indispensabili per la salute»²⁵⁹ e la sicurezza dei lavoratori, a rendere questo modello repressivo particolarmente efficace nella prevenzione di eventi di danno²⁶⁰.

Sia pure tardivamente rispetto alla regola violata, il ripristino delle condizioni di sicurezza, prima che si producano lesioni definitive, soddisfa quell'esigenza di «tutela anticipata *dove* si gioca, in realtà, la gran parte delle *chance* di prevenzione»²⁶¹. Non si tratta di un meccanismo che si riduce ad un semplice «traffico delle indulgenze»²⁶², ma di un sistema che, oltre a farsi carico dei pericoli sempre più frequentemente legati alla società del rischio²⁶³, tiene in considerazione anche i rischi derivanti dalle modalità di reazione al reato.

²⁵⁶ Cfr. G. MARINUCCI, *ult. op. cit.*, p. 57 sottolinea il proficuo meccanismo su cui si basa il modello ingiunzionale: «ti ingiungo di fare A, e se non fai A, scatterà una sanzione che ti inseguirà come un segugio, giorno dopo giorno».

²⁵⁷ V. VALENTINI, *ult. op. cit.*, p. 107.

²⁵⁸ Cass., 14.2.2000, Rizzotti, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1322.

²⁵⁹ A. ALESSANDRI, *Parte generale*, in PEDRAZZI, ALESSANDRI, FOFFANI, SEMINARA, SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa, parte generale e reati fallimentari*, 2003, p. 22.

²⁶⁰ G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di un adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 29 ss., 55 osserva «Nulla è l'effettività anche sul versante della tecnica sanzionatoria – penale o civile – il cui funzionamento dipenda dal verificarsi di un evento lesivo: non solo e non tanto per i notori problemi di prova della causazione dell'evento, [...] quanto soprattutto perché l'evento – la morte o la lesione – fortunatamente si verifica ogni tanto, ma il pericolo di tante altre morti o tante altre lesioni perdura minaccioso nel tempo: una perenne spasa di Damocle sulla vita degli uomini!».

²⁶¹ L. EUSEBI, *Ripensare, cit.*, p. 4938 ss. «Il sovradilatarsi del ricorso ai criteri tradizionali del *punire* ha creato, pertanto, un'apparenza di tutela che ha reso per molti versi *simbolica* l'azione preventiva».

²⁶² A rilevarlo è lo stesso T. PADOVANI, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, p. 1157 ss., 1171.

²⁶³ Cfr. U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000, *passim*.

Efficace non è, dunque, solo l'orientamento teleologico proprio di tale meccanismo riparatorio a tutelare interessi fondamentali²⁶⁴, ma anche la sua idoneità a mantenere una perfetta coerenza con gli scopi della pena²⁶⁵, dal momento che la condotta riparatoria, nel dare attuazione al principio di *extrema ratio*²⁶⁶ nella scelta degli strumenti punitivi, sembra particolarmente funzionale al perseguimento di finalità di prevenzione speciale, senza che ciò possa pregiudicare scopi di prevenzione generale.

A tal riguardo è stato invece osservato che i fini della pena risulterebbero «irrimediabilmente compromessi dalla circostanza che il contravventore si ravvede sol perché scoperto»²⁶⁷. In realtà i fini della pena non sembrano essere compromessi per il fatto che la condotta riparatoria è conseguenza della scoperta del fatto di reato, dal momento che tale scoperta rappresenta al più la premessa indispensabile di qualsiasi risposta sanzionatoria ed il presupposto per il perseguimento di qualsiasi finalità si voglia riconoscere al modello punitivo.

Al contrario, in relazione ad esigenze di prevenzione speciale, il reo, nel ripristinare la situazione di legalità, si adopera per tutelare l'identico bene protetto dalla fattispecie incriminatrice²⁶⁸. La condotta riparatoria del reo è volta a rimuovere il fattore di rischio creato e, in tal modo, gli consente di prendere coscienza dell'interesse salvaguardato e del vincolo solidaristico spezzato dal suo comportamento. Non si tratta quindi di una reazione repressiva espressa in puri termini negativi, il cui effetto sarebbe quello di imporre una privazione al reo senza direttamente incidere sulla situazione potenzialmente lesiva, ma di un impegno concreto di ricostruzione che, pur non richiedendo una (irreperibile) connotazione soggettiva (*i.e.* pentimento), può forse perseguire in modo razionale obiettivi di rieducazione del reo, senza perdere l'indispensabile valenza afflittiva. In tal senso la condotta riparatoria sembra poter continuare a esprimere il fatto che "il reato non paga", perché la rimozione della situazione di rischio ed il ripristino di condizioni conformi al dato normativo richiedono un comportamento attivo e positivo del reo: non si tratta né di un premio, né di "un gioco a somma zero".

²⁶⁴ A. ALESSANDRI, *Diritto penale, cit.*, p. 317 s., 320 s. sottolinea che questo «strumento – di tipo sostanzialmente ingiunzionale [...] – manifesta al meglio la propria efficacia poiché impone all'impresa, sotto minaccia della pena nei confronti della persona fisica, di rendere sicuri sugli strumenti e le zone di lavoro».

²⁶⁵ Cfr. G. AMARELLI, *Le ipotesi estintive, cit.*, p. 102; L. EUSEBI, *La riforma del sistema, cit.*, p. 34 ss.

²⁶⁶ Cfr. G. AMARELLI, *ult. op. cit.*, p. 106.

²⁶⁷ V. VALENTINI, *La riforma dei meccanismi premiali, cit.*, p. 606, rileva che «il sacrificio dei classici fini della pena (prevenzione generale e speciale, idea retributiva), irrimediabilmente compromessi dalla circostanza che il contravventore si ravvede sol perché scoperto, trova così un contrappeso nella effettiva ed «opportunistica» tutela dei beni salute e sicurezza del lavoro».

²⁶⁸ Cfr. V. VALENTINI, *Il meccanismo, cit.*, p. 107; S. PROSDOCIMI, *Profili, cit.*, p. 292 ss.

Sul secondo versante, ossia quello della prevenzione generale, il meccanismo riparatorio qui descritto potrebbe comportare il rischio di pregiudicare la funzione deterrente della pena. Ciò potrebbe altresì avere l'effetto «di vanificare del tutto la funzione general-preventiva positiva delle norme incriminatrici in materia antinfortunistica e di legittimare di fatto la loro elusione»²⁶⁹.

Dinanzi ai rischi di erosione della credibilità del divieto, si osserva che «le cifre delle organizzazioni mondiali del lavoro parlano – per tutti i Paesi sviluppati – di centinaia di migliaia di infortuni sul lavoro, con un numero rilevante di morti»²⁷⁰. Ad una minaccia penale che conserva una scarsa efficacia dissuasiva ed una tenue capacità di orientamento delle condotte individuali, il riconoscimento di un'ampia rilevanza della condotta riparatoria da parte del d.lgs. n. 758/994, anche oltre i confini tracciati dall'oblazione discrezionale *ex art. 162 bis c.p.*²⁷¹ – ossia a prescindere dalle preclusioni soggettive per quest'ultima previste²⁷² –, sembra ugualmente costituire non solo una risposta pronta e credibile alla violazione, ma altresì in grado di trasmettere un messaggio promozionale di tutela del bene protetto²⁷³, il cui contenuto riafferma gli stessi valori garantiti della fattispecie incriminatrice. In tal senso è lo stesso potenziale special-preventivo del meccanismo riparatorio in esame a perseguire finalità di prevenzione generale positiva, «creando condizioni favorevoli al rafforzarsi del consenso intorno ai precetti normativi»²⁷⁴.

Qualche notazione ulteriore merita di essere, infine, svolta proprio in riferimento ai rapporti tra la condotta riparatoria prevista dal d.lgs. 758/1994 e quella

²⁶⁹ G. AMARELLI, *ult. op. cit.*, p. 124 s.

²⁷⁰ G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche, cit.*, p. 55.

²⁷¹ Sui rapporti tra i due istituti cfr. Cass., 29.11.2007, n. 44369, in *CED*, ha sancito che «In tema di prevenzione infortuni ed igiene del lavoro, la facoltà concessa in generale dall'art. 162 bis cod. pen. di richiedere l'oblazione speciale non è alternativa a quella introdotta dalla speciale disciplina di cui all'art. 24, comma terzo, del D.Lgs. 19 dicembre 1994, n. 758, in quanto può essere esercitata non soltanto quando non ricorrono le condizioni per l'esperimento della procedura amministrativa prevista dal predetto decreto, ma anche quando il contravventore ha ritenuto di non avvalersene»; sul punto v. G. AMARELLI, *L'oblazione discrezionale, cit.*, p. 2998 ss.

²⁷² il meccanismo estintivo di cui agli artt. 19 ss. del d.lgs. 758/1994, oltre ad avere natura obbligatoria, non sarebbe precluso, a differenza dell'oblazione discrezionale, nelle ipotesi descritte ai commi terzo e quarto dell'art. 162 *bis c.p.*, che escludono l'accesso all'oblazione nei casi di recidiva previsti dall'art. 99, c. 3 *c.p.*, quando permangono conseguenze dannose o pericolose eliminabili oppure in considerazione alla gravità del fatto (v. su quest'ultimo punto Cass., 15.2.2005, n. 5811, in *CED*). Questa mancanza di limiti all'accesso al meccanismo riparatorio è il punto di contatto forse più delicato della disciplina in oggetto; cfr. G. AMARELLI, *ult. op. cit.*, p. 136 ss. rileva la problematica mancanza di preclusioni soggettive; ricostruisce, inoltre, gli orientamenti sul carattere obbligatorio o facoltativo della prescrizione da parte dell'organo di vigilanza e conclude nel senso che quest'ultima sia «un *atto obbligatorio*, [...] *fatta eccezione* per i casi in cui, per la struttura dell'illecito o per la qualifica del destinatario, la sua emanazione risulti *oggettivamente impossibile*» (p. 139); in quest'ultimo senso si è espressa anche Corte Cost., 10-16.12.1998, n. 416.

²⁷³ Cfr. L. EUSEBI, *La riforma del sistema, cit.*, p. 51.

²⁷⁴ L. EUSEBI, *ult. op. cit.*, p. 53.

prevista dalla disciplina dell'oblazione discrezionale. Occorre innanzitutto osservare che ad apparire diversa è la stessa *ratio* politico-criminale dei due istituti²⁷⁵. Mentre, infatti, l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato di cui all'art. 162 *bis* c.p. rimane sullo sfondo, più come condizione per la concessione del beneficio che come interesse preminente alla base dell'istituto, il modello ingiunzionale descritto dal d.lgs. 758/1994 fa della condotta riparatoria, consistente nell'eliminazione della situazione di pericolo, una vera e propria risposta alternativa al reato più funzionale sia nel perseguire un'effettiva tutela delle potenziali vittime, sia nell'evitare inutili privazioni al reo.

2.2. Il meccanismo riparatorio in materia ambientale. La «lesività seriale delle aggressioni»²⁷⁶ che caratterizza l'intero diritto penale d'impresa emerge in tutta evidenza, oltre che in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, nel diritto penale dell'ambiente²⁷⁷. Ed è proprio il distacco cronologico, che si apre tra l'accumulo degli effetti delle condotte aggressive reiterate e l'effettiva lesione degli interessi in gioco che può avvenire anche con notevole ritardo rispetto alle prime²⁷⁸, a lasciare ampi margini di operatività alla condotta riparatoria.

Proprio là dove si realizza un'anticipazione della tutela penale²⁷⁹, attraverso l'autonoma incriminazione della violazione di regole a contenuto cautelare (ad es. il rispetto di valori soglia)²⁸⁰ oppure attraverso un arretramento dell'intervento punitivo verso beni strumentali o funzionali²⁸¹, al fine di offrire una più intensa salvaguardia a beni finali come la vita e l'integrità fisica, un meccanismo di risposta al reato di tipo riparatorio può introdurre, rispetto alle forme del diritto penale "classico" (pena detentiva e pecuniaria), elementi di maggiore razionalità nel perseguire scopi di tutela. E ciò in modo particolare se si pensa che, nel settore che viene qui in rilievo, la tutela di un bene giuridico non facilmente perimetrabile come l'ambiente è strumentale alla salvaguardia della salute.

²⁷⁵ Ampiamente sulle differenze tra i due istituti v. G. AMARELLI, *Le ipotesi estintive*, cit., p. 178 ss.; G. AMARELLI, *L'oblazione discrezionale*, cit., p. 2998 ss.

²⁷⁶ A. ALESSANDRI, *Parte generale*, cit., p. 22.

²⁷⁷ D. MICHELETTI, *d.lg. 3 aprile 2006, n. 152, Norme in materia ambientale*, sub *Articolo 257, Bonifica dei siti*, in *generale*, in F. PALAZZO, C. E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, p. 329 ss., 350.

²⁷⁸ A. ALESSANDRI, *Parte generale*, cit., p. 22; C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, cit., 129 ss.

²⁷⁹ W. HASSEMER, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 1992, 398 ss. parla a tal riguardo di «*Interventionsrecht*».

²⁸⁰ Cfr. A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., p. 67 ss.

²⁸¹ Cfr. A. ALESSANDRI, *Parte generale*, cit., p. 24 ss.

Pur con alcune modifiche rispetto all'art. 51-*bis* del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, l'attuale primo comma dell'art. 257 d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152²⁸², replicando la struttura della previgente fattispecie incriminatrice²⁸³, dispone che «Chiunque cagiona l'inquinamento del suolo, del sottosuolo, delle acque superficiali o delle acque sotterranee con il superamento delle concentrazioni soglie di rischio è punito con la pena dell'arresto da sei mesi a un anno o con l'ammenda da duemilaseicento euro a ventiseimila euro, se non provvede alla bonifica in conformità al progetto approvato dall'autorità competente nell'ambito del procedimento di cui agli articoli 242 e seguenti». Inoltre, così come previsto dall'ultimo comma dell'art. 257 TUA, l'attuazione del progetto di bonifica in conformità agli artt. 242 ss. «costituisce condizione di non punibilità per i reati ambientali contemplati da altre leggi per il medesimo evento e per la stessa condotta di inquinamento di cui al comma 1».

Lasciando anche in questo caso sullo sfondo il dibattito dottrinale²⁸⁴ e giurisprudenziale²⁸⁵ sull'inquadramento dogmatico dell'attuazione della bonifica, ossia indipendentemente dal fatto che quest'ultima debba essere interpretata come una causa sopravvenuta di non punibilità²⁸⁶ piuttosto che una condizione obiettiva di punibilità intrinseca a contenuto negativo²⁸⁷, ci si limita a rilevare che la condotta riparatoria in esame consiste in una controazione rispetto al fatto incriminato, il cui scopo è quello di elidere gli effetti dell'inquinamento, salvaguardando così l'ambiente, da un lato, e la salute, dall'altro.

²⁸² Sul punto v. C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2011, p. 137 ss.

²⁸³ D. MICHELETTI, *d.lg. 3 aprile 2006, n. 152, cit.*, p. 346.

²⁸⁴ Da ultimo C. RUGA RIVA, *La bonifica dei siti inquinati, tra interpretazione a fortiori e analogia in malam partem*, in corso di pubblicazione; per un quadro completo degli orientamenti v. A. INGRASSIA, *Il tortuoso percorso della giurisprudenza di legittimità sulla omessa bonifica: dal "silenzio inevitabile" della norma penale simbolica al "canto delle sirene" della "giustizia tutta intera"*, in *Riv. giur. dell'ambiente*, 2011, p. 270 ss.; D. MICHELETTI, *d.lg. 3 aprile 2006, n. 152, cit.*, p. 347 ss.; A. L. VERGINE, *Il reato di omessa bonifica: inquietanti segnali dalla Cassazione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2010, p. 645 ss.

²⁸⁵ Per una ricostruzione di quello che risulta essere l'orientamento giurisprudenziale prevalente v. Cass., 14 marzo 2007, n. 26479, in *CED*, «In tema di gestione dei rifiuti, l'omessa bonifica del sito inquinato secondo le cadenze procedurali disciplinate dall'art. 17 D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 integra una condizione obiettiva di punibilità "intrinseca" a contenuto negativo che incide sull'interesse tutelato dalla fattispecie, in quanto il legislatore ha condizionato la punibilità del reato all'ulteriore condotta omissiva del contravventore il quale, sebbene destinatario di ordinanza di diffida sindacale, non provvede alla bonifica del sito inquinato avendo cagionato l'inquinamento ovvero un pericolo concreto ed attuale di inquinamento. (In motivazione la Corte ha ulteriormente precisato che ciò si giustifica in quanto il mancato raggiungimento dell'obiettivo della bonifica determina un aggravarsi dell'offesa al bene tutelato dalla norma incriminatrice, già perpetrata dalla condotta di inquinamento)».

²⁸⁶ P. SEVERINO DI BENEDETTO, *I profili penali connessi alla bonifica di siti inquinati*, in *Ambiente*, 2000, p. 417 ss., 420.

²⁸⁷ D. MICHELETTI, *d.lg. 3 aprile 2006, n. 152, cit.*, p. 355 ss.; tesi condivisa anche dalla giurisprudenza v. Cass., 13.4.2010, n. 22006, in *CED*, Cass., 14.3.2007, n. 26479, in *CED*.

Sebbene il c. 3 dell'art. 257 TUA abbia stabilito che la concessione della sospensione condizionale della pena può essere subordinata (anche in caso di patteggiamento) «alla esecuzione degli interventi di emergenza, bonifica e ripristino ambientale», emerge qui con forza un dato rilevante che segnala peraltro un'interessante inversione di tendenza.

Come è facile osservare, le sanzioni previste dall'art. 257 TUA (arresto da sei mesi a un anno o ammenda da 2.600 a 26.000 euro) possono risultare sensibilmente meno afflittive rispetto alla condotta riparatoria consistente nella bonifica del sito inquinato. Questa fattispecie contravvenzionale lascia, innanzitutto, aperto l'accesso all'oblazione discrezionale (art. 162 *bis* c.p.) attraverso il pagamento di una somma pari a 13.000 euro, che è del tutto imparagonabile ai costi di una bonifica²⁸⁸. Mentre questo squilibrio potrebbe essere evitato nel caso in cui il giudice imponesse al reo di eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato proprio attraverso la bonifica, rimarrebbe in ogni caso salva la possibilità del reo di ottenere la sostituzione della pena detentiva in libertà controllata o pena pecuniaria.

Anche tenendo in considerazione la possibilità di disporre la confisca dell'area ai sensi dell'art. 240 c. 1 c.p., la componente maggiormente afflittiva ed al contempo più idonea a tutelare gli interessi coinvolti (ambiente e salute) rimane l'attuazione della bonifica. Come è stato giustamente rilevato «la vera 'sanzione' che l'ordinamento ha interesse ad irrogare ed a vedere eseguita in concreto, in simili ipotesi, [è] precisamente l'obbligo di riparazione»²⁸⁹: l'unico rimedio in grado di reintegrare gli interessi tutelati dalle fattispecie incriminatrici.

In tal senso è la condotta riparatoria che individua l'elemento in grado di perseguire al meglio le finalità della pena. Sul piano general-preventivo, perché impone un impegno oneroso al reo e funzionale alla riaffermazione simbolica del valore salvaguardato dalla fattispecie. Sul piano special-preventivo, perché consiste in un'assunzione di responsabilità da parte del reo in relazione all'offesa arrecata e permette di riannodare il vincolo solidaristico (art. 2 Cost.) che sta alla base della convivenza civile²⁹⁰. Tutti scopi che rimarrebbero ad una distanza siderale ove fosse inflitta la pena detentiva o pecuniaria comminata dall'art. 257 TUA.

²⁸⁸ C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 141.

²⁸⁹ Così L. BISORI, *Gli istituti ripristinatori nel diritto penale ambientale*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, II, Firenze, 1999, p. 597 ss., p. 615.

²⁹⁰ In tal senso anche L. BISORI, *Gli istituti ripristinatori*, *ult. op. cit.*, p. 616, il quale peraltro auspica il ricorso a pene private: «sarebbe sufficiente prevedere una sola volta la pena della riparazione (da solo o congiunta ad altre pene, è questione impregiudicata) come sanzione tipica per il fatto inquinatorio, ed eventualmente disporre, per il caso di inadempimento, adeguati meccanismi di conversione in altre pene – più afflittive ed eseguibili – che fungano da norme di chiusura del sistema»; cfr. F. PALAZZO, *Principi fondamentali*, cit., p. 545 ss. L'A. esprime qualche riserva sul ricorso a sanzioni ripristinatorie: «è chiaro che questa tendenza legislativa produce una attenuazio-

2.3. Il meccanismo riparatorio in materia societaria. Rispetto alle forme di condotta riparatoria della legislazione penale complementare fin qui analizzate, quella introdotta dalla riforma dei reati societari con la d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 sembra essere di tutt'altra natura.

Accanto ad uno spostamento della tutela penale sull'evento di danno²⁹¹ e ad una generalizzata attenuazione delle riposte punitive, la riforma del 2002 ha previsto, in relazione ad un nucleo ristretto ma rilevante di fattispecie poste a tutela del capitale sociale (artt. 2627, 2628, 2629, 2633 c.c.), una nuova causa di estinzione del reato condizionata al risarcimento del danno (in forma generica o specifica).

Mentre per l'*illegale ripartizione degli utili e delle riserve* (art. 2627 c.c.) e per le *illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante* (art. 2628 c.c.) la condotta riparatoria, che risulta in entrambi i casi del tutto equivalente, consiste rispettivamente «nella restituzione degli utili o nella ricostituzione delle riserve» ovvero «nella ricostituzione del capitale e delle riserve», nell'ipotesi di cui all'art. 2629 c.c. (*operazioni in pregiudizio dei creditori*) e in quella ex art. 2633 c.c. (*indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori*) è «il risarcimento del danno» (patrimoniale e non patrimoniale) a fungere da presupposto per l'estinzione del reato. Il limite temporale entro il quale il meccanismo estintivo può operare è, per quanto riguarda gli artt. 2627 e 2628 c.c., il termine previsto per l'approvazione del bilancio, mentre per gli artt. 2629 e 2633 c.c. è l'apertura del giudizio. Margini temporali che, in entrambi i casi, risultano a tal punto ampi da rischiare di vanificare una tempestiva tutela *ex post* degli interessi salvaguardati dalle fattispecie incriminatrici.

Oltre a quelle appena menzionate, vi è un'ulteriore differenza. Se il meccanismo riparatorio previsto dagli artt. 2627 e 2628 c.c. fa da contraltare ad un trattamento sanzionatorio blando – pena detentiva fino ad un anno –, nelle altre due ipotesi (artt. 2629 e 2633 c.c.), oltre ad essere prevista la perseguibilità a querela, che già di per sé lascia ampi spazi a vie d'uscita negoziali, la causa di estinzione arriva a coprire una minaccia punitiva che raggiunge, nel massimo edittale, i tre anni di reclusione.

ne della componente tanto retributiva quanto rieducativa della pena in una più generale prospettiva che potrebbe dirsi di progressiva 'privatizzazione' della sanzione criminale» (p. 549 s.); lo stesso A. rileva che «circoscrivere la tutela penale dell'ambiente alle sole fattispecie 'ingiunzionali' significherebbe di molto indebolirla, rendendola esclusivamente 'successiva' e rinunciando dunque totalmente alle virtualità preventive e dissuasive del diritto penale» (p. 569).

²⁹¹ Cfr. ALESSANDRI, *Alcune considerazioni generali sulla riforma*, in ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, Milano, 2002, 3 ss., 21 ss.; ALESSANDRI, *Il ruolo del danno patrimoniale dei nuovi reati societari*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 797 ss.

Costruita sull'archetipo dell'art. 641 c.p.²⁹², che incrimina l'insolvenza fraudolenta, ma lascia aperta la possibilità al reo di non essere punito in caso di adempimento dell'obbligazione prima della condanna definitiva, la condotta riparatoria presente nel panorama dei reati societari, essendo limitata al mero risarcimento del danno civilistico, da un lato rischia di oscurare interessi non ricomponibili sul piano esclusivamente patrimoniale, e dall'altro lato, finisce per svuotare la già esigua finalità general-preventiva della fattispecie incriminatrice²⁹³. A ciò sia aggiunta che questo meccanismo riparatorio finisce di fatto per incentivare «una perversa reiterazione»²⁹⁴ delle violazioni.

Per quanto concerne la natura esclusivamente patrimoniale della condotta riparatoria, occorre innanzitutto rilevare che il capitale sociale, alla cui tutela sono predisposti gli artt. 2627, 2628, 2629 e 2633 c.c., non rappresenta solo una garanzia degli interessi del ceto creditorio, ma individua altresì l'insieme dei mezzi economici conferiti dai soci che sono indispensabili «per assicurare il perseguimento dell'oggetto sociale»²⁹⁵. Se, per un verso, la condotta riparatoria consistente nel risarcimento del danno è, dunque, astrattamente in grado di tutelare *ex post* gli interessi dei creditori (artt. 2629 e 2633 c.c.), per altro verso la natura istituzionale degli interessi legati al capitale sociale (artt. 2627 e 2628 c.c.), che funge da presupposto fondamentale sia per il corretto funzionamento della società, sia per lo stesso conseguimento dell'oggetto sociale²⁹⁶, rimane fatalmente oscurata. La dimensione sovraindividuale dell'offesa al capitale sociale non può essere, infatti, salvaguardata attraverso una condotta riparatoria a contenuto meramente patrimoniale come il risarcimento in forma specifica (restituzione degli utili oppure ricostituzione del capitale e delle riserve)²⁹⁷.

²⁹² A. ALESSANDRI, *Diritto penale, cit.*, p. 310.

²⁹³ D. PULITANÒ, *La riforma, cit.*, p. 968 s.

²⁹⁴ A. ALESSANDRI, *ult. op. cit.*, p. 311; A. ALESSANDRI, *La legge delega n. 366 del 2001: un congedo dal diritto penale societario*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1545 ss., 1551; A. PERINI, *Le operazioni in pregiudizio dei creditori*, in L. D. CERQUA (a cura di), *Diritto penale delle società. Profili sostanziali e processuali, Tomo I*, Padova, 2009, p. 369 ss., parla di «svendita della punibilità di reati tutt'altro che «bagatellari» (nonostante la pesante revisione «al ribasso» delle sanzioni comminate) a fronte della mera estinzione del danno patrimoniale conseguente al reato stesso» (p. 422).

²⁹⁵ C. PEDRAZZI, *La disciplina penale delle società commerciali*, in *D. disc. pen.*, 4^a ed., vol. XIII, Torino, 1998, 347 ss.; ora in ID., *Diritto penale, vol. III, scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, 293 ss.; F. MUCCIARELLI, *La tutela penale del capitale sociale e delle riserve obbligatorie per legge*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società, D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Milano, 2002, p. 287 ss.

²⁹⁶ Cfr. A. PERINI, *Indebita restituzione dei conferimenti*, in L. D. CERQUA (a cura di), *Diritto penale delle società. Profili sostanziali e processuali, Tomo I*, Padova, 2009, p. 235 ss., 240 s.

²⁹⁷ Cfr. C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in AA. VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979; ora in ID., *Diritto penale, vol. III, scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, 129 ss. sottolinea la dimensione superindividuale della tutela dell'integrità del capitale sociale; T. GIACOMETTI, *La tutela penale del capitale sociale*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Reati in materia economica*, in F. PALAZZO, C. E. PALIERO (a cura di), *Trattato*

In altri termini, il carattere sovraindividuale che connota il bene giuridico "capitale sociale" rimane del tutto estraneo rispetto al piano economico sul quale si muove il meccanismo riparatorio post-fattuale²⁹⁸.

Inoltre, anche là dove il piano dell'offesa e quello della condotta riparatoria sembrano coincidere (come per gli artt. 2629 e 2633 c.c. che tutelano gli interessi dei creditori), la causa di estinzione del reato qui analizzata finisce comunque per «"monetizzare" il rischio penale barattando un vantaggio, presente e certo, con il risarcimento, futuro ed eventuale, privo di stigma criminale»²⁹⁹.

È curioso notare che, solo due anni prima, considerazioni identiche erano state svolte dal legislatore del 2000 in relazione ai reati tributari. Dinanzi alla possibilità di attribuire un effetto estintivo alla condotta riparatoria, consistente nel pagamento dei debiti tributari (che nell'attuale formulazione dell'art. 13 d.lgs. 74/2000 ha valore di semplice circostanza attenuante), il legislatore riteneva che tale «soluzione estrema» dovesse essere scartata «sul rilievo che in materia di criminalità economica, e tributaria in particolare – laddove vengono in giuoco interessi di natura prettamente patrimoniale – una simile soluzione finirebbe per frustrare la comminatoria di pena, se non anche per sortire un effetto «criminogeno», in quanto consentirebbe ai contribuenti di «monetizzare» il rischio della responsabilità penale, barattando, sulla base di un freddo calcolo, la certezza del vantaggio presente con l'eventualità di un risarcimento futuro privo di stigma criminale»³⁰⁰.

Da un punto di vista generale, non può che sollevare dubbi di ragionevolezza³⁰¹ una condotta riparatoria che ha un così circoscritto e poco coerente ambito di applicazione. E ciò non solo perché è stata confinata al piano esclusivamente civilistico dell'offesa, ma perché la scelta di limitare l'operatività del meccanismo estintivo a questo ristretto numero di ipotesi, a prescindere dalle riserve suscitate in re-

teorico pratico di diritto penale, vol. VIII, Torino, 2012, p. 3 del dattiloscritto in corso di pubblicazione.

²⁹⁸ In tal senso anche G. MARTIELLO, *La tutela penale del capitale sociale nelle società per azioni*, Firenze, 2007, p. 114 dove osserva che «se, da un lato, la restituzione degli utili, ovvero la restituzione delle riserve, senz'altro influisce sulla dimensione per così dire "fisica" del capitale sociale, che in tale prospettiva ben può essere ripristinato in un qualsiasi momento, dall'altro è pur vero che tale dimensione non esaurisce, sul piano giuridico, l'essenza del bene giuridico-capitale sociale, in rapporto a quella che sembra ragionevole identificare la natura dell'offesa arrecata».

²⁹⁹ R. BRICHETTI, *Le fattispecie di non punibilità conseguenti alle restituzioni od al risarcimento del danno*, in A. GIARDA, S. SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, p. 757 ss., 758.

³⁰⁰ Così la *Relazione al decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74*, in *Guida al dir.*, 2000, n. 14, p. 40; una considerazione che, alla luce dei ripetuti condoni fiscali suggerisce l'immagine di un legislatore che orienta le proprie scelte su logiche davvero poco conciliabili; sul punto v. C. PIERGALLINI, *Fondamento*, cit., p. 1691.

³⁰¹ *Contra* E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2002, p. 8 ritiene che la causa di estinzione del reato prevista per tali fattispecie incriminatrici si inquadra bene in «una linea di politica criminale orientata alla tutela di beni giuridici e influenzata in maniera positiva dall'idea dello scopo».

lazione al principio di uguaglianza, appare poco coerente quanto meno sul piano sistematico, dal momento che non si capisce per quale motivo quest'ultimo non sia stato previsto anche in relazione ad altre fattispecie, prima fra tutte quella di cui all'art. 2626 c.c. (*Indebita restituzione dei conferimenti*).

In relazione agli scopi della pena, la condotta riparatoria in esame sembra priva di ogni potenzialità general-preventiva. Da un lato, perché il mero adempimento degli obblighi civilistici è strutturalmente inidoneo ad esercitare un effetto deterrente; effetto deterrente che, peraltro, risulta già in gran parte svuotato, almeno per quanto riguarda gli artt. 2627 e 2628 c.c., dal trattamento sanzionatorio non solo estremamente mite, ma anche sostituibile con la libertà controllata o la pena pecuniaria (entro il limite di sei mesi): vero paradigma della monetizzazione delle offese. Dall'altro lato, perché questo meccanismo riparatorio rischia di generare un pericoloso cortocircuito criminogeno, che (paradossalmente) promuove le condotte illecite invece di svolgere una funzione di orientamento nei confronti dei destinatari del precetto.

A tal riguardo è, infatti, sufficiente che il reo provveda opportunamente a tenere la condotta riparatoria (risarcimento del danno o restituzioni) nell'arco del generoso «"periodo franco"»³⁰² – ossia quel periodo intercorrente tra la commissione del fatto e l'approvazione del bilancio (artt. 2627 e 2628 c.c.) oppure l'apertura del giudizio (artt. 2627 e 2628 c.c.) – che la disciplina gli offre per depredate, prima, e ripristinare, poi, il capitale sociale³⁰³.

Il sacrificio degli scopi di prevenzione generale negativa e positiva non è neppure temperato da esigenze di prevenzione speciale, dal momento che non può certo definirsi risocializzativo un meccanismo riparativo che, nel consentire facili inosservanze quasi del tutto prive di conseguenze sfavorevoli, finisce per pregiudicare anziché favorire una presa di coscienza da parte del reo circa l'importanza degli interessi tutelati.

Dinanzi a questo modello di condotta riparatoria che, nel rimanere completamente schiacciata su una logica puramente patrimoniale degli interessi in gioco, esprime icasticamente «l'impostazione individualistica ed economicistica della nuova disciplina societaria»³⁰⁴, non resta che auspicare un arricchimento del meccanismo riparatorio attraverso l'imposizione di prescrizioni o l'adempimento di prestazioni a contenuto riparatorio (come ad es. lo svolgimento di un'attività non

³⁰² A. ALESSANDRI, *La legge delega n. 366 del 2001: un congedo dal diritto penale societario*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1551; negli stessi termini D. PULITANÒ, *La riforma*, cit., p. 968.

³⁰³ Cfr. L. FOFFANI, *Rilievi critici in tema di riforma del diritto societario*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1197 ss.; G. MARTIELLO, *La tutela penale del capitale sociale*, cit., p. 101 mette in rilievo il fatto che il meccanismo estintivo «potrebbe oltretutto minare alla radice, con il trascorrere del tempo, la stessa consapevolezza dell'illegittimità del proprio comportamento da parte dei suddetti soggetti».

³⁰⁴ A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., p. 311.

retribuita a favore della collettività). E ciò non solo per fugare il dubbio che un meccanismo riparatorio unicamente condizionato all'adempimento di prestazioni di carattere economico possa entrare in contrasto con il principio di uguaglianza³⁰⁵, ma anche per arricchire la condotta riparatoria di una componente special-preventiva non priva di contenuti *lato sensu* afflittivi.

2.4. La condotta riparatoria nella giurisdizione del Giudice di pace. Accanto ai vari casi di non punibilità conseguenti a condotte riparatorie disciplinate dalle singole fattispecie incriminatrici, assume particolare interesse la disposizione di carattere generale inserita nell'ambito della giurisdizione del giudice di pace³⁰⁶.

L'art. 35 del d.lgs. 274/2000 ha, infatti, previsto l'estinzione del reato, quando l'imputato dimostra di aver proceduto, prima dell'udienza di comparizione o durante il periodo di sospensione del processo disposto a tal fine dal giudice, alla riparazione integrale³⁰⁷ del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato³⁰⁸. Nell'attribuire un effetto estintivo alle stesse condotte riparatorie che di norma hanno un mero effetto attenuante, l'art. 35 del d.lgs. 274/2000 cerca di coniugare questo meccanismo premiale con le finalità della pena. Come infatti prevede il secondo comma della norma in esame, «Il giudice di pace pronuncia la sentenza di estinzione del reato di cui al comma 1, solo se ritiene le attività risarcitorie e riparatorie idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione».

Proprio per soddisfare il carattere afflittivo della condotta riparatoria e perseguire scopi di prevenzione, la Corte di cassazione ha affermato che la «causa estintiva non può essere ravvisata al di fuori degli stretti parametri normativi indicati dal suddetto art. 35, in virtù dei quali l'attività risarcitoria non è da sola sufficiente a consentirne l'operatività, richiedendosi unitamente alla dimostrazione, da parte dell'imputato, dell'avvenuta riparazione del danno cagionato alla vittima, mediante le restituzioni ed il risarcimento, anche l'eliminazione effettiva delle conseguenze dannose o pericolose del reato. Ne deriva che il giudice deve riscontrare e valutare le attività riparatorie, apprezzandone in concreto l'idoneità a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione, in modo da

³⁰⁵ Cfr. M. ROMANO, *Risarcimento del danno cit.*, p. 876 s.

³⁰⁶ Cfr. F. GIUNTA, *La giurisdizione penale di pace. Profili di diritto sostanziale*, in *Studium iuris*, 2001, p. 395 ss.; S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace, un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, 2001, p. 497 ss.

³⁰⁷ Cass., 15.3.2004, n. 43, in *CED*.

³⁰⁸ Sul punto v. R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il Giudice di Pace nella giurisdizione penale*, Torino, 2001, p. 377 ss.

assicurare comunque una valenza retributiva e di prevenzione speciale all'intervento giurisdizionale dinanzi a condotte improntate ad un dato grado di gravità e pericolosità»³⁰⁹.

Tale riscontro del giudice circa il carattere afflittivo e, al contempo, preventivo della condotta riparatoria può forse attenuare le perplessità sollevate in relazione al rischio di «monetizzazione forzata delle offese a beni altamente personali, come l'onore e l'integrità fisica»³¹⁰. E ciò non solo perché la norma in esame prevede l'obbligatoria audizione della persona offesa, ma anche perché l'ampio potere discrezionale del giudice nel valutare, anche attraverso l'imposizione di specifiche prescrizioni (art. 35, c. 3), il soddisfacimento delle finalità della pena attraverso la condotta riparatoria, funge da «sensato argine alle attività negoziali che potrebbero vedere una soccombenza forzata della vittima, anche attraverso una valutazione giudiziale della stessa congruità del risarcimento»³¹¹.

Se il meccanismo riparatorio previsto dall'art. 35 del d.lgs. 274/2000 fosse stato condizionato «alla mancata opposizione della vittima»³¹², il suo ambito di operatività, oltre ad uscirne fortemente ridimensionato, sarebbe stato rimesso alla più o meno intensa volontà di ritorsione vendicativa della persona offesa³¹³ oppure ad istanze meramente retributive³¹⁴.

³⁰⁹ Cass., 18.1.2007, n. 5581, in *CED*; negli stessi termini Cass., 9.12.2003, n. 11522, in *CED*.

³¹⁰ F. GIUNTA, *La giurisdizione*, cit., p. 402.

³¹¹ Cfr. A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., p. 318 sottolinea, tuttavia, le difficoltà di valutazione di un danno, la cui quantificazione è priva di criteri guida predeterminati dal legislatore; L. EUSEBI, *Dirsi*, cit., p. 637 ss.; ex adverso D. FONDAROLI, *Profili problematici del risarcimento e della riparazione come strumenti penalistici "alternativi"*, in E. VENAFFRO, C. PIEMONTESE (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2005, p. 137 ss. ritiene che «si può considerare collocata una pietra tombale sulla elaborazione di decenni di dibattito dottrinale circa la funzione della pena e sui mille rivoli nei quali essa è dispersa. Ma ai fini della nostra indagine ciò che più importa è che sembra potersi dedurre dall'art. 35 che "le attività risarcitorie e riparatorie" costituiscono una sanzione penale, tanto che ad esse vengono ricondotte (seppure con un buon margine di superficialità) alcune tradizionali funzioni della pena»; l'A. conclude osservando che «la "privatizzazione" del sistema penale faccia correre il rischio di un ritorno ad una sorta di giustizia dei singoli» e «le "mobili frontiere del danno ingiusto", con conseguente espansione dell'ambito del danno risarcibile, escludono qualunque pretesa di osservanza del principio di legalità» (p. 148 s.).

³¹² F. GIUNTA, *ult. op. cit.*, p. 402.

³¹³ Cass., 24.3.2005, n. 14070, in *CED* «Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto l'idoneità dell'offerta reale a costituire la condotta riparatoria normativamente prevista quale causa estintiva del reato, tenuto conto dell'entità del fatto, del pericolo di reiterazione del reato, della personalità dell'imputato, del comportamento susseguente alla commissione del fatto criminoso, della finalità pacificatoria della condotta e degli interessi in gioco, pur in presenza di un rifiuto dell'offerta da parte della persona offesa, non per sua soggettiva incongruità, ma solo per la sua volontà di vedere comunque perseguito l'imputato».

³¹⁴ F. GIUNTA, *La giurisdizione*, cit., p. 403 osserva che questo rappresenterebbe «un epilogo [...] discutibile tutte le volte in cui la vittima pretende che «giustizia sia fatta»: ossia mantiene la sua richiesta di punizione del colpevole».

Sul punto è la stessa Relazione al d.lgs. 274/2000 a precisare che, se inizialmente lo schema di decreto legislativo trasmesso alle Camere «limitava il rilievo dell'istituto ai reati diversi da quelli perseguibili a querela³¹⁵, sul presupposto della ritenuta intangibilità della volontà punitiva manifestata dal privato», successivamente tali reati sono stati inclusi proprio in considerazione del fatto che una loro eventuale esclusione avrebbe tradotto la causa estintiva in «un mero simulacro magari provvisto di efficacia evocativa, ma destinato a rivelare un impatto poco più che trascurabile sul sistema»³¹⁶.

Vi è un'ulteriore questione che merita di essere analizzata. Se la giurisprudenza di merito sembrava ritenere che l'art. 35 d.lgs. 274/2000 fosse applicabile anche ai reati di pericolo³¹⁷, la Corte di cassazione ha più volte ribadito che «il meccanismo di cui all'art. 35 d.lg. 28 agosto 2000 n. 274, che prevede l'estinzione del reato allorquando l'imputato dimostri di avere proceduto, prima dell'udienza di comparizione, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, ed alla eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, non è applicabile nei confronti dei reati di pericolo per i quali le condotte riparatorie appaiono oggettivamente incompatibili, nel senso che non costituiscono un "*actus contrarius*" rispetto alla condotta incriminata, né sono in grado di realizzare qualche forma di compensazione nei confronti della persona offesa. (Nella specie, la Corte ha escluso che, rispetto alla contravvenzione di guida sotto l'influenza dell'alcool³¹⁸, potessero valere, ai fini e per gli effetti del meccanismo estintivo suddetto, l'avvenuta sottoposizione dell'imputato ad un trattamento so-

³¹⁵ Questa era stata la scelta operata con la legge n. 689/1981 che escludeva dalla depenalizzazione i reati perseguibili a querela; sul punto v. F. SGUBBI, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, in *Ind. pen.*, 1983, p. 253 ss., 266.

³¹⁶ Cfr. *Relazione al d.legisl. 28 agosto 2000 «Disposizioni in materia di competenza penale del giudice di pace»*, in *Dir. e Giust.*, 2000, n. 31. p. 37 dove si precisa inoltre che «di fatto, esso avrebbe operato solo per pochissime contravvenzioni non obblabili a norma degli art. 162 e 162-bis del codice penale. Questa constatazione rafforza il Governo nella convinzione che il delegante non abbia voluto riservare uno spazio così angusto a una causa estintiva densa di implicazioni sul piano sistematico e politico-criminale, ancor più accentuate in un sistema di giustizia animato da scopi conciliativi come è quello delineato per il giudice di pace».

³¹⁷ Cfr. GdP Torino, 8.19.2002, in *Giur. merito*, 2003, p. 958; GdP Mezzolombardo, 15.5.2003, n. 22 e n. 23 in base alle quali le esigenze di riprovazione e prevenzione possono essere soddisfatte dalla frequentazione di un centro di alcoologia da parte dell'imputato di giovane età; così come citate da F. PANIZZO, *Primi dati sull'applicazione dell'art. 35 d.lgs. n. 274/2000*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Milano, 2005, p. 249 ss., 251.

³¹⁸ Si tenga presente che per effetto degli artt. 5 e 6, d.l. 27 giugno 2003, n. 151 convertito in l. 1 agosto 2003, n. 214 la competenza per tale fattispecie spetta ora al Tribunale; in relazione ai reati di guida in stato di ebbrezza (artt. 186 e 187 d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285) è ora espressamente prevista la sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità

cio-riabilitativo di disintossicazione e il versamento di una somma in favore dell'Associazione alcolisti anonimi)»³¹⁹.

L'interpretazione offerta dalla giurisprudenza di legittimità appare, tuttavia, eccessivamente restrittiva³²⁰. E ciò perché tale soluzione ermeneutica finisce per escludere irragionevolmente dall'ambito di applicazione dell'art. 35 d.lgs. 274/2000 un consistente nucleo di fattispecie rientranti nella competenza giurisdizionale del Giudice di pace (ad es. i reati senza vittima).

Sebbene il dato letterale della norma suggerisca all'interprete di restringere il meccanismo estintivo del reato ai casi in cui siano state adempiute entrambe le condotte riparatorie (l'art. 35 prevede infatti la *riparazione* del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e l'*eliminazione* delle conseguenze dannose e pericolose), ciò nonostante non sembra che tali obblighi positivi debbano essere necessariamente cumulati.

Non sempre, infatti, entrambe le condotte possono coesistere. Si pensi alle ipotesi in cui sussista solo un danno risarcibile, come accade ad esempio nei reati contro il patrimonio, oppure quando siano derivate esclusivamente conseguenze dannose e pericolose, come avviene nei reati di pericolo.

Per altro verso, la condotta riparatoria in esame, essendo estranea alla logica della mediazione, non presuppone necessariamente l'esistenza di una vittima: l'art. 35, c. 1 parla, infatti, di «eventuale persona offesa»³²¹. Che il meccanismo riparatorio disciplinato dall'art. 35 d.lgs. 274/2000 possa trovare applicazione anche in relazione ai reati "senza vittima" è, ancora una volta, confermato dalla Relazione al d.lgs. 274/2000, dove si precisa che «sul versante dell'orbita applicativa, si è previsto che la *causa di estinzione abbracci tutti i reati di competenza del giudice di pace*»³²².

Si consideri infine che, seguendo l'interpretazione restrittiva proposta dalla giurisprudenza di legittimità, verrebbero estromesse forme di riparazione che, pur essendo il frutto di una lettura in chiave special-preventiva della nozione di «elimi-

³¹⁹ Cass., 7.7.2005, n. 36366, *dejure.giuffre.it*; negli stessi termini Cass., 18.1.2007, n. 5581, in *CED*; Cass., 2.7.2004, n. 41665, in *CED*, in base alla quale «il meccanismo di estinzione dell'illecito che, secondo quanto previsto dall'art. 35 D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274, può conseguire a condotte riparatorie consistenti nel risarcimento del danno o nell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, non è applicabile al reato di guida in stato di ebbrezza, le cui conseguenze pericolose sono eliminabili unicamente con la cessazione dell'attività di guida (Nella specie, il giudice di pace aveva dichiarato l'estinzione del reato in seguito al versamento, da parte dell'imputato, di una somma di denaro in favore di una comunità di recupero di alcolodipendenti)».

³²⁰ Da ultimo Cass., 16.12.2008, con nota di L. D. CERQUA, *La rilevanza delle condotte riparatorie dell'imputato con riferimento ai reati di pericolo*, in *Il Giudice di pace*, 2009, p. 79 ss.

³²¹ *Relazione al d.legisl. 28 agosto 2000 «Disposizioni in materia di competenza penale del giudice di pace»*, in *Dir. e Giust.*, 2000, n. 31, p. 37.

³²² *Relazione al d.legisl. 28 agosto 2000 «Disposizioni in materia di competenza penale del giudice di pace»*, in *Dir. e Giust.*, 2000, n. 31, p. 37.

nazione delle conseguenze dannose o pericolose»³²³, appaiono particolarmente funzionali alla *ratio* dell'istituto. La frequentazione di un centro di alcoologia da parte del reo o la sottoposizione dell'imputato ad un trattamento socio-riabilitativo di disintossicazione, nel favorire la riacquisizione della consapevolezza circa il valore del bene messo in pericolo e nel prevenire il verificarsi di fatti dello stesso tipo, costituiscono forme di condotta riparatoria in grado di perseguire quelle finalità di risocializzazione che sembrano, invece, del tutto assenti nel caso (statisticamente assai probabile) di inflizione di una pena pecuniaria. Ipotesi nella quale il paventato rischio di monetizzazione del commesso reato appare veramente spiccato³²⁴.

2.5. La condotta riparatoria nella sospensione condizionale della pena. Ancora più evidente, quanto meno in via di principio, appare il ruolo della condotta riparatoria in quello che è lo strumento punitivo alternativo più utilizzato nella prassi³²⁵ e, al contempo, avvertito come «un vero e proprio pilastro dell'indulgenza»³²⁶: la sospensione condizionale della pena.

Dinanzi ad un progressivo svuotamento di ogni contenuto sanzionatorio, la sospensione condizionale «dovrebbe inserirsi nella strumentazione sanzionatoria, non più come indulgenza che devitalizza e ne oscura le ragioni, bensì come richiamo efficace al significato negativo del fatto commesso, pur senza mettere in gioco la libertà personale»³²⁷. E potrebbe farlo, come da lungo tempo auspicato³²⁸, recuperando elementi di afflittività tali da farle assurgere il rango di vera e propria risposta punitiva proprio grazie ad un effettivo innesto della condotta riparatoria³²⁹ all'interno di questo meccanismo di messa alla prova³³⁰.

³²³ *Ex adverso* F. GIUNTA, *La giurisdizione*, cit., p. 404 ritiene che «per una parte consistente dei reati formali rimessi alla cognizione del giudice onorario l'eliminazione delle conseguenze dannose non è logicamente ipotizzabile».

³²⁴ A rilevarlo è lo stesso F. GIUNTA, *Le sanzioni*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il Giudice di Pace nella giurisdizione penale*, Torino, 2001, p. 399 ss., 405.

³²⁵ Cfr. F. DELLA CASA, *Misure alternative*, cit., p. 91, rileva che, nel periodo tra il 1993 e il 1997, il dato aggregato della concessione della sospensione condizionale, dell'amnistia propria e dell'indulto rappresentava il 47,68% del totale delle condanne.

³²⁶ E. DOLCINI, *Il castigo sia moderato*, cit., p. 39; E. DOLCINI, *La riforma della parte*, cit., p. 188; F. MANTOVANI, *Sanzioni alternative*, cit., p. 85.

³²⁷ A. ALESSANDRI, *Alcune considerazioni*, cit., p. 9.

³²⁸ F. MANTOVANI, *Sanzioni alternative*, cit., p. 90 che, per «rinforzare la funzione generalpreventiva e dissuasiva della sospensione condizionale», auspicava una «metamorfosi [di quest'ultima] da misura clemenziale a vera e propria sanzione, munendola di precise prescrizioni, che ad un tempo svolgano una funzione di prevenzione generale e di dissuasione ed una funzione di prevenzione speciale, estrinsecandosi in un controllo ed assistenza del soggetto».

³²⁹ Cfr. D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale*, cit., p. 127 sottolinea l'importanza di un arricchimento, condiviso dai Progetti di riforma Pagliaro e Grosso, dei contenuti positivi della sospensione condizionale, che potrebbero rafforzare «la "tenuta" generalpreventiva (oltre che specialpre-

Sotto un diverso ma complementare punto di vista, se la sospensione condizionale della pena trae il proprio fondamento politico criminale dall'esigenza di adeguare la risposta punitiva a finalità di prevenzione speciale³³¹, solo un rivalutazione del meccanismo riparatorio può restituire questo orientamento finalistico³³².

Per altro verso, come è stato rilevato, «di fronte ad un istituto rimodellato secondo contenuti positivi, non meramente di fuga dalla sanzione, verrebbero superate le preoccupazioni che il diritto vigente (consentendo una sospensione condizionale povera o priva di contenuti, e per di più reiterata) giustifica in ordine alla tenuta della prevenzione generale»³³³. E ciò tanto più a seguito delle modifiche apportate dalla l. 11 giugno 2004, n. 145 che, per quanto qui interessa, ha ampliato il ventaglio delle differenti tipologie di condotta riparatoria previste dall'art. 165 c.p. e ha introdotto una nuova ipotesi "speciale" di sospensione condizionale connessa al risarcimento del danno (art. 163, c. 4 c.p.)³³⁴.

Prima di analizzare la novella del 2004, occorre fare un piccolo passo indietro, per mettere in luce il processo di valorizzazione vissuto dagli obblighi riparatori a carico del condannato. Se l'art. 128 della l. 689/1981 aveva aggiunto la possibilità di condizionare la concessione del beneficio all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose³³⁵, negli anni successivi sono state formulate diverse propo-

ventiva) del sistema»; F. PALAZZO, *Esecuzione progressiva e «benefici» penitenziari: che cosa conservare*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 160 riteneva necessario che il modello sospensivo fosse «contenutisticamente arricchito da obblighi riparatori – dal risarcimento del danno alla riduzione in pristino – concepiti però in chiave decisamente sanzionatoria e, dunque, di regola presenti nella sospensione, indipendentemente cioè da qualunque loro valutazione discrezionale del giudice tanto più se orientata a improponibili finalità risocializzative».

³³⁰ Cfr. F. GIUNTA, voce *Sospensione condizionale della pena*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990, p. 87 ss., 96; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 557 ss.; L. BISORI, *Gli istituti ripristinatori*, cit., p. 599 ss.; l'A. segnala una trasformazione della sospensione condizionale; «la particolare incisività ed onerosità (soprattutto economica) delle misure riparatorie che caratterizzano la materia ambientale, conferisce loro una nuova connotazione sanzionatoria e deterrente: la 'sanzione' finisce con il sostanzinarsi, insomma, proprio nell'oneroso adempimento di quelle prescrizioni, in chiave tanto retributiva che general-preventiva»; la pena edittale rimane, invece, uno strumento posto a chiusura del sistema (p. 602).

³³¹ Cfr. L. EUSEBI, *Prescrizioni a carico del condannato*, cit., p. 1148 ss. valorizza l'orientamento specialpreventivo dell'istituto specialmente nel momento in cui, attraverso l'imposizione di obblighi positivo a contenuto riparatorio, il reo è messo nelle condizioni di prendere coscienza dell'ordine violato.

³³² T. PADOVANI, *Sospensione e sostituzione nella prospettiva d'un nuovo sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 983 ss., 990 indica la condotta riparatoria come «una condizione minimale indefettibile per indurre il reo ad un salutare «ripensamento» della propria attività criminosa».

³³³ D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale*, cit., p. 127.

³³⁴ F. GIUNTA, *I nuovi orizzonti della sospensione condizionale della pena alla luce della legge 11 giugno 2004, n. 145*, in *Studium iuris*, 2004, p. 1335 ss.

³³⁵ Sul punto v. A. STILE, *La riforma della sospensione condizionale della pena nella prospettiva di un nuovo sistema sanzionatorio*, in *Arch. pen.*, 1985, p. 491 ss.; A. CASTALDO, *Contenuto san-*

ste di riforma della sospensione condizionale, al fine di accrescere il ruolo gli oneri positivi a carico del reo.

Dopo un primo tentativo di modifica contenuto nel d.d.l. n. 2609 del 1 marzo 1983³³⁶, sia lo schema Pagliaro (art. 42), sia il progetto di riforma elaborato dalla commissione Grosso erano accomunati da una medesima finalità: il progressivo potenziamento della condotta riparatoria. In particolare, secondo quanto prevede l'art. 81 del progetto Grosso, la sospensione della pena è condizionata, nei limiti di quanto esigibile dal reo, alle restituzioni o al risarcimento del danno, alla consegna del profitto e del prezzo del reato e all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato³³⁷. Per espresse finalità di prevenzione speciale, il suc-

zionatorio e «trattamento» nella «nuova» sospensione condizionale: un'applicazione in tema di reati edilizi, in *Arch. pen.*, 1984, p. 551 ss.; F. MANTOVANI, *Sanzioni alternative*, cit., p. 96.

³³⁶ Cfr. T. PADOVANI, *Sospensione e sostituzione*, cit., p. 984 rileva il tentativo del legislatore «di tracciare le linee direttrici di un razionale coordinamento complessivo dei meccanismi sanzionatori lato sensu intesi (sospensione condizionale; sanzioni sostitutive; patteggiamento)».

³³⁷ C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *La riforma del codice penale, la parte generale*, in *Quaderni di Cassazione penale*, Milano, 2002;

Art. 81. Riparazione delle conseguenze del reato.

1. La sospensione della pena è condizionata alle restituzioni o al risarcimento del danno, di cui le persone danneggiate abbiano fatto richiesta; alla consegna del profitto del reato, di cui il condannato abbia beneficiato; alla consegna del prezzo del reato.

2. Qualora il condannato non sia in grado di provvedere in conformità al comma 1, potrà essere ritenuto sufficiente un risarcimento o pagamento nei limiti di quanto esigibile, seguito da un concreto attivarsi per integrare il risarcimento o pagamento nel periodo di sospensione condizionale, nei termini di un impegno previamente assunto dal condannato e ritenuto idoneo dal giudice.

3. La sospensione della pena è inoltre condizionata all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, nella misura in cui ciò sia esigibile dal condannato. A tal fine il giudice provvede secondo quanto disposto dall'art. 120.

Art. 82. Obblighi qualificati.

1. Qualora sia ritenuto necessario per finalità di prevenzione speciale, e comunque nel caso di sospensione di una pena detentiva superiore a un anno di reclusione, o di seconda concessione ai sensi dell'articolo 80, comma 2, ovvero di concessione a chi abbia già riportato condanna a pena detentiva ancorché sostituita, la sospensione della pena è subordinata alla sottoposizione del condannato ad uno o più fra i seguenti obblighi:

- restituzione o risarcimento, anche in via equitativa, a favore delle persone offese identificate che non ne abbiano fatto richiesta; si applica l'articolo 81 comma 2;
- prestazione di pubblica utilità alle condizioni di cui all'articolo 61;
- pagamento a favore dello Stato di una somma di denaro non superiore a 365 quote giornaliere;
- divieto di accesso a determinati luoghi, o di allontanamento da determinati luoghi;
- divieto di frequentare determinate persone;
- divieto di detenere o utilizzare determinati oggetti;
- obbligo di frequentare una scuola o un corso di formazione professionale;
- sottoposizione a un trattamento terapeutico o riabilitativo.

2. Per il sostegno del condannato può essere disposto l'affidamento al servizio sociale.

3. La prestazione di pubblica utilità e il pagamento di una somma di denaro a favore dello Stato non possono eccedere la misura della pena sospesa, secondo i criteri di ragguglio previsti dagli articoli 61 e 71. La durata degli altri obblighi e dell'affidamento al servizio sociale è determinata dal giudice entro i limiti del periodo di sospensione condizionale della pena, e può essere succes-

cessivo art. 82 contempla altresì una serie di obblighi qualificati a contenuto riparatorio (come ad es. la prestazione di pubblica utilità o l'obbligo di frequentare una scuola o un corso di formazione).

Tali proposte di riforma hanno, infine, trovato parziale accoglimento nella l. n. 145/2004 che ha arricchito il catalogo di obblighi positivi ai quali oggi può essere subordinata la sospensione condizionale della pena. L'attuale formulazione dell'art. 165 c. 1, c.p. stabilisce, infatti, che «La sospensione condizionale della pena può essere subordinata all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni, al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno o provvisoriamente assegnata sull'ammontare di esso e alla pubblicazione della sentenza a titolo di riparazione del danno; può altresì essere subordinata, salvo che la legge disponga altrimenti, all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, ovvero, se il condannato non si oppone, alla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività per un tempo determinato comunque non superiore alla durata della pena sospesa, secondo le modalità indicate dal giudice nella sentenza di condanna»³³⁸.

La rilevante novità introdotta nel 2004 riguarda la possibilità offerta al giudice di subordinare la concessione della sospensione condizionale all'adempimento di una nuova forma di condotta riparatoria: la prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività. Nel restituire effettività, quanto meno sul piano astratto, al meccanismo sospensivo³³⁹, l'imposizione a carico del reo di un obbligo positivo, consistente nella prestazione di un'attività socialmente utile, consente di realizzare un duplice obiettivo. Da un lato, il lavoro di pubblica utilità consente di superare la visione meramente patrimonialistica della condotta riparatoria³⁴⁰. Dall'altro lato, viene in parte neutralizzato il rischio che la sospensione rimanga

sivamente ridotta o prolungata.

4. L'imputato può richiedere di svolgere, in sostituzione di taluno degli obblighi di cui al comma 1, altre prestazioni che il giudice ritenga equivalenti e ragionevoli rispetto alle finalità di prevenzione speciale.

³³⁸ Se, in base all'art. 165 c.p. l'imposizione di obblighi positivi a carico del condannato è rimessa alla discrezionalità del giudice, l'art. 635 c. 3 c.p., così come modificato dall'art. 3 della l. 15 luglio 2009, n. 94, subordina obbligatoriamente la concessione della sospensione condizionale della pena alla all'adempimento di uno degli obblighi positivi previsti dalla norma. La norma prevede infatti che «Per i reati di cui al secondo comma (i.e. danneggiamento aggravato), la sospensione condizionale della pena è subordinata all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, ovvero, se il condannato non si oppone, alla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività per un tempo determinato, comunque non superiore alla durata della pena sospesa, secondo le modalità indicate dal giudice nella sentenza di condanna».

³³⁹ T. PADOVANI, sub *Art. 165*, in M ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario, cit.*, p. 196.

³⁴⁰ Cfr. F. DELLA CASA, *Misure alternative, cit.*, p. 108 osservava in modo critico la scelta effettuata dal progetto Grosso di subordinare «la sospensione condizionale implica una serie di obblighi impegnativi, tra i quali primeggiano quelli di carattere economico, senza nulla offrire, sul versante dell'aiuto, al condannato non in grado di cavarsela con le sue risorse».

priva di contenuti. Nel caso in cui il reo non sia in grado di risarcire il danno o eliminare le conseguenze dannose o pericolose – come peraltro confermato dall'abrogazione della clausola «salvo che ciò sia impossibile» – tale mancanza potrà essere colmata attraverso la prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività. Rimane, tuttavia, aperto il rischio che anche tale obbligo positivo resti inattuato³⁴¹ non solo a causa di concrete difficoltà operative, ma anche perché il lavoro di pubblica utilità rimane condizionato, in ossequio al divieto di lavoro forzato o obbligatorio sancito dall'art. 4, c. 2 CEDU, alla "non opposizione" del condannato.

Prestazioni analoghe al lavoro di pubblica utilità avevano già trovato spazio nella prassi giurisprudenziale antecedente alla riforma del 2004. Sulla base di un'interpretazione estensiva dell'obbligo di eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato, che è apparsa in contrasto con le inderogabili esigenze di stretta legalità in materia di sanzioni³⁴², il Pretore di Genova, in una ormai risalente pronuncia³⁴³, aveva subordinato la concessione della sospensione condizionale della pena, nei confronti dell'autore di un danneggiamento di un cassonetto della nettezza urbana, all'obbligo di accompagnare l'autocarro ed il personale della nettezza urbana ad esso addetto, per quindici giorni durante il turno mattutino della raccolta dei rifiuti nell'area dove era stato commesso il reato. In termini analoghi, lo stesso giudice ha imposto ad una persona condannata per concorso in lesioni personali volontarie ai danni di cittadini extracomunitari l'obbligo di svolgere per sessanta giorni, presso un centro di accoglienza sito nel comune di residenza del condannato stesso e gestito da un'associazione di volontariato, attività di assistenza in favore di extracomunitari³⁴⁴.

³⁴¹ T. PADOVANI, *ult. op. cit.*, p. 200.

³⁴² Cfr. F. GIUNTA, *I nuovi orizzonti della sospensione condizionale*, *cit.*, p. 1338 in relazione alla sentenza citata, osserva che «così opinando, [...] non vi sarebbero sostanzialmente limiti alla fantasia giudiziaria che conta qualche precedente (fortunatamente isolato) ai limiti della stravaganza»; S. LARIZZA, *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 122 ss. ritiene che ciò finirebbe per assegnare al giudice una delega senza limiti; C. DE MAGLIE, *sub Art. 165*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2011, § 8; D. FONDAROLI, *Illecito penale*, *cit.*, p. 260 s.

³⁴³ Pret. Genova, 12.11.1993, con nota critica di G. B. BERTOLINI, *Obblighi imposti ai sensi dell'art. 165 c.p. e principio di legalità*, in *Giur. merito*, 1995, p. 105 ss.; analogamente Pret. Genova, 26.11.1986, in *Riv. pen.*, 1987, p. 345, in un caso di danneggiamento di una panchina pubblica, ha subordinato la concessione del suddetto beneficio alla ripulitura, per sei domeniche consecutive, del viale in cui era allocata la panchina medesima»; in tema di reati edilizi la giurisprudenza di legittimità, secondo un consolidato orientamento, ritiene che «il giudice, nella sentenza di condanna, può subordinare il beneficio della sospensione condizionale della pena alla demolizione dell'opera abusiva, in quanto il relativo ordine ha la funzione di eliminare le conseguenze dannose del reato», così Cass., 19.9.2007, in *CED*; negli stessi termini Cass., SSUU, 23.01.1997, n. 2543, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1104 ss. con nota di P. M. VIAPIANA; sul punto v. L. BISORI, *Gli istituti ripristinatori*, *cit.*, p. 603 ss.

³⁴⁴ Pret. Genova, 27.9.1994, in *Giur. merito*, 1996, p. 107.

Ad una soluzione diversa, benché in relazione all'imposizione di un obbligo positivo non assimilabile a quelli precedentemente menzionati, è giunta la Corte di cassazione, la quale ha affermato che «in caso di condanna per il delitto di maltrattamenti in famiglia, è illegittimo subordinare la sospensione condizionale della pena all'obbligo di allontanamento del condannato dall'abitazione familiare, trattandosi di prescrizione che, anziché eliminare le conseguenze del reato, per il quale vi sia stata condanna, svolge una funzione preventiva della commissione di reati della stessa natura, che eccede le finalità della clausola condizionale (art. 165 cod. pen.) e realizza un'estensione non consentita della misura cautelare prevista dall'art. 282-bis cod. proc. pen.»³⁴⁵. Sempre secondo la Corte, l'eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose si riferisce «al pericolo di danni che il reato, come fatto storicamente accaduto, è in sé suscettibile di provocare ulteriormente, senza altri interventi del suo autore»³⁴⁶.

La questione può ritenersi in gran parte risolta a seguito delle modifiche apportate nel 2004 all'art. 165 c.p. In tal senso l'espressa previsione della possibilità di subordinare la sospensione condizionale della pena alla prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività, per il cui svolgimento l'art. 18 *bis* disp. coord. e trans. c.p. rinvia alle norme del d.lgs. 274/2000, consente di abbracciare un ampio spettro di obblighi positivi a carico del reo, così come descritti dal Decreto n. 41391 del Ministero della Giustizia³⁴⁷.

In ogni caso, sia pure dinanzi alla necessità di mantenere il catalogo di obblighi positivi entro i limiti costituzionali fissati dal principio di legalità³⁴⁸, si ritiene che, «ove la deroga sia nell'interesse del condannato, [...] un limitato affievolimento del principio di tassatività»³⁴⁹ possa essere ammissibile. E ciò perché un ampio

³⁴⁵ Cass., 9.12.2002, n. 1750, in *CED*.

³⁴⁶ Cass., 3.4.1992, n. 1337, in *CED*, «In tema di sospensione condizionale della pena, deve ritenersi illegittima la sottoposizione della stessa, nei confronti del responsabile del reato di omicidio colposo aggravato dalla violazione di norme del codice stradale (art. 589, comma secondo cod. pen.), alla condizione che costui non si renda "prevalente responsabile, quale conducente, di altri sinistri stradali" per un biennio. Trattasi infatti di condizione illegittima perché estranea alle previsioni di cui all'art. 165 cod. pen., le quali hanno carattere tassativo poiché concernono condizioni che riguardano la pena; in particolare essa è estranea alla previsione relativa alla eliminazione delle conseguenze pericolose del reato, posto che questa si riferisce al pericolo di danni che il reato, come fatto storicamente accaduto, è in sé suscettibile di provocare ulteriormente, senza altri interventi del suo autore. (La cassazione ha altresì osservato che la suddetta condizione è anche inutile sul piano pratico perché ha riguardo ad un fatto la cui realizzazione, concretando la commissione di un reato della stessa indole, importa la revoca della sospensione condizionale)».

³⁴⁷ Cfr. Decreto Min. Giustizia, 26.3.2001, n. 41391, Norme per la determinazione delle modalità di svolgimento del lavoro di pubblica utilità applicato in base all'art. 54, comma 6, del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274.

³⁴⁸ T. PADOVANI, sub *Art. 165, cit.*, p. 196 s.

³⁴⁹ D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale, cit.*, p. 134 ritiene che «appare giustificato il limitato affievolimento del principio di tassatività, nell'art. 84, n. 3 del progetto Grosso: il condannato può impegnarsi, in sostituzione di taluno degli obblighi indicati dalla legge, a svolgere altre pre-

marginale di discrezionalità del giudice nella scelta della tipologia di prestazione da svolgere a favore della collettività, la cui operatività rimane comunque sottoposta alla non opposizione da parte del condannato, rappresenta la soluzione preferibile e certamente più duttile per perseguire scopi di prevenzione speciale.

In tal senso, l'assunzione da parte del reo di un impegno di tipo solidaristico accentua, per un verso, la valenza special-preventiva della sospensione condizionale³⁵⁰, e dall'altro sembra conservare una chiara connotazione afflittiva in tutto assimilabile ad una pena.

Sotto il primo profilo, la possibilità di subordinare la sospensione condizionale della pena al lavoro di pubblica utilità sembra poter incidere, in senso special-preventivo, sulla stessa valutazione di congruità della pena. In altri termini è proprio il potenziale risocializzativo di questo meccanismo riparatorio ad entrare nella valutazione del giudice in fase di commisurazione della pena. Come osserva il G.i.p. presso il Tribunale di Milano, «la congruità della pena deve essere considerata tenendo conto anche della disponibilità manifestata dall'imputato a prestare un lavoro socialmente utile, cosicché si possa operare una sorta di compensazione tra questa disponibilità ed altri elementi che aggraverebbero la pena (fattispecie in tema di patteggiamento)»³⁵¹. Nel caso di specie si trattava di una condanna a due anni di reclusione e 3.000 euro di multa per illecita detenzione, a fini di spaccio, di una notevole quantità di sostanza stupefacente (185 kg di hashish). Pur dinanzi ad un fatto la cui gravità avrebbe potuto suggerire una misura della pena ben oltre i limiti della sospensione condizionale, il giudice ha ritenuto congrua la pena inflitta proprio in considerazione della disponibilità manifestata dall'imputato di svolgere un'attività a favore della collettività.

Diversamente da quanti non hanno condiviso questa decisione, in ragione del fatto che la soluzione alla quale perviene il Tribunale di Milano sarebbe «frutto di una inammissibile sovrapposizione di due distinti momenti commisurativi»³⁵², si ritiene che la disponibilità del condannato a prestare un'attività socialmente utile possa rientrare, in vista del suo valore special-preventivo, nella valutazione della capacità a delinquere del reo.

L'impegno offerto dal condannato di adoperarsi per riparare l'offesa attraverso il lavoro di pubblica utilità, quale elemento apprezzabile ai sensi dell'art. 133, c. 2, n. 3 che dà rilievo alla condotta susseguente al reato, sembra in grado di incidere,

stazioni che il giudice ritenga equivalenti rispetto alle finalità di prevenzione speciale»; l'art. 84 n. 3 stabiliva che «L'imputato può richiedere di svolgere in sostituzione di taluno degli obblighi di cui al 1 comma, altre prestazioni che il giudice ritenga equivalenti e ragionevoli rispetto alle finalità di prevenzione speciale».

³⁵⁰ Cfr. F. GIUNTA, *I nuovi orizzonti della sospensione condizionale*, cit., p. 1342.

³⁵¹ Trib. Milano, Ufficio G.i.p., 8.10.2004, in *Foro ambr.*, 2004, p. 165 s.

³⁵² C. DE MAGLIE, *sub Art. 165*, cit., § 43.

in senso attenuante, sulla determinazione della pena in concreto. Così interpretato, non si tratterebbe di una sovrapposizione di distinti momenti commisurativi, ma di un apprezzamento rientrante nel potere discrezionale del giudice nella fase di individuazione della pena in senso stretto.

Neppure l'eventualità che il condannato abbia manifestato la propria disponibilità a svolgere un'attività a favore della collettività ed abbia poi disatteso tale obbligo, al solo fine di usufruire di una pena meno severa in sede di conversione³⁵³, sembra poter inficiare l'interpretazione data dalla giurisprudenza di merito. E ciò non solo perché questa strategia del condannato pare poco plausibile, oltre che scarsamente razionale³⁵⁴, ma perché l'eventuale inadempimento dell'impegno assunto dal reo è un'ipotesi che non pregiudica la possibilità di valutare la sua disponibilità a svolgere un lavoro socialmente utile come indice di ridotta capacità a delinquere.

Per quanto invece riguarda il carattere punitivo degli obblighi positivi a contenuto riparatorio, la Corte di cassazione ha affermato che «la prestazione di attività non retribuita a favore della collettività, cui può essere subordinata in mancanza di opposizione del condannato la sospensione condizionale della pena, partecipa della natura afflittiva propria delle sanzioni»³⁵⁵. Ancora più chiaramente la Suprema corte ha sancito che «senza necessità di porre in discussione in questa sede la natura di tale "prestazione", costruita dal legislatore alla stregua di una sorta di precondizione al cui soddisfacimento è subordinata la operatività della sospensione condizionale della pena, sul piano della pura constatazione dei fenomeni normativi non può non rilevarsi che in tutti gli altri casi essa può essere disposta solo a richiesta del condannato e che la norma in esame richiede quantomeno la non opposizione del condannato: presupposto minimo di non illegittimità, giacché in nessun modo l'imposizione imperiosa di una prestazione lavorativa gratuita sarebbe compatibile coi precetti costituzionali (artt. 36 e 27 Cost.). D'altra parte, se il lavoro remunerato e garantito dei detenuti, "lungi dal caratterizzarsi come fattore di aggravata afflizione, si pone come uno dei mezzi di recupero della persona, valore centrale per il nostro sistema penitenziario" (C. cost. n. 341 del 2006 e n. 158 del 2001), il lavoro non retribuito in favore della collettività, pur mantenendo quanto a significato obiettivo della prestazione la vocazione di mezzo al fine del recupero

³⁵³ C. DE MAGLIE, *ibidem*.

³⁵⁴ In tal modo il condannato si dimostrerebbe, in un primo momento, disponibile a svolgere un lavoro di pubblica utilità per evitare la pena detentiva, per poi venir meno al suo impegno ed essere costretto a scontare la pena inizialmente inflitta, con il solo vantaggio che quest'ultima è più mite di quella alla quale sarebbe stato sottoposto, ove non avesse dimostrato la propria disponibilità ad assumersi quell'impegno.

³⁵⁵ Cass., 3.12.2010, n. 4723, in *CED*.

sociale della persona, manifesta quantomeno sotto l'aspetto della assenza di remunerazione, natura sicuramente afflittiva»³⁵⁶.

Ciò nonostante la Suprema corte, pur riconoscendone il contenuto afflittivo, ha ritenuto che la prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività non ha la natura di una vera e propria sanzione penale³⁵⁷.

Quest'ultima conclusione, sostenuta anche da una parte dalla dottrina³⁵⁸, non pare, tuttavia, del tutto condivisibile. Stante la natura afflittiva riconosciuta a questa forma di condotta riparatoria – tale giudizio dovrebbe peraltro essere esteso anche agli altri obblighi positivi che il legislatore ha valutato come alternativi e del tutto equiparabili – e considerata l'espressa previsione del lavoro di pubblica utilità come pena principale nell'ambito della giurisdizione del giudice di pace (d.lgs. 274/2000), alla cui disciplina l'art. 165 c.p. rinvia, non si vede per quale motivo, nel caso della sospensione condizionale, la prestazione di un'attività a favore della collettività dovrebbe essere considerata una risposta che, pur conservando carattere sanzionatorio e afflittivo, sia qualcosa di diverso da una pena³⁵⁹.

Al contrario, è proprio questa progressiva caratterizzazione in senso punitivo della condotta riparatoria a poter segnare il passaggio verso nuovo paradigma punitivo³⁶⁰, nel quale la sospensione condizionale possa smettere di rappresentare una «non-sanzione»³⁶¹ esclusivamente funzionale alla fuga dalla pena detentiva³⁶²

³⁵⁶ Cass., 16.6.2009, n. 32649, in *Dejure*.

³⁵⁷ Cass., 16.6.2009, n. 32649, in *Dejure*.

³⁵⁸ Cfr. C. DE MAGLIE, *sub Art. 165, cit.*, § 44, sembra condividere questa soluzione interpretativa laddove rileva che «questa, infatti, non ha la natura e la funzione né di una sanzione sostitutiva della pena – che, pur sospesa nella sua esecuzione, è stata inflitta e rimane sullo sfondo come una spada di Damocle sulla testa del condannato sottoposto all'obbligo – né di un istituto alternativo alla stessa né, ancor prima di una vera e propria pena, pur essendone indubbio il carattere sanzionatorio e la natura afflittiva».

³⁵⁹ In tal senso F. COZZI, A. TRINCI, *La sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità per i reati di guida in stato di ebbrezza o di intossicazione da sostanze stupefacenti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 2 osservano che «La sanzione del lavoro di pubblica utilità è vera e propria "pena"; e non solo perché così è considerata dal legislatore nell'ambito del rito penale affidato al giudice di pace, ma soprattutto perché essa si risolve in una limitazione della libertà personale avente contenuto afflittivo»; in senso diverso v. D. POTETTI, *L'attività non retribuita a favore della collettività nell'ambito dell'art. 165 c.p. (mod. con l. n. 145 del 2004)*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 995 ss., riprendendo la giurisprudenza costituzionale (Corte Cost., 16.9.1979, n. 131 e Corte Cost., 9.2.2001, n. 30) ritiene che il lavoro di pubblica utilità non possa essere ritenuta una sanzione che incide sulla libertà personale.

³⁶⁰ Cfr. G. MARINUCCI, *Politica criminale, cit.*, p. 45 ss., il quale auspicava l'«introduzione di meccanismi capaci di combattere i danni delle pene detentive brevi, senza minare però la tenuta generale del sistema penale».

³⁶¹ C. E. PALIERO, *Metodologie, cit.*, p. 537; l'A. osserva che «nel sistema sanzionatorio italiano prosperano, soltanto, quelle figure – vecchie e nuove – che mostrano come caratteristica essenziale di essere nella sostanza, se non nella forma, delle non-sanzioni: la sospensione condizionale da un lato, sempre più vuota di contenuti e sempre più dilatata nella sfera applicativa».

³⁶² T. PADOVANI, *L'utopia, cit.*, p. 191.

e si trasformi, invece, «in vera e propria sanzione»³⁶³; in una risposta punitiva a contenuto positivo in grado di coniugare esigenze di effettività e, al contempo, di prevenzione speciale³⁶⁴.

2.6. La condotta riparatoria nell'affidamento in prova al servizio sociale.

Nella prospettiva appena delineata in relazione alla sospensione condizionale sembra inserirsi anche la condotta riparatoria prevista per l'affidamento in prova al servizio sociale. L'art. 47, c. 7 o.p. stabilisce che, nel verbale delle prescrizioni imposte al condannato, «deve stabilirsi che l'affidato si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato ed adempia puntualmente agli obblighi di assistenza familiare».

Nella prassi tali prescrizioni possono comportare non solo l'assunzione di un obbligo risarcitorio, ma anche un impegno da parte del reo a prestare un'attività lavorativa non retribuita a favore della collettività³⁶⁵.

A tal riguardo il Tribunale di sorveglianza di Milano, confermando un orientamento iniziato nel periodo di "Tangentopoli"³⁶⁶, ha recentemente affermato che «l'affidamento in prova al servizio sociale può essere concesso anche in assenza di risarcimento del danno purché il condannato abbia dimostrato disponibilità a svolgere attività riparatoria anche ai fini di una effettiva ed approfondita presa di coscienza del danno cagionato. [...] Tra le prescrizioni potrà dunque essere inserito l'obbligo di attivarsi da subito per reperire, di concerto con i servizi sociali, un'attività o un impegno a fini riparativi nei confronti della società e di dedicarsi a tale attività con impegno e senza indugi»³⁶⁷. Questo

³⁶³ Cfr. G. MARINUCCI, *Politica criminale, cit.*, p. 45 ss., il quale auspicava «una parziale ma incisiva trasformazione della sospensione condizionale della pena detentiva da puro atto di grazia giudiziale, in vera e propria sanzione».

³⁶⁴ Cfr. G. GATTA, *L'obbligo del lavoro nella sospensione condizionale riformata*, in *Corr. merito*, 2006, p. 329 ss., 330.

³⁶⁵ Cfr. L. SPAVENTI, *Vittime dei reati e risarcimento del danno*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 757 ss.; F. DELLA CASA, *Misure alternative, cit.*, p. 93, che solleva tuttavia qualche dubbio sul rispetto del principio di legalità; G. TAMBURINO, *Misure alternative, cit.*, p. 56 s. riporta anche alcuni modelli di ordinanza di affidamento in prova al servizio sociale del Tribunale di sorveglianza di Genova.

³⁶⁶ F. DELLA CASA, *Affidamento in prova al servizio sociale o (pura e semplice) "pay-back sanction"? Equivoci sul significato dell'art. 47 comma 7 ord. penit.*, in *Legisl. pen.*, 2004, p. 380 ss., 381.

³⁶⁷ Tribunale di sorveglianza di Milano, 22.11.2007, in *Foro ambr.*, 2007, p. 487 s.; negli stessi termini Tribunale di sorveglianza di Milano, 5.4.2006, in *Foro ambr.*, 2007, p. 370; F. DELLA CASA, *Affidamento in prova, cit.*, p. 382 segnala che nel 2002 è stata istituita una Commissione di studio con il compito di approfondire la tematica della giustizia riparativa, per elaborare delle ipotesi di lavoro da applicare nella gestione dell'affidamento in prova al servizio sociale, nonché nella prospettiva di dare avvio ad una sperimentazione di Uffici di mediazione penale. L'A. osserva che «al di là delle prescrizioni relative alla «riparazione materiale di tipo economico» e a quelle che

indirizzo giurisprudenziale trova altresì conferma in un protocollo d'intesa stipulato nel 2008 dalla Provincia di Lodi e l'Ufficio Esecuzione Penale Esterna di Milano e Lodi, nel quale le parti si sono impegnate fra l'altro a «promuovere, in collaborazione con gli Enti locali ed il Terzo settore, progetti individualizzati di attività di utilità sociale in favore della comunità di appartenenza, in riparazione del danno sociale procurato dalla commissione del reato secondo quanto previsto dell'art. 47, comma 7 O.P. in materia di giustizia riparativa».

Un orientamento diverso viene, invece, espresso dalla dottrina³⁶⁸ e della giurisprudenza di legittimità, che denunciano una violazione del principio di legalità. Sul punto, la Corte di cassazione ha, infatti, espresso un orientamento molto più restrittivo rispetto alla giurisprudenza di merito, affermando che «è illegittima la prescrizione che imponga al reo – ove in concreto risulti impedita, per indisponibilità della persona offesa o per altra ragione, l'esplicarsi della sua opera di solidarietà – attività di generica utilità sociale, in favore di enti o soggetti diversi dalla persona offesa, sia per l'eterogeneità e il diverso significato e orientamento finalistico di siffatta prescrizione, sia perché essa avrebbe un contenuto restrittivo e afflittivo supplementare, non giustificato dalla condotta del soggetto e dall'andamento della prova»³⁶⁹.

Sia pure dinanzi alle condivisibili riserve espresse sul rischio di svuotare il carattere tassativo delle prescrizioni attraverso una lettura troppo elastica dell'art. 47 c. 7 o.p. – in tal senso non può che auspicarsi un intervento del legislatore³⁷⁰ –, occorre rilevare che la scelta di far rientrare in tale disposizione anche la prestazione di un'attività a favore della collettività, pur sempre sottoposta al consenso del reo, sarebbe in ogni caso il frutto di un'interpretazione analogica *in bonam partem*. L'alternativa è, infatti, tra la concessione della misura alternativa e la

vengono descritte, nonostante l'evidente contraddizioni in termini, come attinenti alla «attività di volontariato», esiste il vuoto più assoluto»; «è quasi completamente assente la stipula di convenzioni finalizzate al possibile espletamento di attività socialmente utili», mancano progetti di riparazione elaborati dai C.S.S.A., non ci si è avvalsi dell'opera dei mediatori penali e il condannato è onerato ad adempiere da solo alle prescrizioni.

³⁶⁸ Cfr. F. DELLA CASA, *Affidamento in prova*, cit., p. 385 s.; L. SPAVENTI, *Vittime dei reati*, cit., p. 757 ss.

³⁶⁹ Cass., 23.11.2001, n. 410, in *CED*.

³⁷⁰ A tal riguardo si segnala il recente intervento del legislatore in materia di sicurezza. L'art. 57 della l. 29 luglio 2010, n. 120, che ha modificato il d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, prevede che «In luogo della misura detentiva dell'arresto prevista dall'articolo 116 del decreto legislativo n. 285 del 1992 e dagli articoli 186, 186-bis e 187 del decreto legislativo n. 285 del 1992, come da ultimo, rispettivamente, modificati e introdotto dall'articolo 33 della presente legge, a richiesta di parte può essere disposta la misura alternativa dell'affidamento in prova ai servizi sociali di cui all'articolo 47 della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, individuati con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro della giustizia, preferibilmente tra i servizi sociali che esercitano l'attività nel settore dell'assistenza alle vittime di sinistri stradali e alle loro famiglie»

permanenza in carcere. Solo la soluzione ermeneutica avallata dalla giurisprudenza di merito potrebbe, invece, ovviare agli inconvenienti derivanti da una interpretazione restrittiva del significato da attribuire al dovere del reo di adoperarsi a favore della vittima.

Se, da un lato, non si è sempre in presenza di un reato lesivo di interessi individuali, dall'altro lato, il reo potrebbe non disporre di risorse economiche per risarcire il danno. Così interpretato, l'art. 47, c. 7 o.p. escluderebbe dal suo campo di applicazione i reati senza vittima e impedirebbe l'accesso all'affidamento in prova nei casi in cui il reo non sia in grado di adempiere gli obblighi civilistici, precludendo inesorabilmente tale beneficio penitenziario ai soggetti meno abbienti e suscitando in tal modo qualche riserva sulla compatibilità di tale scelta con il principio di uguaglianza.

Al contrario, la possibilità di adempiere la prescrizione prestando un lavoro di pubblica utilità, oltre ad ovviare ad eventuali carenze economiche e a superare la concezione puramente patrimonialistica della condotta riparatoria, riempie l'affidamento in prova di contenuti risocializzativi.

In conclusione si ritiene che, pur essendo privo «della componente comunicativo-relazionale tra autore e vittima»³⁷¹, la cui presenza costituisce, invece, la caratteristica essenziale della mediazione³⁷², il meccanismo riparatorio di cui all'art. 47, c. 7 o.p., oltre a restituire una componente afflittiva ad una misura altrimenti vuota di contenuti³⁷³, consente di soddisfare la finalità rieducativa della pena, dal momento che offre una possibilità di effettivo reinserimento sociale e promuove un atteggiamento solidaristico da parte del reo, il quale è tenuto sia a rielaborare la propria condotta illecita, sia a salvaguardare a posteriori, anche solo simbolicamente, l'interesse leso dal reato.

3. La condotta riparatoria come risposta punitiva autonoma.

Vero e proprio punto di riferimento all'interno della costellazione dei meccanismi riparatori, accanto al risarcimento del danno e dall'eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose, l'assunzione da parte del reo di un impegno positivo

³⁷¹ Cfr. F. DELLA CASA, *Affidamento in prova*, cit., p. 381, ritiene che, in mancanza di «ogni componente comunicativo-relazionale tra l'autore e la vittima», l'impegno del condannato debba «ritenersi incompatibile con i canoni della *Restorative Justice*» e sorretto «dalla (più o meno latente) finalità di tonificare le valenze retributive della pena».

³⁷² Cfr. C. E. PALIERO, *La mediazione penale*, cit., p. 114; G. MANNOZZI, *La mediazione nell'ordinamento*, cit., p. 42 ss.; C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa*, cit., p. 94.

³⁷³ Cfr. E. DOLCINI, *Le misure alternative oggi*, cit., p. 872 ne denuncia il vuoto di contenuti sanzionatori ed il carattere ormai meramente «simbolico».

a favore della vittima o della collettività può presentarsi come la tipologia di condotta riparatoria più idonea a fondare un modello autonomo di risposta punitiva³⁷⁴. E ciò perché, come si è più volte cercato di mettere in luce, se il solo risarcimento del danno non può dirsi "pena" in ragione della sua natura esclusivamente patrimoniale e della sua «struttura reintegratoria»³⁷⁵, il lavoro di pubblica utilità³⁷⁶, variamente combinato con le altre forme di condotta riparatoria (risarcimento ed eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose), può confrontarsi, al pari delle classiche risposte punitive (pena detentiva e pecuniaria), con il dibattito sulle finalità della pena.

3.1. Breve ricognizione storica del lavoro nel sistema sanzionatorio. Il lavoro come strumento punitivo non è il frutto di una recente invenzione, ma appartiene ad una lunga tradizione che ha attraversato, nel corso del tempo, forme tra loro molto diversificate. Già nella Roma antica, il condannato poteva svolgere un'attività lavorativa a favore della collettività per evitare una pena più severa³⁷⁷. Nella prassi sanzionatoria della Germania medievale, in coincidenza con il consolidamento di entità collettive comunali, erano presenti varie forme di lavoro di pubblica utilità³⁷⁸. La *Constitutio Criminalis Carolina* del 1532 conteneva una pena denominata "*opus publicum*", che costituiva una risposta repressiva a fatti di

³⁷⁴ Cfr. C. ROXIN, *Risarcimento del danno*, cit., p. 21; A. MANNA, *Il risarcimento del danno*, cit., p. 597; G. P. DEMURO, *Diritto penale e risarcimento*, cit., p. 1203.

³⁷⁵ M. ROMANO, *Risarcimento del danno* cit., p. 875; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 9.

³⁷⁶ M. ROMANO, *ult. op. cit.*, p. 877 ss., osserva che una lettura in senso punitivo del risarcimento del danno, per superare il suo limite intrinseco rappresentato dalla sua struttura esclusivamente reintegratoria, potrebbe essere avanzata «ipotizzando in particolare un'imposizione del risarcimento su iniziativa e condanna ex officio, si pensa, specie con riguardo al danno non patrimoniale o alla riparazione, ad una quantificazione congegnata in modo che, pur muovendo dal danno subito, si spinga poi a tenere conto della situazione dell'autore del fatto, dell'intensità della sua partecipazione soggettiva e delle sue condizioni economiche. Non è un caso, del resto, che ristrutturazioni del genere siano state tentate in passato, quando di è cercato di connotare il risarcimento quale sanzione punitiva orientata al soddisfacimento (anche) di un interesse pubblicistico: prevedendosi allora non soltanto l'iniziativa e la condanna d'ufficio ma anche e soprattutto, in caso di insolvibilità reale o simulata del condannato, la sua coercizione ad un lavoro di pubblica sostitutivo»; l'A. esprime, tuttavia, due fondamentali obiezioni alla possibilità di attribuire un autonomo carattere punitivo a prestazioni del condannato a favore della vittima o della collettività: il possibile contrasto con il principio di stretta legalità della pena e le difficoltà organizzative.

³⁷⁷ M. KILLIAS, A. KUHN, N. DONGOIS, M. F. AEBI, *Précis de droit pénal général*, Bern, 2008, p. 40; D. BODDE, C. MORRIS, *Law in Imperial China*, Cambridge, 1967, p. 79 Allargando la prospettiva ad un contesto più ampio, i lavori forzati svolgevano un ruolo indispensabile anche nella Cina imperiale.

³⁷⁸ H. VON HENTING, *Die Strafe, die modernen Erscheinungsformen*, Vol. 2, Heidelberg, 1955, p. 408 cita la possibilità offerta ai detenuti ed ai condannati a una pena pecuniaria di sostituire queste sanzioni con lavori come la costruzione di mura protettive per la città o la pulizia dei canali; E. OSENBRÜGGEN, *Das Alemannische Strafrecht im deutschen Mittelalter*, Schaffausen, 1860, p. 97 fa riferimento alla pressi punitiva della città di Ausburg.

reato lievi. Forme simili si ritrovano anche nell'Inghilterra elisabettiana, sulle "galere" della Repubblica di Venezia, nella Svizzera del XVII secolo³⁷⁹ e, infine, nella Prussia del XVIII secolo³⁸⁰. Queste tipologie sanzionatorie non consistevano in altro che lavoro forzato, la cui esecuzione era accompagnata, nella gran parte dei casi, dalla perdita (più o meno completa) della libertà.

Oltre a rappresentare una forma sanzionatoria autonoma, il lavoro forzato³⁸¹ costituiva altresì un elemento di afflizione ulteriore all'interno del sistema penitenziario. Uno strumento punitivo che, nel presentarsi come particolarmente funzionale all'etica del nascente sistema capitalistico³⁸², risultava altresì idoneo ad "educare" il comportamento sociale dei condannati ai valori di riferimento di quel modello economico³⁸³.

Nella "crociata contro le pene detentive di breve durata" condotta a partire dalla fine del XIX secolo, il lavoro forzato viene indicato, al posto della pena detentiva, come strumento di conversione delle pene pecuniarie non eseguite per insolvibilità del condannato³⁸⁴. Peraltro, si osservava in termini generali che, se si fosse conservato il potenziale "migliorativo" e virtuoso del lavoro forzato, si sarebbe potuto rinunciare alla privazione della libertà; si sarebbe potuto, in altri termini, conservare il nucleo positivo ed eliminare l'inutile "guscio" della detenzione³⁸⁵.

Dopo essere stata oggetto del dibattito politico criminale tra fine del XIX e inizio del XX secolo, la prestazione di un'attività lavorativa a favore della collettività entra nella legislazione di molti paesi dell'Europa occidentale. In Italia il codice Zanardelli (1889) prevedeva la prestazione di attività lavorativa per lo Stato, le Province e i Comuni³⁸⁶ sia come sanzione sussidiaria a carattere non detentivo, sia

³⁷⁹ G. FUMASOLI, *Ursprünge und Anfänge der Schellenwerke. Ein Beitrag zur Frühgeschichte des Zuchthauswesens*, Zurich, 1981, p. 58; i condannati erano denominati *Schellenwerke* in ragione delle campane (*Schellen*) che dovevano portare al collo come simbolo di disonore.

³⁸⁰ cfr. H. H. JESCHECK, *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in rechtsvergleichender Darstellung*, in H. H. JESCHECK (a cura di), *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht*, Vol. 3, Baden-Baden, 1984, p. 1937 ss., 2124 s.; PFOHL, *Gemeinnützige Arbeit als strafrechtliche Sanktion*, Berlin, 1983, *passim*.

³⁸¹ T. J. SELLIN, *Slavery and the penal system*, New York, 1976.

³⁸² M. WEBER, *Die protestantische Ethik und der Geist der Kapitalismus*, Tübingen, 1934, *passim*.

³⁸³ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, 1975, p. 281.

³⁸⁴ F. VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, Berlin, 1905, p. 386 s.

³⁸⁵ F. VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, Berlin, 1905, p. 369 s. «Halten wir dann fest, daß das, was der Freiheitsstrafe bessernde wie züchtigende Wirkung verleiht, der Arbeitszwang ist, so entsteht das Problem, ob es nicht möglich sei, den Arbeitszwang festzuhalten, aber auf die Einsperrung zu verzichten, den Kern zu behalten und die Schale wegzuzerfen»; «Tenendo fermo che ciò che conferisce alla pena detentiva un effetto migliorativo e virtuoso è il lavoro forzato, nasce così il problema, se non sia possibile mantenere il lavoro forzato, ma rinunciare alla reclusione, di mantenere il nocciolo e di buttare via il guscio».

³⁸⁶ Cfr. J. BOSCH, *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in Italien*, in H. H. JESCHECK (a cura di), *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht*, Vol. 1, Baden-Baden, 1984, p. 328 ss.; T. PADOVANI, *L'utopia, cit.*, *passim*; V. GREVI (a cura di), *Alternative al-*

come strumento di conversione delle pene pecuniarie non pagate³⁸⁷. Pochi anni più tardi, la prestazione di attività lavorativa, come sanzione sostitutiva in caso di pena pecuniaria non eseguita, trova accoglimento prima in Norvegia nel 1902 e successivamente, pur rimanendo pressoché inapplicata³⁸⁸, nel codice penale tedesco del 1924 (*Reichsstrafgesetzbuch*)³⁸⁹.

All'interno del quadro storico così sommariamente tratteggiato, si inserisce e si sviluppa l'idea che una valida alternativa alla pena detentiva possa essere rappresentata dalla prestazione di un'attività a favore della collettività. Un'attività che, in conformità al divieto sancito dall'art. 4 della CEDU, non è più forzata, ma volontariamente assunta dal reo. Il lavoro di pubblica utilità è così divenuto una forma di sanzione riconosciuta ed accettata in molti paesi.

La concezione moderna del lavoro di pubblica utilità, dopo il *Wooton Report* del 1970 sulle misure non detentive e semi-detentive³⁹⁰, trova la sua prima vera e propria applicazione, come tipologia sanzionatoria autonoma, in Inghilterra e nel Galles a seguito dell'entrata in vigore del *Criminal Justice Act* del 1972. Tra la fine degli anni Settanta e l'inizio degli anni Ottanta il lavoro di pubblica utilità, sia come pena principale sia come sanzione sostitutiva, è stato introdotto in Canada, Australia e Stati Uniti, nonché in gran parte dei paesi europei³⁹¹. In Francia, nel 1983, viene istituito, come pena principale, “*le travail d'intérêt général*”³⁹². Nello stesso anno la Norvegia avvia un progetto pilota, mentre in Olanda viene conclusa la fase sperimentale e il lavoro di pubblica utilità entra ufficialmente a far parte del catalogo delle pene principali³⁹³.

la detenzione e riforma penitenziaria, Bologna, 1982; G. GRASSO, *La riforma del sistema sanzionatorio: le nuove pene sostitutive della detenzione di breve durata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 1411 ss.

³⁸⁷ Cfr. S. MOCCIA, *Ideologie e diritto nel sistema sanzionatorio del codice Zanardelli*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova, 1999, p. 573.

³⁸⁸ M. PFOHL, *Entwicklung und Perspektiven der gemeinnützigen Arbeit als strafrechtliche Sanktion*, in *Bewährungshilfe*, 1985, p. 110 ss.

³⁸⁹ F. SPEIS, *Gemeinnützige Arbeit als selbständige Hauptstrafe im Erwachsenenstrafrecht*, Hamburg, 2008, p. 14 ss.

³⁹⁰ *Non-custodial and semi-custodial penalties. Report of the Advisory Council on the Penal System*. HMSO, London, 1970.

³⁹¹ Cfr. H.-J. ALBRECHT, A. VAN KALMTHOUT (a cura di), *Community sanctions and Measures in Europe and North America*, Freiburg, 2002; M. PFOHL, *Entwicklung*, cit., p. 122; P. J. P. TAK, *Community Service Orders in Western Europe, A Comparative Survey*, in H.-J. ALBRECHT, W. SCHÄDLER (a cura di), *Community Service, Gemeinnützige Arbeit, Dienstverlening, Travail D'Interet General, a new option in punishing offenders in Europe*, Freiburg, 1986; H. CORNEL, *Gemeinnützige Arbeit Abwendung der Vollstreckung con Ersatzfreiheitsstrafen und als selbständige Sanktion*, in W. PRITTWITZ, M. BAURMANN, K. GÜNTHER (a cura di), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden Baden, 2002, p. 821 ss.

³⁹² Cfr. S. PORTELLI, *Les alternatives à la prison*, in *Pouvoirs*, 135, 2010, § 15 ss.; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, 2010, p. 492 s.; S. MÜLLER, *Sanktionen und Strafauswahl in Frankreich*, Freiburg, 2003, p. 267 ss.

³⁹³ Cfr. F. SPEIS, *Gemeinnützige Arbeit*, p. 76 ss.

Senza poter qui ricostruire la disciplina di dettaglio prevista nei singoli paesi nei quali ha vissuto un processo di progressivo potenziamento³⁹⁴, ci si limita a rilevare che il lavoro di pubblica utilità può essere inteso come una sanzione che, pur rientrando tra le forme di giustizia riparativa, non presuppone un incontro consensuale tra vittima e reo, né tanto meno l'adozione di una procedura alternativa rispetto alla ordinaria celebrazione del processo penale. Il suo ambito di applicazione può, dunque, essere esteso anche alle fattispecie di reato "senza vittima".

Prestare un'attività non retribuita in favore della comunità significa, infatti, adoperarsi per riparare, anche dal punto di vista simbolico³⁹⁵, l'offesa causata dal reato³⁹⁶.

Le possibilità di prestare un'attività non retribuita a favore della collettività sono numerose: ospedali, case di cura, riparazione e pulizia di opere pubbliche sono solo alcuni esempi. In un contesto nel quale le risorse pubbliche e l'intervento dello Stato sociale sono in costante diminuzione, il lavoro di pubblica utilità costituisce una preziosa risorsa non solo per il condannato, ma anche per la collettività. Se da un lato l'attività lavorativa offre un apporto costruttivo al "bene comune", perché implica un contributo positivo del condannato, dall'altro lato, il lavoro di pubblica utilità svolge un'utile opera di reinserimento sociale. E ciò perché il condannato non diventa un mero oggetto della macchina repressiva, come avviene nel caso della pena detentiva, ma soggetto attivo di uno sforzo in grado di incidere e valorizzare le sue competenze e carico di una valenza rieducativa e solidaristica. Il lavoro non è, infatti, solo il collante della convivenza civile, ma può essere anche lo strumento in grado di colmare fratture e tensioni sociali generate dalla commissione di un reato.

3.2. Il lavoro di pubblica utilità nel sistema punitivo vigente. Apparso per la prima volta come strumento di conversione delle pene pecuniarie non eseguite per

³⁹⁴ In Svizzera costituisce una pena principale a seguito della riforma del codice penale entrata in vigore il 1° gennaio 2007 artt. 37 ss. v. sul punto B. F. BRÄGGER, sub *Art.38-40*, in M. A. NIGGLI, H. WIPRÄCHTIGER (a cura di), *Strafrecht I, Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz, Basler Kommentar*, Basel, 2007, p. 695 ss.; come pena principale in Spagna, il lavoro di pubblica utilità è stato potenziato, sia in relazione al numero di fattispecie incriminatrici per le quali è ora previsto, sia per il recepimento diretto da parte del codice penale della normativa sul suo svolgimento, attraverso la riforma attuata dalla Ley 15/2003; sul punto v. V. MAGRO SERVET, *La ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, in *Las penas y sus alternativas*, Madrid, 2005, p. 13 ss.

³⁹⁵ Cfr. Court d'appel de Liège, 12.3.1973, «la prestazione di un servizio a vantaggio della comunità è un modello di riparazione simbolica del danno che tutte le violazioni causano al gruppo sociale».

³⁹⁶ L. WALGRAVE, *Community service as a cornerstone of a system restorative response to (juvenile) crime*, in G. BAZEMORE, L. WALGRAVE (a cura di), *Restorative Justice for Juvenile. Repairing the Harm by Youth Crime*, Monsey, 1999, p. 139.

insolvibilità del condannato (art. 102 e 105 l. 24 novembre 1981 n. 689)³⁹⁷, il lavoro di pubblica utilità ha vissuto negli ultimi anni un sensibile potenziamento. Potenziamento che è stato, da un lato, oggetto di dibattito e proposte sia durante i lavori della commissione Grosso³⁹⁸, che ipotizzava l'introduzione del lavoro di pubblica utilità in veste di pena principale o di obbligo connesso alla sospensione condizionale, sia nel progetto più recentemente elaborato dalla commissione Pisapia³⁹⁹, che prevedeva espressamente la prestazione volontaria di attività non retribuita in favore della collettività tra le pene prescrittive (art. 29).

Dall'altro lato, ciò è avvenuto per effetto del crescente numero di ipotesi in cui è stato previsto il lavoro di pubblica utilità. Da pena principale nella giurisdizione del Giudice di pace⁴⁰⁰ (art. 54 d.lgs. 274/2000) a sanzione sostitutiva in materia di stupefacenti per fatti di lieve entità⁴⁰¹ e di circolazione stradale (art. 73, c. 5 *bis* D.P.R. 309/1990; artt. 186, c. 9 *bis* e 187, c. 8 *bis*, d.lgs. n. 285/1992 in caso di guida sotto l'effetto di alcool o sostanze stupefacenti, salvo che sia stato provocato un incidente), da prescrizione alla quale può essere subordinata la sospensione

³⁹⁷ Modifica introdotta a seguito della pronuncia di illegittimità costituzionale (Corte Cost. 16.11.1979, n. 131) del meccanismo di conversione delle pene pecuniarie non eseguite in pena detentiva che era previsto dall'art. 136 c.p. «non soltanto per la posizione preminente ivi assicurata alla libertà personale, compresa tra quei diritti inviolabili dell'uomo che la Repubblica riconosce e garantisce, restandone così esclusa ogni possibilità di monetizzazione, ma anche perché lo stato di insolvibilità, comunque motivato e normalmente incolpevole, dal quale, nella fattispecie considerata, si fa derivare la privazione della libertà personale, denuncia la persistenza di ostacoli di ordine economico e sociale al conseguimento della uguaglianza - nel caso, di fronte alla legge penale - ; ostacoli che però, lungi dal suggerire l'adozione di misure atte al loro superamento, vengono assunti a causa esclusiva dell'innegabile aggravamento della sanzione penale inflitta».

³⁹⁸ Commissione Grosso - per la riforma del codice penale (1 ottobre 1998) - *La riforma del sistema sanzionatorio (allegato alla Relazione del 15 luglio 1999)*, in www.giustizia.it.

³⁹⁹ Commissione Pisapia - per la riforma del codice penale (27 luglio 2006) - *Relazione*, in www.giustizia.it; *Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1570 ss.

⁴⁰⁰ Sul punto v. D. BRUNELLI, *Il congedo della pena detentiva nel microsistema integrato del diritto penale "mite"*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace, un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, 2001, p. 401 ss.; I. LEONCINI, *L'obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace, un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, 2001, p. 441 ss.

⁴⁰¹ Sul punto v. Cass., 27.6.2008, n. 34620 ha affermato che «In tema di reati concernenti gli stupefacenti, per procedere all'applicazione della sanzione del lavoro di pubblica utilità di cui all'art. 73, comma quinto bis, D.P.R. n. 309 del 1990, in luogo della pena detentiva è necessario si verificino contestualmente quattro condizioni e cioè: a) che l'interessato sia tossicodipendente o comunque assuntore di stupefacenti; b) che sia intervenuta sentenza di condanna o di patteggiamento la quale abbia riconosciuto l'attenuante del fatto di lieve entità; c) che l'imputato abbia espressamente richiesto, eventualmente anche in via subordinata ma comunque prima della sentenza, la sostituzione delle pene irrogate con quella del lavoro di pubblica utilità; d) che non ricorrano le condizioni per la concessione della sospensione condizionale della pena»; sul punto v. G. AMATO, *La sostituzione della pena con il lavoro di pubblica utilità alla prova della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 325 ss.».

condizionale della pena (art. 165 e 635, c. 3 c.p.) a sanzione accessoria (art. 1 d.l. 26 aprile 1993, n. 122 e art. 224 *bis* d.lgs. n. 285/1992), il lavoro di pubblica utilità costituisce una forma di condotta riparatoria che, sotto etichette differenti, cerca di riempire il sistema sanzionatorio di contenuti positivi. E ciò in un duplice senso: la prestazione di un'attività socialmente utile ha, da un lato, un effetto responsabilizzante e risocializzativo nei confronti del reo e, dall'altro lato, è in grado di dare effettività alla risposta punitiva.

Il lavoro di pubblica utilità consiste nella prestazione di attività non retribuita in favore della collettività, sottoposta al consenso del condannato, da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato.

Sebbene la scelta di condizionare il lavoro di pubblica utilità al consenso del reo sia in linea con il divieto di lavoro forzato o obbligatorio sancito dall'art. 4 CEDU e costituisca un valido presupposto per rendere effettiva tale risposta punitiva⁴⁰², non sfugge una latente ipocrisia del legislatore. Da un lato, infatti, il lavoro di pubblica utilità, per le modalità in base alle quali è configurato, sembra difficilmente assimilabile al lavoro forzato o obbligatorio vietato dalla CEDU. Dall'altro lato, occorre rilevare che, ove l'alternativa sia rappresentata dalla pena detentiva⁴⁰³, la libertà del consenso dell'imputato a svolgere un'attività a favore della collettività ne esce quanto meno indebolita. Certo è che la collaborazione del reo risulta indispensabile sia per il rispetto della sua dignità personale, sia per la stessa operatività di questa sanzione positiva a contenuto riparatorio; ciò non di meno la prospettiva di perdere completamente la libertà rende quel consenso pressoché automatico. In tal senso, il recente impiego (v. art. 165 c.p. e artt. 186 e 187 d.lgs. n. 285/1992) della formula «se il condannato non si oppone» appare più opportuna rispetto a quella utilizzata nell'art. 54 d.lgs. 274/2000 «solo su richiesta dell'imputato». E ciò non tanto perché la decisione di subordinare la prestazione di pubblica utilità alla mancata opposizione del reo appare più vicina al reale spessore del consenso richiesto, ma perché condizionare l'attività a favore della collettività alla richiesta del condannato rischierebbe di precludere al giudice l'utilizzo di tale sanzione, quando l'istanza non sia stata presentata per disinformazione o a causa di assistenza legale inadeguata⁴⁰⁴.

⁴⁰² F. GIUNTA, *Le sanzioni*, cit., p. 411.

⁴⁰³ Lo è non solo nei casi in cui il lavoro di pubblica utilità è previsto come sanzione sostitutiva, ma anche quando costituisce l'obbligo al quale è condizionata la concessione della sospensione condizionale.

⁴⁰⁴ F. COZZI, A. TRINCI, *La sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità per i reati di guida in stato di ebbrezza o di intossicazione da sostanze stupefacenti*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 4; D. POTETTI, *L'attività non retribuita*, cit., p. 997.

Per quanto riguarda le modalità di esecuzione, l'art. 1 del Decreto del Ministero della Giustizia 26 marzo 2001, n. 41391 individua un catalogo piuttosto variegato di attività socialmente utili: a) prestazioni di lavoro a favore di organizzazioni di assistenza sociale o volontariato operanti, in particolare, nei confronti di tossicodipendenti, persone affette da infezione da HIV, portatori di handicap, malati, anziani, minori, ex-detenuti o extracomunitari; b) prestazioni di lavoro per finalità di protezione civile, anche mediante soccorso alla popolazione in caso di calamità naturali, di tutela del patrimonio ambientale e culturale, ivi compresa la collaborazione ad opere di prevenzione incendi, di salvaguardia del patrimonio boschivo e forestale o di particolari produzioni agricole, di recupero del demanio marittimo e di custodia di musei, gallerie o pinacoteche; c) prestazioni di lavoro in opere di tutela della flora e della fauna e di prevenzione del randagismo degli animali; d) prestazioni di lavoro nella manutenzione e nel decoro di ospedali e case di cura o di beni del demanio e del patrimonio pubblico ivi compresi giardini, ville e parchi, con esclusione di immobili utilizzati dalle Forze armate o dalle Forze di polizia; e) altre prestazioni di lavoro di pubblica utilità pertinenti la specifica professionalità del condannato.

A ciò si aggiunga che il d.lgs. n. 285/1992 ha previsto che l'attività socialmente utile debba essere svolta, «in via prioritaria, nel campo della sicurezza e dell'educazione stradale presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato, o presso i centri specializzati di lotta alle dipendenze» (art. 186, c. 9 *bis*), oppure possa consistere «nella partecipazione ad un programma terapeutico e socio-riabilitativo del soggetto tossicodipendente» (art. 187, c. 8).

Per quanto concerne la durata del lavoro, l'art. 54 d. lgs. n. 274 del 2000 stabilisce che quest'ultimo non può essere inferiore a dieci giorni né superiore a sei mesi⁴⁰⁵. Per effetto del richiamo dell'art. 54 operato dall'art. 18 *bis* disp. att. c.p. e di una lettura sistematica il limite massimo di durata della prestazione in favore della collettività deve essere considerato applicabile anche nel caso di sospensione condizionale della pena. Indipendentemente dall'entità della pena sospesa, il lavoro socialmente utile, al quale viene subordinata la concessione del beneficio, non potrà quindi mai superare il limite di sei mesi⁴⁰⁶. In deroga a questa disciplina, sia

⁴⁰⁵ L'attività comporta la prestazione di non più di sei ore di lavoro settimanale da svolgere con modalità e tempi che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute del condannato. Il quarto comma dell'art. 54 precisa, poi, che la durata giornaliera della prestazione non può comunque oltrepassare le otto ore, mentre il quinto comma precisa che, ai fini del computo della pena, un giorno di lavoro di pubblica utilità consiste nella prestazione, anche non continuativa, di due ore di lavoro.

⁴⁰⁶ Cfr. C. DE MAGLIE, *sub Art. 165, cit.*, § 42 osserva che «La commisurazione della pena e quella della durata dell'obbligo lavorativo ex art. 165 co. 1 costituiscono operazioni distinte ed autonome»; in tal senso Cass., 16.6.2009, in *Dejure* «La prestazione di attività non retribuita a favore del-

gli artt. 186 e 187 d.lgs. n. 285/1992, sia l'art. 73, c. 5 *bis* D.P.R. 309/1990 stabiliscono che il lavoro di pubblica utilità ha una durata corrispondente a quella della sanzione detentiva irrogata o della pena pecuniaria convertita (250 euro equivalgono ad un giorno di lavoro).

Al di là dei più o meno complessi dubbi interpretativi che possono sorgere dalla disciplina del lavoro di pubblica utilità⁴⁰⁷, il vero punto dolente di tale risposta punitiva a contenuto riparatorio continua ad essere rappresentato dalle difficoltà di attuazione⁴⁰⁸. Fin dalla sua introduzione il lavoro socialmente utile è stato condannato al fallimento; «un fallimento annunciato»⁴⁰⁹ di una «sanzione 'nata-morta'»⁴¹⁰ più per la mancata predisposizione di strumenti attuativi che in ragione dei limiti effettivi alla possibilità di rendere operativa una risposta sanzionatoria che, come dimostra l'esperienza di altri paesi europei⁴¹¹, può trovare largo impiego.

Non è stato così in Italia, dove il lavoro di pubblica utilità è stato utilizzato, nel 1999, nello «0,13% dei casi di conversione» della pena pecuniaria non eseguita⁴¹² e, a partire dal 2003, in solo quattro casi come pena principale nella giurisdizione del Giudice di pace.

Sebbene l'art. 2 del Decreto del Ministero della Giustizia 26 marzo 2001, n. 41391 avesse stabilito che «L'attività non retribuita in favore della collettività è svolta sulla base di convenzioni da stipulare con il Ministero della giustizia o, su delega di quest'ultimo, con il Presidente del tribunale nell'ambito e a favore delle strutture esistenti in seno alle amministrazioni, agli enti o alle organizzazioni indicati nell'art. 1, comma 1» del medesimo decreto, il numero di convenzioni stipula-

la collettività, cui può essere subordinata in mancanza di opposizione del condannato la sospensione condizionale della pena, ha una durata massima di sei mesi (ventisei settimane) e deve essere svolta prestando sei ore di lavoro settimanali e, quindi, per una durata complessiva non superiore alle centocinquantesi ore, salvo che il condannato chieda lo svolgimento della prestazione per una durata giornaliera superiore, che non può comunque eccedere le otto ore, in modo da abbreviarne i tempi di esecuzione. (In motivazione, la S.C. ha affermato che la prestazione di attività non retribuita a favore della collettività prevista dall'art. 165, comma 1, c.p. ha una durata definita a settimane e a mesi secondo il calendario comune, fermo restando che, a richiesta del condannato, può essere esaurita con modalità concentrate in un intervallo temporale effettivo diverso)».

⁴⁰⁷ Ad es. v. F. COZZI, A. TRINCI, *La sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, cit.*, p. 10 ss. in relazione al problema dell'immediata esecutività del lavoro socialmente utile.

⁴⁰⁸ Cfr. C. E. PALIERO, *Il lavoro libero nella prassi sanzionatoria italiana: cronaca di un fallimento annunciato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 116 ss.; F. MANTOVANI, *Sanzioni alternative, cit.*, p. 90; E. DOLCINI, *Lavoro libero e controllo sociale: profili comparatistici e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 479 ss.

⁴⁰⁹ C. E. PALIERO, *Il lavoro libero, cit.*, p. 116 ss.

⁴¹⁰ C. E. PALIERO, *Metodologie, cit.*, p. 536.

⁴¹¹ E. DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, cit.*, p. 1103.

⁴¹² E. DOLCINI, *ult. op. cit.*, p. 1101 ss.

te al 30 novembre 2005 risultava ancora troppo scarso ed estremamente disomogeneo a seconda dell'area geografica⁴¹³.

Dinanzi a questo persistente vuoto di effettività, non manca, tuttavia, qualche recente segnale positivo. In base ai dati più aggiornati del Ministero della giustizia, nel 2011 sono state registrate 830 persone che sono state assegnate al lavoro di pubblica utilità⁴¹⁴.

A ciò si aggiunga che il Tribunale di Milano, a fronte della scommessa fatta dal legislatore di introdurre nuove ipotesi nelle quali è previsto il lavoro socialmente utile, ha recentemente ampliato in maniera consistente la platea di enti pubblici e associazioni private presso le quali è possibile svolgere un'attività non retribuita a favore della collettività. Se fino al 2011 era stata stipulata una sola convenzione, a febbraio del 2012 queste sono divenute 14⁴¹⁵.

In questo quadro non si può che concludere con un dubbioso auspicio: possono essere queste le premesse indispensabili per dare finalmente spazio a questa risposta punitiva a contenuto riparatorio?

4. Bilancio e prospettive.

Dinanzi a questo quadro inevitabilmente incompleto delle forme di condotta riparatoria presenti nell'ordinamento, è forse possibile tentare di svolgere una breve riflessione complessiva.

Come si è visto, sono tre le colonne portanti sulle quali si reggono i differenti meccanismi riparatori: il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale (in forma specifica o per equivalente), l'eliminazione (anche attraverso specifiche prescrizioni) delle conseguenze dannose e pericolose, e il lavoro di pubblica utilità. Tre sono anche i possibili piani di riconoscimento della condotta riparatoria: quello della commisurazione della pena, quello della non punibilità oppure quello delle risposte punitive⁴¹⁶. Ed è proprio quest'ultima prospettiva, i cui effetti sul si-

⁴¹³ G. GATTA, *L'obbligo del lavoro*, cit., p. 331 s. rileva il fatto che in molti Tribunali non è stata stipulata alcuna convenzione, mentre in altri la situazione è decisamente migliore.

⁴¹⁴ Ministero della Giustizia, *Misure di sicurezza e sanzioni sostitutive – Dati complessivi – Anno 2011*.

⁴¹⁵ Cfr. A. INGRASSIA, *Lavoro di pubblica utilità: una prima significativa svolta nella prassi milanese*, in www.penalecontemporaneo.it; l'elenco è reperibile su www.tribunale.milano.it.

⁴¹⁶ C. PIERGALLINI, *Fondamento*, cit., p. 1661 pur classificandolo come forma di «abbandono della pena», ritiene che «il post-fatto si staglia come *controvalore* idoneo a compensare il disvalore oggettivo e soggettivo del fatto. Per come è congegnato, sembra di potervi riconoscere le caratteristiche di *sanzioni positive autonome, capaci di surrogare le pena* e di forgiare *prestazioni utili* nella direzione della *tutela del bene giuridico*. Si tratta, dunque, di sanzioni *cofunzionali agli scopi*

stema punitivo vigente sarebbero al contempo i più dirompenti e problematici, che si intende verificare alla luce del dibattito sulle teorie della pena.

Più precisamente, un modello autonomo di condotta riparatoria, che combini in modo differenziato gli strumenti menzionati, è in grado di conservare i contenuti minimi di afflizione propri di una pena e di perseguire le medesime finalità della sanzione punitiva oppure quest'ultima deve necessariamente conservare il suo nucleo indelebile di retribuzione? In altri termini, un risposta punitiva, per essere definita tale, deve ineluttabilmente consistere nell'inflizione di un male nei confronti di un destinatario passivo che sia altro rispetto ad un obbligo positivo a contenuto riparatorio oppure si può pensare ad una risposta al reato che, depurata dalla componente di dolore e sofferenza "gratuita", sia in grado di confrontarsi con le finalità della pena? E ancora, solo attraverso la minaccia di un male si può pensare di incidere sul processo motivazionale degli individui, affinché questi vengano a tal punto intimiditi dalle possibili conseguenze negative da essere dissuasi dal commettere reati?

*della pena, perché orientate sul bene giuridico e vicine a quest'ultimo: vengono incoraggiati comportamenti di salvaguardia e la vicinanza al bene protetto è scandita da ben precisi limiti temporali, tali da scongiurare il pericolo di una rinuncia alla punizione fondata su respiscenze interessate e tardive»; L. BISORI, *Gli istituti ripristinatori, cit.*, p. 597 ss. individua tre modelli di interazione tra gli «obblighi di riparazione e gli istituti del diritto penale»: a) «la riparazione del danno rileva ai fini della applicazione di taluni istituti di parte generale del diritto penale, di cui costituisce requisito di applicabilità, con effetti essenzialmente in punto di pena» (p. 599); b) «l'obbligo di reintegrazione materiale del bene entra a far parte *ex professo* delle conseguenze giuridiche tipiche del fatto di reato», affiancando la sanzione penale ed arricchendo la risposta sanzionatoria (p. 603); c) «il diritto penale fa direttamente proprio lo specifico interesse alla riparazione come delineato dalle norme di settore, secondo il tipico modello di tutela cd. ingiunzionale». «L'obbligo ripristinatorio diviene così elemento costitutivo tipico di una autonoma fattispecie incriminatrice omissiva propria, 'entra' nel precetto della fattispecie sotto forma di comando» (p. 606).*

Sommario

1. Condotta riparatoria e concezione retributiva della pena. – 1.1. Alle origini della concezione retributiva. – 1.2 Le pulsioni neo-retribuzioniste. – 1.3 Tra natura afflittiva e finalità retributiva della pena. – 1.4. La proporzione retributiva: un vero limite garantista?. – 1.4.1. Il principio di proporzionalità nella determinazione della pena in astratto. – 1.4.2. Il principio di proporzionalità nella individuazione della pena in concreto. – 1.4. Un bilancio. – 2. Condotta riparatoria e prevenzione generale. – 2.1. Uno sguardo d'insieme sulle premesse teoriche della prevenzione generale – 2.2. Tra prevenzione generale positiva e funzione simbolico-espressiva della pena. – 2.3. Un bilancio. – 3. Condotta riparatoria e rieducazione del condannato. – 3.1. L'ideale rieducativo. – 3.2. Sistema sanzionatorio e finalità rieducativa della pena. – 4. Una possibile via d'uscita?

1. Condotta riparatoria e concezione retributiva della pena.

Nel sostituire una pena concepita in negativo e fatta di dolorose privazioni da subire passivamente⁴¹⁷ con una risposta pensata in positivo e concepita come assunzione di responsabilità ed impegno attivo del reo nei confronti della vittima e della collettività⁴¹⁸, la condotta riparatoria si pone in radicale contrapposizione ri-

⁴¹⁷ In tal senso L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 419 ritiene che la pena «deve sempre consistere in un *patis*, cioè nella privazione di un diritto subita passivamente. In questo risiede la sua differenza con le sanzioni civili, come il risarcimento del danno e l'esecuzione in forma specifica, che sono prestazioni positive che soddisfano obblighi di fare ed hanno un contenuto riparatorio. [...] Ciò che non può essere alterato è il carattere privativo della pena, che è condizione della sua certezza, legalità e determinatezza».

⁴¹⁸ Sul punto v. I. MARCHETTI, C. MAZZUCATO, *La pena in castigo: un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano, 2006.

spetto ai fondamenti della concezione retributiva della pena, perché mette in dubbio il suo immutabile carattere di reciprocità⁴¹⁹.

Se quest'ultima si fonda, infatti, sull'obiettivo di infliggere in modo certo ed effettivo un male proporzionato a quello del reato, la prospettiva evocata dalla condotta riparatoria, nel momento in cui diviene una possibile risposta al fatto di reato, si propone, prima di tutto, come superamento di questo modello⁴²⁰.

Non si tratta, tuttavia, del semplice superamento dell'ideale retributivo come fondamento giustificativo della pena. Ciò costituirebbe, infatti, un'inutile riproposizione delle soluzioni largamente condivise in dottrina, che segnalano, ormai da lungo tempo, la necessità di un distacco definitivo da una visione della pena come realizzazione di un imperativo di giustizia metafisica. Più precisamente, come si è rilevato, «lo Stato non punisce perché vi è un fatto colpevole, ma punisce, per proteggere un bene giuridico, se vi è un fatto colpevole»⁴²¹. In altri termini non si tratta di retribuire un fatto di reato, ma di rispondere in vista di uno scopo se e solo se il fatto è rimproverabile al suo autore.

Sebbene il dibattito sulle teorie della pena sia ancora oggi caratterizzato dalla presenza di rielaborazioni teoriche neo-retribuzioniste [v. *infra* § 2.1.1.], compito del diritto penale non può più essere quello di distribuire meriti o colpe, ma quello di perseguire obiettivi laici di prevenzione, orientamento culturale⁴²² e tutela dei beni giuridici⁴²³.

Non è, dunque, la confutazione della teoria retributiva il mutamento proposto dalla condotta riparatoria, ma qualcosa di più. Il risultato più dirimpente, che il riconoscimento della condotta riparatoria si prefigge, è infatti rappresentato dalla

⁴¹⁹ L. ESUSEBI, *Giustizia conciliativa*, cit., p. 57.

⁴²⁰ Cfr. C. E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, in *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Atti del convegno, Urbino, 23-24 settembre 2005, Milano, 2007, p. 111 ss., si chiede «il disvalore del fatto che è tradizionalmente bilanciato dal disvalore della sanzione penale (senza dubbio anch'essa bene negativo per la collettività), può essere davvero esausto, alternativamente, dallo svolgimento di attività riparative da parte dell'autore di reato nei confronti della vittima?» (p. 116); C. ROXIN, *ult. op. cit.*, p. 8 citando la formula di *Binding* in base alla quale «la pena deve aprire una piaga, il risarcimento deve sanarne un'altra, senza causarne, se possibile, una seconda», l'A. afferma che per la teoria assoluta «accontentarsi del risarcimento significherebbe rinunciare alla retribuzione»

⁴²¹ M. ROMANO, *Prevenzione generale*, cit., p. 167.

⁴²² C. PECORELLA, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 853 ss.

⁴²³ Cfr. M. DONINI, *Le tecniche di degradazione*, cit., p. 389; G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi Nuvolone*, vol. I, Milano, 1991, p. 167; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 69 s. secondo il quale il diritto penale deve servire a tutelare in via sussidiaria i beni giuridici, la libera autodeterminazione dell'individuo ed il mantenimento dell'ordine sociale fondato su quest'ultimo principio.

sostituzione del binomio di chiara origine retributiva⁴²⁴, che contrappone al male del reato il male della pena, con il binomio diametralmente opposto che al male del reato fa corrispondere un obbligo positivo a carico reo, finalizzato a riparare l'offesa arrecata⁴²⁵.

Prima di analizzare i vincoli che la concezione retributiva potrebbe frapporre a questo mutamento di paradigma della giustizia penale, occorre innanzitutto delineare le coordinate entro le quali si muove la teoria retributiva, per poi stabilire quali di queste conservano ancora valore nella configurazione del sistema punitivo e devono, quindi, essere tenute in considerazione nella costruzione di un sistema repressivo che dia rilievo alla condotta riparatoria.

1.1. Alle origini della concezione retributiva. L'idea che la pena sia legata ad un paradigma retributivo è senza dubbio la più antica e persistente. Il mito della giustizia retributiva risiede, infatti, nell'immaginario globale prima ancora che nell'universo concettuale⁴²⁶. La stessa nozione di pena porta con sé un'intrinseca carica di dolore⁴²⁷, che ne palesa una dimensione puramente retributiva⁴²⁸. Il termine «retribuzione», infatti, può essere considerato uno dei possibili sinonimi di pena⁴²⁹: una reazione repressiva che, pur chiudendo idealmente il vortice potenzialmente infinito della giustizia privata⁴³⁰, conserva intatto il meccanismo ideologico originario della vendetta⁴³¹. Una vendetta che cerca di coprirsi con un fra-

⁴²⁴ Cfr. D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale*, cit., p. 118 rileva il fatto che istituti costruiti sul modello della sospensione condizionale – nei quali sembra rientrare anche il ruolo svolto dalla condotta riparatoria – si pongono «strutturalmente al di fuori dell'ottica "retributiva"».

⁴²⁵ L. EUSEBI, *Dirsi*, cit., p. 637 ss. mette in rilievo il fatto che «il diritto non [sia] mai andato al cuore del problema, mettendo in discussione l'assioma secondo cui la giustizia consisterebbe nel rispondere al negativo individuato nell'altro con la reciprocità del negativo che gli venga inflitto».

⁴²⁶ B. SLATTERY, *The Myth of Retributive Justice, in Retributivism and its Critics, Canadian Section of the International Society for Philosophy of Law and Social Philosophy, Papers of the Special Nordic Conference, University of Toronto, 25-27 June 1990*, in *ARSP (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie)*, 47, 1992, p. 27 ss.

⁴²⁷ G. BRITZ, *Strafe und Schmerz – eine Annäherung*, in *Grundfragen staatlichen Strafes, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, München 2001, p. 73 ss.

⁴²⁸ H. L. A. HART, *Punishment*, op. cit., p. 5.

⁴²⁹ U. EBERT, *Talion und Vergeltung im Strafrecht – ethische, psychologische und historische Aspekte*, in H. JUNG (a cura di), *Recht und Moral, Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden-Baden, 1991, p. 249.

⁴³⁰ Cfr. H. ARENDT, *Responsabilità e giudizio*, Torino, 2003, p. 21.

⁴³¹ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 15 s.; G. MANNOZZI, *Pena e riparazione*, cit., p. 1129 ss.; T. PADOVANI, sub *Art. 162*, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale, III, art. 150-240*, Milano, 2011, p. 131 s.; W. NAUCKE, *Strafrecht*, cit., p. 41; L. WALGRAVE, *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, Cullompton, 2008, p. 57; sul punto si segnala l'approfondita ricostruzione di I.W. P. MILLER, *Occhio per occhio*, Torino, 2008; K. LÜDERSEN, *Im Zweifel gegen den Täter?*, in *F.A.Z.*, 16.6.2011, p. 10; F. MANTOVANI, *La «perenne crisi»*, cit., p. 1172.

gile manto di ragione. In altri termini, se il lento passaggio dalla giustizia privata al monopolio statale della violenza rappresenta il risultato dell'evoluzione della civiltà, dall'altro lato il potere punitivo statale diviene il surrogato dei bisogni individuali di vendetta⁴³². Come è stato acutamente osservato, la storia della pena può essere descritta come il processo di attribuzione di una veste giuridica alla vendetta («*Verrechtlichung der Rache*»)⁴³³.

La retribuzione, infatti, si differenzia da quest'ultima soprattutto in ragione del fatto che la pena inflitta, pur rispecchiando un bisogno di pena presente nella struttura di valori sociali⁴³⁴, trova i propri limiti all'interno di un sistema formalizzato, nel quale la reazione repressiva pretende di essere "giusta", proprio perché lontana dall'arbitrio della vendetta personale⁴³⁵.

Si pensi alla vendetta di sangue invocata dallo spirito del padre di *Amleto*. Si pensi all'intento strenuamente perseguito da *Amleto* nel portarla a compimento, infliggendo al traditore *Claudio* una risposta che sia sì retributiva, ma anche in grado di ricostruire, nel rispetto delle regole sociali vigenti, la legalità violata («*The time [...] to set it right*»).

Amleto rinuncia, infatti, ad esercitare una semplice vendetta privata e decide di punire l'assassino del padre solo nel momento in cui la propria pretesa diviene legittima agli occhi della collettività.

L'intera storia dell'umanità raccontata nella letteratura è intrisa dei colori di una giustizia che si intreccia costantemente con la vendetta. Nella narrazione di *Esiodo* sulla genesi delle divinità, la cruenta ed emblematica punizione che *Crono* infligge al padre *Urano* genera "accidentalmente" le *Erinni*, le divinità di una giustizia primordiale fatta di sangue e vendetta. Dall'esortazione che, nella narrazione di *Omero*, *Agamennone* rivolge a *Menelao* per annientare senza pietà i *troiani* fatti prigionieri, fino ad arrivare al monologo di *Shylock* che, messo dinanzi all'inutilità del suo gesto, preferisce nutrire la propria "giusta" vendetta piuttosto che rinunciare ad avere soddisfazione, l'idea della pena trova le proprie coordinate psicologiche in un orizzonte mitico nel quale la vendetta, anche ove sia vestita di legalità, è una componente essenziale.

⁴³² G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Hamburg, 1955, § 102-104 dove l'A. afferma che il bisogno di soddisfazione espresso dalla pena è già in sé ragionevole; cfr. sul punto D. PULITANÒ, *Politica criminale*, p. 45 s.

⁴³³ J. WEIZEL, *Strafe und Strafverfahren in der Merowingerzeit*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, 1994, p. 66 ss., 91.

⁴³⁴ Cfr. F. MANTOVANI, *Sanzioni alternative*, cit., p. 72, osserva che l'idea retributiva «non solo esprime una esigenza insopprimibile dell'animo e del pensiero umano, ma ha anche una irrinunciabile funzione pedagogica e responsabilizzatrice».

⁴³⁵ A tal riguardo si noti che è la stessa Relazione ministeriale al codice Rocco a esplicitare un parallelo tra pena e vendetta laddove menziona la funzione c.d. satisfattoria della pena, ossia «la soddisfazione che il sentimento pubblico riceve dall'applicazione della pena». Una soddisfazione che «evita le vendette e le rappresaglie».

Persino laddove è l'idea stessa di giustizia ad entrare in crisi, perdendo i suoi più profondi riferimenti metafisici, pena e vendetta si sovrappongono costantemente. Nella narrazione di *Dürrenmatt* affiora un'idea di pena che, ormai lontana dalle radici spirituali di un'epoca in cui la giustizia faceva parte del mondo divino, assume i caratteri di un incidente inevitabile in un mondo metafisico secolarizzato, nel quale è la stessa libertà del volere ad essere messa in dubbio.

Anche sul piano figurativo, l'immagine della giustizia che riempie la memoria collettiva ritrae una dea (bendata) con una bilancia in una mano e una spada nell'altra⁴³⁶. Come è stato osservato, «il deposito di immagini di questo genere nella memoria è quello che crea un'aspettativa mentale e permette di proiettare simboli e significati sulla realtà esterna anche quando sono materialmente assenti»⁴³⁷. Ed allora l'idea che quella spada debba colpire, perché ad imporlo è una forma idealizzata di giustizia, diviene un gesto a tal punto irriflesso da apparire necessario.

Nella prospettiva filosofica⁴³⁸, lo *ius talionis* non rappresenta altro che una forma ideale di giustizia⁴³⁹. Infliggere una sofferenza uguale a quella subita⁴⁴⁰ individua una regola semplice e chiara, che ogni individuo è senz'altro in grado di comprendere. Per una società che, per la prima volta, ha il compito di dover rispondere all'arbitrio pubblico o privato e deve farlo attraverso un'organizzazione e delle regole legislative, la legge del taglione costituisce indubbiamente, per la sua semplicità e comprensibilità, un facile punto di approdo.

Non risultando sempre idonea a garantire un rapporto di totale equivalenza qualitativa tra reato e pena, la proporzione finisce per trasformarsi in un'equivalenza puramente valoriale, ossia in una connessione puramente virtuale tra il fatto di reato – concepito come negazione del diritto – e l'atto del punire che, negando il reato dovrebbe ricostruire la giustizia violata⁴⁴¹.

⁴³⁶ Cfr. G. MANNOZZI, *La giustizia*, cit., p. 3 ss.

⁴³⁷ A. PROSPERI, *Giustizia bendata, Percorsi storici di un'immagine*, Torino, 2008, p. XVII; sulla potenzialità di sopraffazione dei simboli nel creare "realtà" cfr. C. G. JUNG, (traduzione it. a cura di B. VENEZIANI), *Psicologia e religione*, Milano, 1948, p. 150.

⁴³⁸ Cfr. L. ESUSEBI, *Giustizia conciliativa*, cit., p. 56, osserva che la giustizia commutativa «si sostanzia (utilizzando terminologie di Aristotele) nel concetto del contraccambio o più precisamente di *reciprocità*, il quale necessita, tuttavia, di essere integrato da un criterio *esterno* di proporzione inteso a rendere fra loro commensurabili il giudizio sulla condotta anti-giuridica e la conseguenza che, sotto il profilo sanzionatorio, se ne intenda desumere».

⁴³⁹ E. KANT, *Metaphysik der Sitten*, in *Kant Werke, Band 7, Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie, Zweiter Teil*, Darmstadt, 1983, p. 454 s. «*Hat er aber gemordet, so muß er sterben. Es gibt hier kein Surrogat zur Befriedigung der Gerechtigkeit*»; «*Ha ucciso, allora deve morire. Non esiste qui alcun surrogato per la soddisfazione della giustizia*».

⁴⁴⁰ Nella definizione di U. GROZIO, *De jure belli ac pacis libri tres*, t. II, l. II, cap. XX, n. 1, Lausanne, 1751-2, la pena viene definita «*malum passionis, quod infligitur ob malum actionis*».

⁴⁴¹ G. W. F. HEGEL, *Grundlinien*, cit., § 97 La pena è «negazione della negazione del diritto», attraverso la quale la «volontà particolare» del reo viene annullata. In altri termini, solo la giustizia

Da una pena che replica specularmente, conservandone tutti gli elementi fattuali, il male del reato, si passa ad un riequilibrio sempre più simbolico dell'ideale astratto di giustizia infranto dal reato, attraverso una sanzione il cui livello di afflizione viene misurato su una scala che, oltre alla gravità materiale, comprende un elemento "spirituale" come la colpevolezza. La pena entra così a far parte di un meccanismo automatico imposto dalla stessa natura delle cose⁴⁴², nel quale è il reo stesso ad attirarla su di sé con la sua condotta⁴⁴³.

Pena e reato, stretti da un legame indissolubile⁴⁴⁴, descrivono una sequenza che non può essere interrotta senza distruggere il suo carattere specifico⁴⁴⁵. Ed è proprio questa equivalenza necessaria a palesare l'aporia nella quale cade la teoria retributiva⁴⁴⁶. Come è stato messo in rilievo, non sussiste, infatti, alcun rapporto di reciproca e necessaria implicazione tra due momenti così manifestamente eterogenei come il male del reato e quello della pena⁴⁴⁷. In ciò si ritrova altresì la radicalità del pensiero retribuzionista, che consiste proprio nel concepire l'inflizione di una pena non come scelta facoltativa, ma come imperativo categorico sciolto da ogni obiettivo razionale.

Che l'inflizione della pena si giustifichi per il semplice fatto che sia stato commesso un reato⁴⁴⁸, è l'assioma fondamentale del mito della pena retributiva, che antepone ideologicamente la realizzazione di un ideale di giustizia. In tal senso,

obiettiva della pena, nell'annullare la volontà particolare del reo, che ha negato la volontà collettività, consente di riaffermare il diritto; sul punto v. S. MOCCIA, *Contributo ad uno studio sulla teoria della pena di G.W.F. Hegel*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 131 ss.

⁴⁴² C.-L. DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, 1871, p. 173 «*c'est le triomphe de la liberté, lorsque les lois criminelles tirent chaque peine de la nature particulière du crime. Tout l'arbitraire cesse; la peine ne descend point du caprice de législateur, mais de la nature de la chose; et ce n'est point l'homme qui fait violence à l'homme*».

⁴⁴³ E. KANT, *Metaphysik der Sitten*, *op. cit.* p. 453 s.

⁴⁴⁴ E. KANT, *Metaphysik der Sitten*, *op. cit.* p. 455 «*Selbst, wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflöste (z.B. das eine Insel bewohnende Volk beschlösse, auseinander zu gehen, und sich in alle Welt zu zerstreuen), müßte der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind*»; «Anche quando la società civile si dissolvesse col consenso di tutti i suoi membri (per esempio si decidesse a separarsi e a disperdersi per tutto il mondo), l'ultimo assassino che si trovasse in prigione dovrebbe prima venir giustiziato, affinché ciascuno porti la pena della sua condotta e il sangue non versato non ricada sul popolo che ha reclamato quella punizione» così nella traduzione italiana a cura di G. Vidari, E. KANT, *La metafisica dei costumi*, Roma-Bari, 2004, p. 166.

⁴⁴⁵ cfr. B. SLATTERY, *The Myth*, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁴⁶ Cfr. U. Curi, *La pena come vendetta*, in *La Lettura*, 18.3.2012, il quale osserva che «l'originaria coincidenza di significati fra sofferenza e punizione ha suggerito la convinzione che ciò implicasse anche la loro indissolubilità, nel senso che non sia possibile applicare adeguatamente una pena, se non a condizione di indurre dolore in colui che ad essa venga assoggettato».

⁴⁴⁷ P. RICOEUR, *Interprétation du Mythe de la peine*, in AA. VV., *Il mito della pena*, Padova, 1967, p. 23 ss.

⁴⁴⁸ A. DUFF, *Punishment, Expression and Penance*, in H. JUNG (a cura di), *Recht und Moral, Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden-Baden, 1991, p. 236; cfr. H. L. A. HART, *Punishment*, *cit.*, p. 9.

l'inflizione di una sofferenza costituisce un'obbligazione morale⁴⁴⁹ che vede nella «maestà senza scopo della pena»⁴⁵⁰ il fondamento di un sistema repressivo del tutto indifferente alla realtà empirica.

1.2. Le pulsioni neo-retribuzioniste. Se nel sistema della giustizia penale l'idea retributiva non dovrebbe più essere in grado di offrire un fondamento giustificativo all'intervento punitivo⁴⁵¹, ciò non di meno sono ancora molti gli elementi essenzialmente retributivi che, sia pure parzialmente depurati delle loro più profonde origini metafisiche, caratterizzano la pena⁴⁵².

Anche dinanzi al più deciso sforzo dottrinale di attribuire alla pena uno scopo razionale, l'impronta della concezione retributiva sembra ineliminabile⁴⁵³. Un'impronta che non solo fatica a scomparire, ma che riemerge periodicamente con rinnovato rigore. Dinanzi ad un'opinione pubblica dominata da ansie collettive tanto generalizzate quanto incontrollabili e da un profondo senso di insicurezza⁴⁵⁴, i sistemi punitivi occidentali sono costantemente lacerati da istanze di stampo retribuzionista⁴⁵⁵.

Proprio dinanzi al «declino dell'ideale riabilitativo»⁴⁵⁶, che segna il progressivo abbandono da parte del sistema punitivo delle sue funzioni sociali⁴⁵⁷, si assiste ad

⁴⁴⁹ Cfr. F. NIETZSCHE, *Genealogia della morale, uno scritto polemico*, Milano, p. 51 «Dove ha derivato il suo potere questa idea antichissima, profondamente radicata, oggi forse non più estirpabile, l'idea di equivalenza di danno e dolore? L'ho già rivelato: nel rapporto contrattuale tra *creditore e debitore*»; sul punto v. l'interessante saggio di J. BUNG, *Nietzsche über die Strafe*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2007, p. 120 ss. che mette in evidenza il modello punitivo improntato alla riparazione e alla risocializzazione tratteggiato da Nietzsche (p. 133 ss.).

⁴⁵⁰ W. HASSEMER, *Warum*, cit., p. 60; HASSEMER, *Sicherheit*, cit., p. 322.

⁴⁵¹ Per un'analisi del pensiero retribuzionista in Italia cfr. G. BETTIOL, *Dal diritto penale al diritto premiale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 701 ss.; G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1978, p. 736 s. afferma che la concezione retributiva della pena «soddisfa la suprema esigenza che il male compiuto debba postulare l'inflizione di un castigo proporzionato alla gravità del maleficio».

⁴⁵² K. GÜNTHER, *Die Symbolisch-expressive*, cit., p. 214 parla di «ciclo della retribuzione senza via d'uscita».

⁴⁵³ G. FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in *Quest. giust.*, 1991, p. 46.

⁴⁵⁴ D. GARLAND (trad. a cura di A. Ceretti), *La cultura del controllo, Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano, 2004, p. 196 ss.; G. FORTI, *La riforma del codice penale nella spirale dell'insicurezza: i difficili equilibri tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 39 ss.

⁴⁵⁵ Cfr. G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Studi di diritto penale*, 1991, p. 45 ss. segnalava il rischio che la politica criminale potesse essere guidata dalla «spirale emotiva dell'allarmismo» che avrebbe aperto «la strada alle forze che reclamano 'legge e ordine'»; G. MARINUCCI, *Riforma o collasso del controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1063 ss.; M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009, p. 288 s.

⁴⁵⁶ D. GARLAND (trad. a cura di A. Ceretti), *La cultura del controllo*, cit., p. 66.

un ritorno, sotto forme più o meno nuove, ai «meccanismi irrazionali e inconsci della società punitiva»⁴⁵⁸.

Nel catalizzare quelle istanze «emotive, regressive e catartiche»⁴⁵⁹ che invocano punizioni esemplari – si pensi a parole d'ordine come "tolleranza zero" e "Three strikes and you're out"⁴⁶⁰ che fanno da sfondo alle istanze di riforma⁴⁶¹ – il modello retributivo appare il tramite più idoneo per tradurre quelle profonde pulsioni repressive in un catalogo di risposte draconiane, rigidamente proporzionali e sottratte ad ogni adeguamento discrezionale da parte del giudice in base alle esigenze del caso concreto.

Sia pure nel dichiarato intento di riportare razionalità e uguaglianza nella prassi commisurativa e abbandonando il termine retribuzione perché considerato peggiorativo⁴⁶², la c.d. teoria del "giusto merito" (*just desert*)⁴⁶³ stabilisce, in maniera neppure troppo velata, molteplici punti di contatto con le principali coordinate offerte dalle teorie assolute⁴⁶⁴.

Affermare che qualcuno "merita" di essere punito, secondo i teorici del *just desert*, significa riconoscere il disvalore della condotta tenuta dal reo e ritenerla una ragione sufficiente per punirlo con l'inflizione di un male («*hard treatment*»)⁴⁶⁵. Ed è proprio all'interno di questo modello repressivo che la proporzione della pena – cardine della teoria retributiva – assume valore primario e diviene il punto di riferimento che, nel ridisegnare profondamente il sistema della giustizia penale⁴⁶⁶, lascia ben poco spazio a considerazioni finalistiche. Se la pena ha come unico scopo quello di esprimere il grado di disapprovazione della società rispetto alla gravità del reato⁴⁶⁷, ogni considerazione preventiva legata alla persona del reo⁴⁶⁸ –

⁴⁵⁷ Cfr. F. BRICOLA, *Crisi del Welfare State*, cit., p. 1427 ss. per un quadro ancora attuale dei rapporti tra crisi dello stato sociale, pulsioni repressive e mutazioni del sistema punitivo.

⁴⁵⁸ G. MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco*, cit., p. 344.

⁴⁵⁹ D. GARLAND (trad. a cura di A. Ceretti), *ult. op. cit.*, p. 28.

⁴⁶⁰ Sul punto v. A. DELLA BELLA, *Three Strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 832 ss.; E. GRANDE, *Il terzo stike, La prigione in America*, Palermo, 2007.

⁴⁶¹ Per un quadro delle spinte verso un diritto penale come strumento in grado di soddisfare richieste di sicurezza e pulsioni repressive v. HASSEMER, *Freiheitliches Strafrecht*, Berlino, 2001, p. 165 ss., 215 ss.

⁴⁶² A. VON HIRSCH, *Doing Justice. The choice of Punishment*, New York, 1976, p. 45 s.

⁴⁶³ A. VON HIRSCH, *Censure and Sanction*, Oxford, 1993.

⁴⁶⁴ L. MONACO, C. E. PALIERO, *Variazioni in tema di "crisi della sanzione": la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 421 ss., 453.

⁴⁶⁵ A. VON HIRSCH, *ult. op. cit.*, p. 46.

⁴⁶⁶ Cfr. L. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 93 ss.; G. MANNOZZI, *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena, Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, Padova, 1996.

⁴⁶⁷ A. VON HIRSCH, *Censure*, cit., p. 31 s.

ossia il tramite necessario per restituire alla pena compiti sociali ed umanitari – risulta inevitabilmente oscurata.

In termini analoghi, si sostiene la necessità che il diritto penale torni a muoversi in un orizzonte metafisico, dove «la pena [...] non è solo uno strumento di conservazione dell'identità sociale, ma la conservazione stessa», ossia il mezzo con il quale ricostruire, «a livello comunicativo, la validità della norma violata»⁴⁶⁹. Sebbene si nasconda dietro un approccio funzionalista, tale orientamento rievoca un'idea di pena come «negazione della negazione del diritto»⁴⁷⁰.

Una tale riproposizione della teoria retributiva, nel rimuovere «qualsiasi considerazione finalisticamente orientata»⁴⁷¹, svuota il sistema della giustizia penale di ogni obiettivo razionale, per ridurre la pena ad un mero strumento di autoconservazione⁴⁷². Ed è proprio in coincidenza con le tendenze neo-retribuzioniste che si registra un rinnovato rigore punitivo in tutta l'Europa occidentale. Se negli anni Settanta si era affermata la tendenza a ridurre l'area del penalmente rilevante, gli ultimi decenni sono caratterizzati da quella che è stata definita come «la strategia della segregazione punitiva»⁴⁷³.

In Italia, le tentazioni neo-retribuzioniste sembrano aver trovato parziale riconoscimento nel progetto Nordio. Nel recepire «i principi della retribuzione relativi alla correlazione tra la gravità del delitto ed il grado della colpevolezza e la conseguente severità della sanzione», la Commissione Nordio ha palesato «l'esigenza di garantire al massimo grado il rispetto del criterio di proporzione tra reato e sanzione», facendo ricorso «a un'unità di misura edittale della gravità del reato [...] di regola rappresentata dalla reclusione»⁴⁷⁴. Una bilancia della giustizia penale così

⁴⁶⁸ A. ALESSANDRI, *Diritto penale, cit.*, p. 320 rileva che l'irrinunciabile garanzia offerta dal diritto penale del fatto rischia, per altro verso, di risultare «troppo poco sensibile alle particolarità della vicenda criminosa e dell'autore».

⁴⁶⁹ G. JAKOBS, *Das strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1995, p. 843 ss.; critico anche se orientato in senso retributivo M. PAWLIK, *Person, Subject und Bürger, Zur Legitimation von Strafe*, Berlin, 2004, p. 64 ss.

⁴⁷⁰ G. W. F. HEGEL, *Grundlinien, cit.*, § 97.

⁴⁷¹ L. EUSEBI, *La pena «in crisi». Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990, p. 72.

⁴⁷² Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht, cit.*, p. 49; sottolinea il carattere retributivo di questa impostazione G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2004, p. 26; cfr. sul punto anche L. EUSEBI, *La pena «in crisi», cit.*, p. 33 ss.

⁴⁷³ D. GARLAND (trad. a cura di A. Ceretti), *La cultura del controllo, cit.*, p. 247 ss.; F. C. SCHRÖDER, *Die neuere Entwicklung des Strafrechts in Deutschland*, in H. KURY, E. KARIMOV (a cura di), *Kriminalität und Kriminalprevention in Länder des Umbruchs*, Bochum, 2006, p. 225 ss.; A. SERRANO-MAILLO, *Punitivität und Gesetzgebung – Die Situation in Spanien*, in H. KURY, E. KARIMOV (a cura di), *Kriminalität und Kriminalprevention in Länder des Umbruchs*, Bochum, 2006, p. 245 ss.; M. TORNY, *Thinking about crime: Sense and sensibility in American penal culture*, Oxford, 2004, *passim*.

⁴⁷⁴ *Introduzione ai lavori della Commissione*, p. 32 s., www.ristretti.it.

ricostruita sembra, tuttavia, destare profonde perplessità poiché, nella volontà di soddisfare esigenze di proporzionalità tra gravità dell'offesa e intensità della risposta punitiva, è esclusivamente calibrata su un'unica unità di misura: quella pena detentiva che esprime in maniera paradigmatica la risposta in negativo al male del reato.

In questo caso il richiamo alla proporzione diverrebbe l'unico parametro guida per determinare il *quantum* della pena: un parametro di una giustizia immobile «che rende uguali, nell'assoluto negativo, tutte le esistenze»⁴⁷⁵.

1.3. Tra natura afflittiva e finalità retributiva della pena. Sotto un punto di vista generale, qualsiasi atto sanzionatorio porta con sé un'istanza intenzionalmente afflittiva⁴⁷⁶ che «concorre a definire i termini del problema penale»⁴⁷⁷.

Se la pena non sembra poter rinunciare alla sua componente afflittiva⁴⁷⁸ e stigmatizzante senza tradire la propria natura specifica⁴⁷⁹ – in tal senso la pena viene definita come «l'inflizione di un male da parte dello Stato in risposta ad un comportamento rimproverabile e socialmente dannoso in misura elevata»⁴⁸⁰ –, tale elemento intrinseco concorre non solo a descrivere i connotati del modello repressivo, ma finisce per incidere sulle finalità da quest'ultimo perseguite. In tal senso, la natura del mezzo utilizzato, nel costituire il *prius* logico rispetto allo scopo, in-

⁴⁷⁵ F. GROSS, *Punir c'est rappeler la loi*, in A. GARAPON, F. GROSS, T. PECH, *Et ce sera Justice, Punir en démocratie*, Paris, 2001, p. 137.

⁴⁷⁶ C. PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 64 ss., ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale, Scritti di parte generale*, vol. 1, Milano, 2003, p. 147 ss.; N. BOBBIO, *Sanzione*, *cit.*, p. 533 rileva che «la sanzione, comunque la si intenda, in senso più largo o più stretto, [...] ha sempre a che fare con le misure che un sistema normativo adotta per assicurare quanto più efficacemente possibile la propria conservazione, punendo il male compiuto con un altro male, o rimediando al male col bene»; sul punto si segnala anche la relazione conclusiva della Commissione Holsters, *Tribunaux de l'application des peines, status juridique externe des détenus et fixation de la peine*, Bruxelles, 2003, p. 24, secondo la quale «è inutile presentare la retribuzione come uno degli obiettivi della pena, poiché questa costituisce in realtà una caratteristica intrinseca della pena».

⁴⁷⁷ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, *cit.*, p. 32 s.

⁴⁷⁸ H. JUNG, *Was ist Strafe?*, Baden-Baden, 2002, p. 16 ss.

⁴⁷⁹ cfr. E. DURKHEIM, *La division*, *cit.*, p. 72 definisce le sanzioni penali come quelle «*consistent essentiellement dans une douleur imposé à l'agent, elles sont répressives*» e le distingue da quelle civili. «*Quant à l'autre sorte, elle n'implique pas nécessairement une souffrance de l'agent, mais consiste seulement dans la remise des choses en état, dans le rétablissement des rapports troublés sois leur forme normale, soit que l'acte incriminé de force au type dont il a devié, soit qu'il soit cumulé, c'est-à-dire privé de toute valeur sociale. On doit donc répartir en deux grandes espèces les règles juridiques, suivant qu'elles ont des sanctions répressives organisées, ou des sanctions seulement restitutives*».

⁴⁸⁰ C. ROXIN, *Strafe und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in W. HASSEMER, E. KEMPF, S. MOCCIA (a cura di), *Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, In dubio pro libertate*, München, 2008, p. 601 ss., p. 604 «*Strafe ist eine staatliche Übelzufügung auf Grund eines vorwerfbaren, in erhöhten Maße sozialschädlich Verhaltens*».

fluenza inevitabilmente il fine perseguito⁴⁸¹. Se la variabile costante del rapporto è il male della pena, la finalità perseguita non potrà sganciarsi completamente da questa premessa⁴⁸². In altri termini, la simmetrica corrispondenza tra male della pena e male del reato non può che influire negativamente sui contenuti della pena e, in ultima analisi, sul condannato⁴⁸³.

Ritenere che gli istituti giuridici non abbiano un'essenza indipendente dal loro scopo, ma che sia lo scopo a determinare la loro natura⁴⁸⁴, è solo in parte condivisibile⁴⁸⁵, dal momento che il carico variabile di costrizione della pena e, dunque, i suoi contenuti effettivi, incidono sulla possibilità di conseguire efficacemente qualsiasi obiettivo di prevenzione⁴⁸⁶. A tal riguardo non sarebbe sufficiente mascherare l'intrinseco valore negativo della pena dietro scopi di prevenzione generale⁴⁸⁷ (positiva o negativa), poiché tali finalità non presuppongono necessariamente l'idea di una pena come analogo negativo del reato⁴⁸⁸. È invece quella

⁴⁸¹ N. K. ANDROULAKIS, *Über den Primat der Strafe*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1996, p. 305 «La definizione dello scopo presuppone tuttavia la natura della pena e si orienta in base a quest'ultima, non il contrario», «*Die Zweckbestimmung aber setzt das Wesen der Strafe voraus und richtet sich nach diesem, nicht umgekehrt*»; in tal senso cfr. G. FIANDACA, *sub. Art. 27, c. 3, cit.*, p. 235 osserva che «non sarebbe già in partenza possibile prescegliere «modalità esecutive» volte a migliorare la personalità del reo qualora la sanzione da applicare dovesse risultare, le «tipi» astratto e/o nella «misura», inadatta a favorire l'obiettivo preso di mira».

⁴⁸² Cfr. L. EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1109 ss., osserva: «Dovrebbe peraltro suscitare i più forti dubbi, già sul piano, l'idea che una sanzione imperniata sull'analogia nei confronti del male commesso possa, nondimeno, costituire un bene: come se l'unico elemento fornito dai retribuzionisti per lo strutturarsi della sanzione in concreto – il suo corrispondere simmetricamente al male del reato – non influisca, in senso negativo, sui contenuti della pena e non incida sul loro mancato orientamento reale al bene del condannato» (p. 1112).

⁴⁸³ Cfr. L. EUSEBI, *Giustizia conciliativa, cit.*, p. 59.

⁴⁸⁴ C. ROXIN, *Strafrecht, cit.*, p. 89; C. ROXIN, *Strafre und Strafzwecke, cit.*, p. 606.

⁴⁸⁵ Cfr. F. NIETZSCHE, *Genealogia, cit.*, p. 68 «Per tornare all'argomento, vale a dire alla *pena*, occorre distinguere in essa due cose: da un lato, la sua relativa *durevolezza*, l'uso, l'atto, il «dramma», una certa rigorosa successione di procedure, dall'altro, la sua *fluidità*, il significato, lo scopo, l'attesa, che si connette all'esecuzione di tali procedure».

⁴⁸⁶ Cfr. C. E. PALIERO, *La mediazione penale, cit.*, p. 133 sottolinea la tendenza «a risolvere il fine nel mezzo», indipendentemente da una verifica empirica circa la congruenza di quel mezzo al fine perseguito.

⁴⁸⁷ La considerazione in base alla quale la teoria retributiva [sarebbe] in realtà una teoria general-preventiva mascherata potrebbe essere qui letta, invertendo i termini del rapporto, nel senso che questo modello di prevenzione generale finisce per essere una teoria retributiva mascherata; in tal senso B. HAFFKE, *Problemaufriss; Die Bedeutung der sozialpsychologischen Funktion der Schuld und Schuldunfähigkeit für die strafrechtliche Schuldlehre*, in W. HASSEMER, K. LÜDERSSEN, *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, München, 1978, p. 153 ss., 168.

⁴⁸⁸ Cfr. L. EUSEBI, *Appunti critici, cit.*, p. 1168, «non è affatto indiscutibile che la necessità di concretizzare il giudizio di disapprovazione sociale su determinati comportamenti giuridici debbano trovare espressione nella entità materiale di una pena che sia inflitta quale *analogo negativo* del reato commesso». In altri termini, sottolinea l'A. «l'espressione del giudizio sul reato *non necessita* affatto di realizzarsi attraverso il *quantum* di pena, e segnatamente di una pena intesa a riprodurne la negatività»; sul punto in termini analoghi, K. GÜNTHER, *Die Symbolisch-expressive Bedeutung*,

fallace corrispondenza naturale tra pena e reato, che proviene dalla concezione retributiva, ad aver forgiato, in modo apparentemente immutabile, i contenuti della risposta sanzionatoria, rimanendo immune a «considerazioni politico criminali di tipo finalistico-preventivo»⁴⁸⁹.

Qualche spunto interessante che sia in grado di mettere in evidenza il complesso rapporto tra componente afflittiva e finalità retributiva della pena può essere tratto dalla giurisprudenza costituzionale italiana e straniera, nonché dalle pronunce della Corte Europea di Diritti dell'Uomo.

Il carattere afflittivo ed infamante della pena individua uno dei criteri di natura sostanziale che la Corte Suprema degli Stati Uniti utilizza per distinguere le sanzioni penali da altre forme sanzionatorie⁴⁹⁰.

Al di là della qualificazione data dal legislatore, la Corte Suprema ritiene, infatti, che il tratto caratterizzante della pena sia «l'inflizione di una sofferenza» (si parla di «*infliction of pain*»⁴⁹¹, «*restraining and inflicting appreciable physical pain*»⁴⁹², «*unpleasant consequences*»⁴⁹³).

In termini analoghi la Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'assumere una prospettiva che privilegia la tutela dei diritti fondamentali delle vittime, ridefinisce spesso l'area del penalmente rilevante, ricorrendo a valutazioni che, indipendentemente dalle etichette attribuite dai legislatori nazionali, indagano la natura sostanziale delle risposte punitive. Nel riconoscere l'estensione delle garanzie offerte dalla Convenzione, la Corte fa esplicitamente riferimento al carattere repressivo e infamante⁴⁹⁴ per stabilire la natura penale della sanzione. Anche sul piano degli obiettivi perseguiti, la Corte ritiene che, nella sua duplice veste retributiva e preventiva, la pena avrebbe «uno scopo al contempo preventivo, dissuasivo e repressivo»⁴⁹⁵.

cit., p. 219 afferma che per censurare il disvalore della condotta criminosa in senso simbolico-espressivo (con carattere di prevenzione generale positiva) non è necessario infliggere al reo un male; critico sul punto K. KÜHL, *Zum Missbilligungscharakter der Strafe*, in J. ARNOLD (a cura di), *Menschenrechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München, 2005, p. 149 ss.

⁴⁸⁹ L. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, *cit.*, 94 osserva altresì che «la struttura retributiva della sanzione finisce inevitabilmente [...] per condizionare in modo determinante la funzione effettivamente svolta dalla pena nei confronti dell'agente e della collettività».

⁴⁹⁰ Cfr. M. VAN DE KERCHOVE, *Le sens de la peine dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2008, p. 1 ss.; A. SCERBO, *Culture e discipline costituzionali in tema di pena: Italia, Stati Uniti e Canada a confronto*, in *Quest. giust.*, 2010, p. 152 ss.

⁴⁹¹ *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976); *Estelle v. Gamble*, 429 U.S. 97 (1976).

⁴⁹² *Ingraham v. Wright*, 430 U.S. 651 (1977).

⁴⁹³ *De Veau v. Braisted*, 363 U.S. 144 (1960).

⁴⁹⁴ M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sense*, *cit.*, p. 475 ss.

⁴⁹⁵ CEDU, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 ss.; CEDU, 25 agosto 1987, *Lutz c. Germania*; CEDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi* dove si af-

Una chiara componente di stampo retributivo sembra echeggiare nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in relazione a quel nucleo di diritti dinanzi ai quali sorgerebbero obblighi positivi di tutela penale a carico degli Stati⁴⁹⁶. Senza voler entrare in un tema tanto delicato e complesso, basterà qui rilevare che la posizione espressa dalla Corte, in base alla quale solo l'inflizione di una pena può costituire un'adeguata riparazione degli interessi della vittima, segnala il ritorno ad un'idea di pena che si colora di vendetta⁴⁹⁷.

Il fatto che solo una pena "giusta", perché proporzionata in termini negativi alla gravità della violazione, possa offrire un corretto ristoro alla vittima, sia sul piano simbolico sia su quello psicologico, finisce per attribuire alla pena, sia pure non esclusivamente, un fondamento retributivo⁴⁹⁸. Incentrata com'è sulla salvaguardia a tutto campo delle vittime, la concezione della pena proposta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo segnala una fatale deriva neo-retribuzionista⁴⁹⁹ che non solo oscura completamente la persona del reo dietro lo schermo di un simbolismo riparatorio-satisfattivo, ma sacrifica i compiti sociali che dovrebbero modellare l'intero sistema repressivo per privilegiare il bisogno di punizione della vittima.

La considerazione in base alla quale la pena è caratterizzata da una componente repressiva che, oltre a descriverne la natura, plasma anche le finalità da que-

ferma che la pena consiste in un male inflitto «à titre répressif» (a titolo repressivo); CEDU, 9 ottobre 2003, *Ezeh e Connors c. Regno Unito* «objectif à la fois dissuasif et punitif»; CEDU, 13 dicembre 2005, *Nilsson c. Svezia*.

⁴⁹⁶ Per tutti sul punto v. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in AA. VV. *Scritti in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2645 ss.

⁴⁹⁷ Cfr. F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 2656, 2693 «L'attribuzione alla pena di una funzione così scopertamente riparatoria non è, evidentemente, ap problematica. L'intera riflessione moderna sulle funzioni della pena come alternativa alla pena privata (e, prima ancora, alla vendetta) sembra voler espungere dal suo orizzonte la vittima, la cui tutela dovrebbe essere assicurata da strumenti distinti, in primis dalla riparazione del danno in sede civilistica».

⁴⁹⁸ Cfr. CEDU, 1.6.2010, *Gäfgen c. Germania*, «la Cour estime de manière constante que deux mesures s'imposent pour que la réparation soit suffisante. Premièrement, les autorités de l'Etat doivent mener une enquête approfondie et effective pouvant conduire à l'identification et à la punition des responsables (voir, entre autres, *Krastanov, précité*, § 48 ; *Çamdereli c. Turquie*, n° 28433/02, §§ 28-29, 17 juillet 2008 ; et *Vladimir Romanov, précité*, §§ 79 et 81)» (§ 116); «Néanmoins, une condamnation à des amendes quasiment symboliques respectivement de 60 et 90 versements journaliers de 60 euros et 120 euros, assortie du sursis qui plus est, ne saurait être tenue pour une réaction adéquate à une violation de l'article 3, même si on la situe dans la pratique de l'Etat défendeur en matière de condamnation. Pareille sanction, manifestement disproportionnée à une violation de l'un des droits essentiels de la Convention, n'a pas l'effet dissuasif nécessaire pour prévenir d'autres transgressions de l'interdiction des mauvais traitements dans des situations difficiles qui pourraient se présenter à l'avenir.» (§ 124); cfr. CEDU, 17 luglio 2008, *Camardel c. Turchia*; CEDU, 9.2.1995, *Welsch c. Regno Unito*

⁴⁹⁹ V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, p. 63 s. osserva che «questa [...] direttrice funzionale, a ben guardare, è molto affine a quella proposta dalle teorie neo-retribuzionistiche; ed esattamente come nell'ottica neoretribuzionistica, anche la «pena europea» si disinteressa apertamente del reo».

st'ultima perseguite, trova conferma nelle ricostruzioni teoriche operate dai giudici costituzionali degli Stati europei.

A tal riguardo la Corte costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*), pur non essendo riuscita ad individuare un criterio di distinzione sostanziale in grado di cogliere l'essenza della pena⁵⁰⁰ e non prendendo posizione sul significato e le finalità della pena⁵⁰¹, ha più volte ribadito che «ogni pena è, per sua natura, retribuzione mediante inflizione di un male» («*Zufügung eines Übels*»⁵⁰²). Sempre secondo la Corte, «l'intervento punitivo statale viene tradizionalmente inteso come un male, che viene inflitto come giusta retribuzione per una condotta antiggiuridica, colpevole e sottoposta a minaccia di pena dalla legge. Un male che esprime la disapprovazione pubblica del fatto»⁵⁰³.

Anche quando la Corte sembra privilegiare considerazioni di prevenzione generale positiva ed afferma che la pena non può autolegittimarsi⁵⁰⁴, è pur sempre presente un carattere retributivo: «con la pena si retribuisce un comportamento etico-sociale sbagliato ed antiggiuridico. Il male della pena inflitto al reo deve equiparare la violazione colpevole della norma; ciò è espressione della giustizia retributiva [...]»⁵⁰⁵.

Da ultimo lo stesso Giudice costituzionale tedesco ha messo in rilievo che «lo scopo della pena detentiva consiste principalmente nell'inflizione di un male come reazione ad un comportamento colpevole, il quale – al di là di ulteriori possibili scopi della pena, che la Costituzione non esclude – serve a compensare la colpevolezza»⁵⁰⁶. E ancora: «la pena, a differenza di pure misure preventive, si contras-

⁵⁰⁰ Cfr. K. VOLK, *Der Begriff der Strafe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1971, p. 405 ss. ripercorre in senso critico i tentativi della Corte costituzionale tedesca di individuare nell'inflizione di un male un criterio sostanziale valido a distinguere la pena da altre risposte sanzionatorie.

⁵⁰¹ BVerfGE 45, 253 dove si legge che «la Corte costituzionale si è occupata del senso e del potere punitivo dello Stato, senza prendere posizioni di principio sulle teorie della pena presentate in dottrina».

⁵⁰² BVerfGE 22, 132 «*Jede Kriminalstrafe ist ihrem Wesen nach Vergeltung durch Zufügung eines Übels*»; analogamente BVerfGE, 39, 57 in base alla quale la pena è retribuzione per il fatto commesso.

⁵⁰³ BVerfG, 5.2.2004, 2 BvR 2029/01 in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, p. 739 ss., «*Staatliches Strafen wird herkömmlich als ein Übel verstanden, das als gerechter Ausgleich für eine rechtswidrige, schuldhafte und vom Gesetz mit Strafe bedrohte Handlung auferlegt wird und die öffentliche Missbilligung der Tat zum Ausdruck bringt (vgl. BVerfGE 105, 135 <153>)*».

⁵⁰⁴ BVerfGE 72, 114 «*dass Strafe unter der Herrschaft des Grundgesetzes niemals selbstzweck sein darf*».

⁵⁰⁵ BVerfG, 14.1.2004, 2 BvR 564/95, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, p. 2073 ss., «*Mit der Strafe wird ein rechtswidriges sozial-etisches Fehlverhalten vergolten. Das dem Täter auferlegte Strafübel soll den schuldhaften Normverstoß ausgleichen; es ist Ausdruck vergeltender Gerechtigkeit [...]*».

⁵⁰⁶ BVerfG, 4.5.2011, 2 BvR 2365/09, in www.bundesverfassungsgericht.de, «*Der Zweck der Freiheitsstrafe besteht dementsprechend vornehmlich in einer repressiven Übelszufügung als Re-*

segna per il fatto che – anche se non esclusivamente – persegue la repressione e la retribuzione del comportamento giuridicamente vietato»⁵⁰⁷.

In termini analoghi questa concezione trova conferma nella giurisprudenza di legittimità (*Bundesgerichtshof*), in base alla quale «la pena, dal punto di vista contenutistico, non può distaccarsi né verso l'alto né verso il basso dalla sua individuazione come giusta retribuzione della colpevolezza»⁵⁰⁸.

Sia pure non in via esclusiva, il fondamento retributivo della pena riceve, dunque, un esplicito riconoscimento proprio sul piano delle finalità.

In maniera per certi aspetti più ambigua, perché priva di una chiara definizione dei rapporti tra le varie finalità della pena e, più in particolare, in assenza di un'univoca scala di valore tra i differenti scopi, si esprime la Corte costituzionale italiana⁵⁰⁹. Ribadendo di recente una formula ormai consolidata, che scolpisce la concezione polifunzionale della pena, la Corte ha sancito che «tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena – da un lato, quella di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività, e, dall'altro, quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo – non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione. Il legislatore può cioè, nei limiti della ragionevolezza, far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata»⁵¹⁰. Anche nelle pronunce della Corte che sembrano distaccarsi dalla classica concezione polifunzionale della pena⁵¹¹ per privilegiare esigenze di prevenzione speciale⁵¹², afflittività e retributività della pena vengono ritenuti «profili che riflettono quelle

aktion auf schuldhaftes Verhalten, welche – jenseits anderer denkbarer zusätzlicher Strafzwecke, die die Verfassung nicht ausschließt – dem Schuldausgleich dient (BVerfGE 109, 133 <173>).

⁵⁰⁷ BVerfGE 95, 140.

⁵⁰⁸ BGHSt, 24, 134 «Von ihrer Bestimmung als gerechter Schuldausgleich darf sich die Strafe weder nach oben noch nach unten inhaltlich lösen».

⁵⁰⁹ G. FIANDACA, *Scopi della pena, cit.*, p. 131.

⁵¹⁰ Cfr. da ultimo Corte Cost., 10.6.2011, n. 183, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3707 ss., 3711; negli stessi termini, Corte Cost., 21.06.2006, n. 257; Corte Cost., 11.6.1993, n. 306 in tema di restrizioni ai benefici penitenziari per detenuti appartenenti alla criminalità organizzata che decidano di non collaborare con la giustizia; sulla concezione polifunzionale della pena elaborata dalla Corte v. anche Corte Cost., 4.2.1966, n. 12, sulla legittimità costituzionale della pena pecuniaria; Corte Cost., 7.11.1974, n. 264, sulla legittimità costituzionale dell'ergastolo; Corte Cost., 24.6.1970, n. 124, nella quale la Corte precisa che la finalità di rieducazione deve essere temperata con il carattere afflittivo e intimidatorio della pena.

⁵¹¹ Cfr. G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 40 ss.

⁵¹² Cfr. E. GALLO, *L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 3203 ss., 3204.

condizioni minime, senza le quali la pena cesserebbe di essere tale»⁵¹³. In altre parole, prosegue la Corte, «non può negarsi che, indipendentemente da una considerazione retributiva, *la pena* abbia necessariamente anche caratteri in qualche misura afflittivi».

1.4. La proporzione retributiva: un vero limite garantista? Indissolubilmente ancorato alla concezione retributiva, il principio di proporzionalità della pena rappresenta ancora oggi, tra luci e ombre, un punto di riferimento nel dibattito sulle teorie della pena. Come già messo in evidenza, solo l'idea retributiva sarebbe in grado di fornire un criterio idoneo a limitare, in senso garantistico, l'intervento punitivo⁵¹⁴.

Solo un sistema nel quale l'intensità della pena rispetti il limite della proporzione potrebbe essere ritenuto garante dei diritti fondamentali della persona e meritevole di riconoscimento da parte dei consociati⁵¹⁵. Se così non fosse, il sistema sanzionatorio si presterebbe a torsioni contrarie al rispetto delle dignità umana⁵¹⁶.

E ciò perché il criterio di individuazione della pena adeguata sviluppato da qualsiasi teoria preventiva è strutturalmente legato al perseguimento di uno scopo. Sia che si tratti della risocializzazione del reo, sia che si perseguano effetti dissuasivi nei confronti di possibili autori di reato, solo il raggiungimento dello scopo preventivo sarebbe in grado di individuare la misura della risposta punitiva. I pun-

⁵¹³ Corte Cost., 26.6-2.7.1990, n. 313 dove peraltro si afferma che «la necessità costituzionale che la pena debba "tendere" a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue».

⁵¹⁴ G. FIANDACA, *sub. Art. 27, c. 3, cit.*, p. 265 secondo il quale *principio di proporzione* «non solo corrisponde all'idea generale di giustizia, ma funge altresì da criterio basilare dello Stato di diritto»; quello che «possiamo considerare come l'odierno equivalente dell'idea «retributiva», dal momento che la sua logica induce pur sempre a orientare la risposta punitiva anche in funzione di gravità dell'illecito commesso» e «[...] rappresenta al tempo stesso una condizione d'efficacia della stessa funzione preventiva»; per gli ulteriori riferimenti dottrinali v. (nota n. 15); D. PULITANÒ, *Diritto penale, cit.*, p. 18; C. ROXIN, *Strafrecht, cit.*, p. 72 afferma che la preferenza per la teoria retributiva sta nel fatto che quest'ultima fornisce un parametro commisurativo della pena. L'idea retributiva pone un limite all'intervento punitivo dello Stato e svolge, in tal modo, una funzione di garanzia della libertà; «*Der Vorzug der Vergeltungstheorie liegt [...] darin, dass sie für die Höhe der Strafe ein Maßprinzip liefert. [...] Der vergeltungsgedanke setzt also der staatlichen Strafgewalt eine Grenze und hat insofern eine liberale, freiheitswahrende Funktion*»; cfr. BVerfGE, 45, 228, dove si afferma che ogni pena deve stare in rapporto di giusta proporzione rispetto alla gravità del reato e alla colpevolezza del reo; «*Jede strafe muss in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Straftat und zum Verschulden des Täters stehen*»; negli stessi termini BVerfG, 14.1.2004, 2 BvR 564/95, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, p. 2073; H. L. A. HART, *Prolegomena zu einer Theorie der Strafe*, in H. L. A. HART (a cura di), *Recht und Moral*, 1971, p. 58 ss.

⁵¹⁵ Cfr. H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch, cit.*, p. 67.

⁵¹⁶ G. FIANDACA, *sub. Art. 27, c. 3, cit.*, p. 328.

ti di riferimento per determinare la pena proporzionata non sarebbero più agganciati ad un parametro misurabile come quello stabilito dal disvalore (in termini di gravità e colpevolezza) del fatto, ma sarebbero le stesse esigenze di prevenzione speciale o generale ad orientare la pena⁵¹⁷.

In tal senso la Corte costituzionale ha affermato che «la retribuzione, intesa come misura limite, sulla base della colpevolezza del fatto, dell'intervento punitivo, prevale anche sulla finalità rieducativa: infatti, ove così non fosse, cadrebbero fondamentali garanzie a favore del reo»⁵¹⁸. Analogamente la Corte aveva già chiarito che «l'uguaglianza di fronte alla pena viene a significare, in definitiva, "proporzione" della pena rispetto alle "personali" responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguano, svolgendo una funzione che è essenzialmente di giustizia e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale»⁵¹⁹.

L'idea regolativa offerta dalla proporzione retributiva pare, tuttavia, fondarsi su un impianto teorico che non è del tutto immune, al pari delle teorie relative, da distorsioni in senso repressivo. Essendo rimesso a valutazioni soggettive di disvalore che, oltre a non essere «verificabili né falsificabili»⁵²⁰, dipendono dal contesto legislativo e culturale di riferimento⁵²¹, il vincolo proporzionale tra gravità del reato e della pena non sembra sempre in grado di assicurare maggiori garanzie⁵²² o limiti più solidi al potere punitivo dello Stato di quanto non possa fare un sistema orientato in base ad esigenze risocializzative. E ciò specialmente nel caso in cui la finalità risocializzativa si confronti con un obiettivo pragmatico minimo: non solo ridurre i costi sociali e umani causati dal reato nei confronti della vittima,

⁵¹⁷ F. MANTOVANI, *La «perenne crisi»*, cit., p. 1175 rileva che l'ingresso di finalità di prevenzione speciale nel dibattito sulle teorie della pena pone in crisi l'irrinunciabile carattere garantista segnato dalla proporzionalità.

⁵¹⁸ Corte Cost., 17-25.5.1989, n. 282.

⁵¹⁹ Corte Cost., 2.4.1980, n. 50.

⁵²⁰ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 403 osserva che «per quanto basati su riferimenti empirici, [...] i giudizi di «gravità» o «tenuità» di un fatto suppongono sempre [...] valutazioni soggettive non verificabili né falsificabili».

⁵²¹ A tal riguardo V. MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982, p. 183 s. osserva che «la differenza [...] tra la pena adeguata alla colpevolezza, che rappresenta un elemento integratore della prevenzione generale, e la pena con finalità (anche) general-preventiva fissata secondo il 'criterio modale interno' della proporzionalità retributiva [...] diventa allora sottilissima. Ciò si comprende ancor più chiaramente quando si rifletta che il metro di misura utilizzato nelle due concezioni è praticamente uguale: la giustizia della pena non deriva da leggi assolute, ma varia in relazione ai tempi ed ai luoghi secondo il livello che la collettività percepisce come tale».

⁵²² Cfr. L. EUSEBI, *Quale oggetto dell'abolizionismo penale? Appunti nel solco di una visione alternativa della giustizia*, in *Studi sulla questione criminale*, 2011, p. 81 ss., 87 rileva che, in realtà, l'efficienza di un'idea di una pena, che riproduca analogicamente la negatività del fatto antiggiuridico e colpevole, è solo apparente (p. 87).

ma anche nei confronti del reo⁵²³, cercando di offrire a quest'ultimo gli strumenti per condurre la propria esistenza senza commettere ulteriori reati. Più che un comportamento conforme alla legge non può essere richiesto da una società democratica, che deve rimanere il più possibile neutrale rispetto alle scelte di valore operate dagli individui⁵²⁴.

Al contrario, dinanzi ad una giustizia penale in perenne stato di emergenza, le più profonde pulsioni repressive, che danno voce ad irrazionali bisogni di sicurezza, possono trovare e di fatto trovano spesso sostegno in ragioni riconducibili alla proporzione retributiva. Specie all'interno della corrente neo-retribuzionista la ricerca di una pena quanto più proporzionata viene lasciata in balia delle più incontrollate ed isteriche richieste di punizione vendicativa provenienti dall'opinione pubblica. Se, da un lato, non sembra possibile individuare un criterio di salvaguardia in grado di arginare eventuali abusi ed arbitri del potere punitivo, dall'altro lato, ogni concezione teorica è potenzialmente idonea a legittimare eccessi repressivi⁵²⁵.

Vi è poi un secondo aspetto ancora più rilevante. Al di là delle indispensabili e ragionevoli esigenze di indicare un limite garantista della risposta punitiva oltre il quale l'intervento repressivo non può spingersi, il principio di proporzione elaborato dalla concezione retributiva sembra, peraltro, continuare ad evocare una pena pensata in termini negativi⁵²⁶. In tal senso «la pena rischia pur sempre di rappresentare il prezzo corrispondente al giusto merito»⁵²⁷. E non è forse un caso che il principio di proporzionalità sia nato in concomitanza con l'affermarsi della pena detentiva⁵²⁸, la cui frazionabilità la rende particolarmente funzionale ad esigenze di graduazione.

Per soddisfare il vincolo di proporzione, la risposta sanzionatoria, oltre a rispettare il (supposto) limite quantitativo indicato dal rapporto tra reato e pena, sembra potersi esprimere solo riproponendo, anche sul piano qualitativo, il male generato dal reato. "Congruo" ed "adeguato" divengono, in tal modo, aggettivi che descri-

⁵²³ TÖRNUDD, *Setting Realistic Policy Goals*, in *Facts, Values and visions, Essays in Criminological and Crime Policy*, Helsinki 1996.

⁵²⁴ N. A. LEYENDECKER, *(Re)Sozialisierung und Verfassungsrecht*, Berlin, 2002, p. 35 ss.

⁵²⁵ Cfr. G. VASSALLI, *Funzioni ed insufficienze*, cit., p. 344.

⁵²⁶ Cfr. L. EUSEBI, *Ripensare*, cit., p. 4938 ss. rileva che la pena è pensata come una risposta ad analogo contenuto negativo, a danno del reo «e in forma tale che le sue caratteristiche essenziali siano desunte da quelle del fatto illecito, in modo da esprimerne la gravità».

⁵²⁷ Cfr. L. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, cit., 104.

⁵²⁸ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 395 segnala che «non a caso il principio [di proporzionalità] si viene affermando dapprima nel codice leopoldino del 1786 e poi in quello napoleonico del 1810 e in tutti i successivi condotti ottocenteschi, simultaneamente al progressivo declino delle pene corporali e all'introduzione delle pene detentive come pene principali».

vono tanto la misura quanto gli stessi contenuti della pena⁵²⁹. In tal senso sembra indicativa la concezione polifunzionale elaborata dalla Corte costituzionale che, nel privilegiare strumentalmente ora l'uno ora l'altro scopo della pena, continua a fare riferimento, anche nella versione di tipo «*additivo-dialettico*»⁵³⁰, ad una finalità retributiva che va al di là del mero limite quantitativo-proporzionale⁵³¹.

In ultima analisi, la proporzione retributiva, dietro a quello che dovrebbe essere un «*criterio modale interno all'attività punitiva*»⁵³², nasconde la radicata convinzione che solo l'inflizione di un male al reo – espresso in modo paradigmatico dalla ben poco garantistica pena detentiva – possa adeguatamente mostrare la simmetria tra reato e pena⁵³³.

1.4.1. Il principio di proporzionalità nella determinazione della pena in astratto. Già sancito dalla *Magna Charta Libertatum* del 1215⁵³⁴, il principio di proporzionalità della pena, a partire dalle teorizzazioni elaborate durante l'Illuminismo⁵³⁵, trova primaria e fondamentale espressione nelle comminatorie edittali.

⁵²⁹ L. EUSEBI, *La riforma del sistema*, cit., p. 22 osserva che «la salvaguardia della dignità di chi subisca una pena, ma anche il contenimento degli oneri ad essa correlati, dipendono [...] dal tipo di politica criminale che si scelga di perseguire, cioè dai contenuti e dagli obiettivi che a quest'ultima vengano assegnati, e non dall'idea assai curiosa secondo cui la pena dovrebbe svolgere funzioni preventive nei limiti (quali?) della compensazione retributiva»; L. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, cit., 94 osserva altresì che «la struttura retributiva della sanzione finisce inevitabilmente [...] per condizionare in modo determinante la funzione effettivamente svolta dalla pena nei confronti dell'agente e della collettività».

⁵³⁰ G. FIANDACA, *Scopi della pena*, cit., p. 136.

⁵³¹ Cfr. Corte Cost., 10.6.2011, n. 183; Corte Cost., 21.06.2006, n. 257; Corte Cost., 11.6.1993, n. 306.

⁵³² M. ROMANO, *Prevenzione generale*, p. 161; F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale*, in M. DE ACUTIS, G. PALOMBARINI, *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela, Atti del Convegno, Abano terme, 10-12 dicembre 1982*, Padova, 1984, p. 3 ss.; ora anche in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I/II, 1997, p. 1475 ss., 1516.

⁵³³ Cfr. L. EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa*, cit., p. 1125 mette in rilievo che «la portata garantistica della formalizzazione retributiva è ampiamente fittizia: sia perché non è in grado di definire a priori [...] il rapporto di proporzionalità fra reati e pene, sia perché implica un approccio radicalmente riduzionistico nei confronti dell'agente di reato».

⁵³⁴ L'art. 20 stabiliva infatti che «*Liber homo non amercietur pro parvo delicto, nisi secundum modum delicti; et pro magno delicto amercietur secundum magnitudinem delicti, salvo contenimento suo [...]*».

⁵³⁵ Per un'ampia analisi sul punto cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 395 ss.; C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, «Quelle pene dunque e quel metodo di infliggere deve essere prescelto che, serbata la proporzione, farà un'impressione più efficace e più durevole sugli animi degli uomini, e la meno tormentosa sul corpo del reo» (§ XII, p. 29); «Un altro principio serve mirabilmente a stringere sempre più l'importante connessione tra 'il misfatto la pena, cioè che questa sia conforme quanto più si possa alla natura del delitto» (§ XIX, p. 47); «Perché ogni pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, deve essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata a' delitti, dettata dalle leggi» (§ XLVII, p. 97).

Alla base di un modello costruito sulle comminatorie edittali, la cui duplice funzione è quella di assicurare certezza del diritto e di stabilire, al contempo, un primo limite garantista alla potestà punitiva dello Stato, vi è, infatti, l'esigenza di determinare rapporti di corrispondenza o congruità tra gravità dei reati e astratte risposte punitive⁵³⁶.

Punto di equilibrio fra legalità e individualizzazione della pena⁵³⁷, il sistema fondato sulle cornici edittali dovrebbe, da un lato, rispecchiare la scala di valore dei differenti beni giuridici tutelati dall'ordinamento⁵³⁸ e, dall'altro, consentire di tracciare «un reticolo di proporzioni differenziate per ciascuna fattispecie rispetto alle altre che compongono il sistema»⁵³⁹. In altri termini, «la graduazione, per specie e quantità, delle pene edittali dovrebbe riflettere una scala di gravità dei reati»⁵⁴⁰.

Si delineano in tal modo due differenti versioni del concetto di proporzione non sempre facilmente distinguibili. Mentre la prima utilizza come parametro di valutazione il valore in sé dell'interesse tutelato e cerca di stabilire un legame ideale tra disvalore astratto del reato e pena, la seconda fa, invece, riferimento ad una nozione di proporzione relativa⁵⁴¹ che, nel fungere da logica interna al sistema repressivo, consente di effettuare un giudizio comparativo tra i differenti livelli di intensità della risposta sanzionatoria previsti dalle singole fattispecie di reato⁵⁴².

Se la prima evoca un parametro di giustizia assoluta che non può essere individuato⁵⁴³ – come è stato, infatti, osservato «nessuno può stabilire quale sia, o possa essere, la pena «proporzionata» del furto, e della rapina, e della violenza carnale, e

⁵³⁶ T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 437 s.; V. MILITELLO, *Prevenzione generale*, cit., p. 6.

⁵³⁷ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 224 s.

⁵³⁸ Cfr. R. VON JHERING (trad. a cura di M. G. Losano), *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972, p. 346 osserva che «ponendo da un lato i beni sociali e dall'altro le pene, si ottiene la scala di valori di una società»; G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 357 ss. al quale si rinvia anche per le ricche indicazioni bibliografiche. L'A. riprende gli studi criminologici svolti per individuare un indice di gravità del reato ed indica il valore di tali ricerche empiriche nell'individuazione di canoni di proporzionalità «sia con riguardo alle sanzioni edittali previste dalle varie fattispecie incriminatrici [...], sia in relazione ai criteri di commisurazione della pena astrattamente predeterminati dalla legge e in concreto adottati dal giudice»; sul punto v. anche C. E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda*, cit., p. 557 che analizza il modello proposto dalla teorici del *just desert* per la costruzione di una scala di risposte sanzionatorie suddivise per fasce di gravità del reato.

⁵³⁹ T. PADOVANI, *La disintegrazione*, p. 437 s.

⁵⁴⁰ E. DOLCINI, *La commisurazione della pena, la pena detentiva*, cit., p. 131.

⁵⁴¹ Cfr. L. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, cit., 94 osserva che il criterio di proporzione deve «necessariamente fare riferimento ad un parametro esterno alla pura logica della proporzione. E tale parametro non può che avere natura contingente, quindi relativa».

⁵⁴² Cfr. C. PONGILUPPI, *Le cornici edittali al banco di prova di un sistema sanzionatorio differenziato*, 2007, p. 952, 956 ss.; A. VON HIRSCH, *Censure*, cit., p. 18.

⁵⁴³ Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 34 «i termini della proporzione non possono identificarsi *a priori* con la pena e il reato, secondo lo schema rigidamente retributivo».

così via dicendo»⁵⁴⁴ –, la seconda si confronta con un complesso di cornici edittali che, almeno nell'attuale configurazione del sistema penale italiano, appare quanto mai lontano da logiche di graduazione e congruità relativa tra differenti fattispecie incriminatrici⁵⁴⁵ e risulta, a tratti, «addirittura paradossale»⁵⁴⁶.

Neppure i progetti di riforma elaborati dalla Commissione Pagliaro⁵⁴⁷, dalla Commissione Grosso⁵⁴⁸ e dalla Commissione Pisapia⁵⁴⁹, pur razionalizzando l'intero sistema punitivo attraverso l'attenuazione e la diversificazione delle risposte sanzionatorie (senza comunque abbandonare la centralità della pena detentiva⁵⁵⁰), hanno esplicitamente affrontato il tema dei rapporti di proporzionalità relativa fra le cornici edittali previste dalle varie fattispecie di reato. Pur presentando un catalogo di beni giuridici ordinato a seconda del valore ad essi attribuito, mancano i riferimenti delle corrispondenti cornici edittali, la cui determinazione è priva di un «parametro fondante di valutazione»⁵⁵¹.

Riprendendo le elaborazioni ispirate alla filosofia neoclassica del *just desert*, che hanno profondamente segnato l'esperienza statunitense delle *sentencing guidelines*⁵⁵², è stata recentemente proposta⁵⁵³ l'elaborazione di un sistema sanziona-

⁵⁴⁴ T. PADOVANI, *ult. op. cit.*, p. 446; a tal riguardo basterà pensare, a titolo esemplificativo, al fatto che il furto, pur rappresentando una delle più tradizionali ed al contempo statisticamente più frequenti forme di incriminazione, riceve un trattamento sanzionatorio molto differenziato nei vari ordinamenti europei. Solo a titolo esemplificativo, in Finlandia le ipotesi bagatellari di furto sono punite con la sola pena pecuniaria, il furto semplice con la pena pecuniaria o detentiva fino a un anno e sei mesi; le forme aggravate con pena detentiva da quattro mesi a quattro anni (*Chapter 28, Section 1-3*). Sul punto v. versione tradotta in inglese del codice penale finlandese, in www.finlex.fi; nel codice penale norvegese (*Chapter 24, Section 257, 258*) il furto semplice viene punito con pena pecuniaria o detentiva fino a tre anni, mentre quello aggravato con pena pecuniaria o detentiva fino a sei anni, in www.ub.uio.no.

⁵⁴⁵ T. PADOVANI, *ult. op. cit.*, p. 438 ss. propone un ricco catalogo di esempi sul punto; C. PONGI-LUPPI, *op. cit.*, p. 947 ss.; L. MONACO, C. E. PALIERO, *op. cit.*, segnalano la necessità di «un rinnovamento non 'gattopardesco' del sistema sanzionatorio [...] che parta dalle comminatorie» (p. 446).

⁵⁴⁶ T. PADOVANI, L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, p. 118.

⁵⁴⁷ *Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale, parte speciale*, in *Doc. Giust.*, 1992, p. 409 ss.

⁵⁴⁸ M. PISANI, *Documento n. 8, La riforma del sistema sanzionatorio*, in C. F. GROSSO (a cura di), *Per un nuovo codice penale II, Relazione della commissione Grosso (1999)*, Padova, 2000, p. 201 ss.; *Progetto ministeriale di riforma del codice penale. Parte generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 574 ss.; C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *La riforma del codice penale, la parte generale*, in *Quaderni di Cassazione penale*, Milano, 2002.

⁵⁴⁹ *Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1570 ss.; sul punto v. C. FIORE, S. MOCCIA, A. CAVALIERE, *Quale riforma del codice penale?*, Napoli, 2009.

⁵⁵⁰ M. PISANI, *ult. op. cit.*, p. 204 sottolinea «il mantenimento di un ruolo di centralità della pena detentiva – sia pure ridimensionata rispetto al sistema vigente».

⁵⁵¹ L. MONACO, C. E. PALIERO, *ult. op. cit.*, p. 448.

⁵⁵² G. MANNOZZI, *Razionalità, cit.*, p. 197 ss.

torio differenziato – pena detentiva, permanenza domiciliare, lavoro di pubblica utilità, pena prescrittiva, interdittiva e pecuniaria⁵⁵⁴ – che, nel fondarsi sull'idea della necessaria proporzionalità tra reato e pena, disponga di una scala di gravità dei reati da confrontare con con una corrispondente scala di gravità delle pene. Al fine di restituire una logica uniforme al modello punitivo, «le fattispecie incriminatrici tipiche dovrebbero essere raggruppate in alcune classi di gravità, ad ognuna delle quali dovrebbe essere accompagnata la previsione di alcune diverse tipologie di pena, a loro volta stabilite in un determinato intervallo quantitativo»⁵⁵⁵.

1.4.2 Il principio di proporzionalità nella individuazione della pena in concreto. Se il principio di legalità, che trova la propria espressione nelle cornici edit-tali, rappresenta il primo e fondamentale argine all'arbitrarietà del potere discrezionale del giudice nell'individuazione in concreto della risposta sanzionatoria⁵⁵⁶, il punto di partenza nella determinazione della pena in concreto dovrebbe essere individuato nel rapporto di proporzionalità tra disvalore del singolo fatto di reato – in termini di gravità, ma soprattutto di misura della colpevolezza – e risposta sanzionatoria⁵⁵⁷.

Operando una distinzione tra fondamento giustificativo e limite proporzionale, sarebbe, infatti, possibile recuperare un'idea di giustizia distributiva – di stampo retributivo –, che possa soddisfare le esigenze di graduazione e di limitazione delle conseguenze sanzionatorie⁵⁵⁸. In tal senso «la misura giudiziale della pena dovrebbe fissarsi, all'interno dello spazio edit-tale, al livello corrispondente alla posizione che il fatto concreto occupa, sempre in ragione della sua gravità, nella gamma delle ipotesi riconducibili al modello legale»⁵⁵⁹.

Solo il principio di proporzionalità elaborato dalla teoria retributiva, nel segnare l'indispensabile limite garantista nei confronti dell'intervento punitivo dello Stato, sarebbe in grado di offrire «il massimo delle garanzie sul piano della certezza del diritto»⁵⁶⁰. Nessuna esigenza di prevenzione speciale o generale potrebbe,

⁵⁵³ C. PONGILUPPI, *op. cit.*, p. 969 ss.; già analizzata da C. E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda*, *cit.*, p. 557 s.; T. PADOVANI, *La disintegrazione*, *cit.*, p. 451.

⁵⁵⁴ C. PONGILUPPI, *ult. op. cit.*, p. 974.

⁵⁵⁵ C. PONGILUPPI, *ibidem*.

⁵⁵⁶ D. PULITANÒ, *ult. op. cit.*, p. 534.

⁵⁵⁷ Cfr. G. FIANDACA, *sub. Art. 27, c. 3, cit.*, p. 327 s.; D. PULITANÒ, *ult. op. cit.*, p. 538.

⁵⁵⁸ Cfr. H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility*, New York, 1968 (trad. a cura di M. Jori), *Responsabilità e pena*, Milano, 1981, p. 34 ss.; cfr. A. VON HIRSCH, *Proportionality in the Philosophy of Punishment*, *Criminal Law Forum*, 1990, p. 251; F. A. ALLEN, *The Decline of the Rehabilitative Ideal*, New Haven, 1981, p. 76; J. RAWLS, *Two Concepts of Rules*, in H. B. ACTON (a cura di), *The Philosophy of Punishment*, London, 1969, p. 105 ss.

⁵⁵⁹ E. DOLCINI, *La commisurazione della pena, la pena detentiva*, *cit.*, p. 131 s.

⁵⁶⁰ E. DOLCINI, *ult. op. cit.*, p. 133.

dunque, condurre ad una pena che superi il limite segnato dalla misura della colpevolezza⁵⁶¹.

Se la necessità di configurare un modello punitivo, che sia in grado di offrire garanzie di delimitazione e di graduazione del potere punitivo, costituisce un'esigenza ineludibile, il principio di proporzionalità è un criterio troppo fluido e aperto a valutazioni anche molto diverse per risolvere le perenni incertezze nella individuazione della pena adeguata al caso concreto.

Nel momento in cui dovrebbe guidare il giudice nella commisurazione della pena, il principio di proporzionalità appare più come «un appiglio nel buio» («*Griff ins Dunkle*»)⁵⁶² che lascia spazio a disuguaglianze in concreto⁵⁶³, piuttosto che un criterio-limite in grado di dare risposte certe⁵⁶⁴. Come dimostra una prassi giurisprudenziale spesso troppo distante dalle catalogazioni del mondo concettuale⁵⁶⁵, «il limite della colpevolezza è un'idea regolativa forse necessaria, ma non è sufficiente a condurre a risultati sicuri»⁵⁶⁶. Si pensi al diffuso utilizzo, nelle motivazioni in punto di pena, delle c.d. «formulette pigre»⁵⁶⁷ – «pena congrua», «pena giusta», «pena equa» o «pena adeguata»⁵⁶⁸ – che eludono completamente l'obbligo di motivazione sancito dall'art. 132 c.p. e 111 c. 6 Cost. Una tendenza che riceve, peraltro, l'avallo di quel consistente filone giurisprudenziale che gradua il

⁵⁶¹ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale, cit.*, p. 561; sull'indubbia funzione garantistico-limitativa esercitata dal principio di colpevolezza nei confronti del potere punitivo dello Stato cfr. Corte Cost., 23-24.3.1988, n. 364; D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p. 103 s.

⁵⁶² F. VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge, cit.*, p. 393, parla di «*Griff ins Dunkle*» proprio in relazione al momento commisurativo.

⁵⁶³ Si vedano sul punto le ricerche empiriche svolte in Germania che hanno evidenziato prassi commisurative anche molto disomogenee cfr. H. J. ALBRECHT, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, eine vergleichende theoretische und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmaßes*, Berlin, 1994; F. STRENG, *sub § 46*, in F. STRENG U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H.-U. PAEFFGEN (a cura di), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Berlin, 2010, p. 1664 ss.

⁵⁶⁴ M. MAURER, *Komparative Strafzumessung. Ein Beitrag zur Fortentwicklung des Sanktionenrechts*, Berlin, 2005, p. 47 ss.; T. SCHOTT, *Gesetzliche Strafrahmen und ihre tatrichterliche Handhabung. Eine empirische Untersuchung zu Gesetzssystematik und Rechtstatsächlichkeit bei ausgewählten Deliktsbereichen*, Baden-Baden, 2004, p. 159 ss.

⁵⁶⁵ Cfr. K. LÜDERSEN, *Muss Strafe sein? Das Strafrecht auf dem Weg in die Zivilgesellschaft*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, 2010, p. 468; A. ALESSANDRI, *Impresa e giustizia penale, cit.*, 49.

⁵⁶⁶ D. PULITANÒ, *Diritto penale, cit.*, p. 536.

⁵⁶⁷ G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Milano, 1939, p. 99, 214; F. BRICOLA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della sanzione criminale (natura e profili costituzionali)*, in *Monitore dei tribunali*, 1968; ora in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I/I, Milano, 1997, p. 463 ss., 468.

⁵⁶⁸ Cfr. D. PULITANÒ, *ult. op. cit.*, p. 534; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale, cit.*, p. 554; F. KING, *sub Art. 132*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2011.

dovere di dare ragione del corretto esercizio del proprio potere discrezionale in base a quanto il giudice intenda discostarsi dal minimo edittale⁵⁶⁹.

Oltre a non esistere una pena che possa essere ritenuta giusta in assoluto⁵⁷⁰, la difficoltà nell'individuare la pena proporzionata al disvalore del fatto è aggravata, da un lato, dall'assenza di una chiara presa di posizione circa lo scopo della pena⁵⁷¹ e, dall'altro, dall'omnicomprensività⁵⁷², dall'ambiguità e dalla mancanza di un'univoca gerarchia interna dei criteri fissati dall'art. 133 c.p.⁵⁷³. Ed è proprio la presenza della concezione polifunzionale della pena «a rendere l'art. 133 cod. pen. aperto a tutte le esperienze»⁵⁷⁴.

Tali lacune non possono che riflettersi in una prassi giurisprudenziale che, nel ritenere la commisurazione della pena «più il risultato di una intuizione che di un processo logico di natura analitica»⁵⁷⁵, rimane di fatto sottratta – in particolare quando la pena irrogata si attesta sul minimo edittale – ad ogni controllo di legalità⁵⁷⁶.

⁵⁶⁹ *ex plurimis* Cass., 12.6.2008, n. 35346, in CED, «In tema di determinazione della pena, quanto più il giudice intenda discostarsi dal minimo edittale, tanto più ha il dovere di dare ragione del corretto esercizio del proprio potere discrezionale, indicando specificamente, fra i criteri oggettivi e soggettivi enunciati dall'art. 133 cod. pen., quelli ritenuti rilevanti ai fini di tale giudizio»; critico sul punto V. MILITELLO, *Prevenzione generale*, cit., p. 15 ss.

⁵⁷⁰ Cfr. D. PULITANÒ, *ibidem* in relazione al problema della commisurazione della pena l'A. ribadisce che «l'idea della pena giusta è un mito» (p. 536); D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale*, cit., p. 119 «La "pena giusta" è un'astrazione»; analogamente L. EUSEBI, *Appunti critici*, cit., p. 1178 «Il giudice non è l'intuitore della pena giusta, che non esiste»; Cfr. L. EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa*, cit., p. 1113 osserva che «la pena giusta in sé, cioè giusta «a prescindere», non esiste, e non solo per l'indeterminatezza quantitativa della simmetria fra entità, il reato e la pena, intrinsecamente disomogenee»; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. p. 55 ss., 56.

⁵⁷¹ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena, la pena detentiva*, cit., p. 186 ss.; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. p. 55 ss., 59 rileva il fatto che dalla prassi giurisprudenziale non traspare quasi mai un'esplicita presa di posizione sugli scopi della pena.

⁵⁷² E. DOLCINI, *La commisurazione della pena, la pena detentiva*, cit., p. 34; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale, nozione e aspetti*, Milano, 1965, p. 164.

⁵⁷³ Cfr. E. DOLCINI, *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 261 ss., 272; F. BRICOLA, *ult. op. cit.*, p. 80; V. MILITELLO, *Prevenzione generale*, cit., p. 20 ss.

⁵⁷⁴ F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, 2° e 3° comma, Cost. rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.*, 1980, p. 179 ss.; ora anche in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I/II, 1997, p. 1322 s. osservava inoltre che «sono rari i tentativi dottrinali di reagire alla tendenza giurisprudenziale prevalente secondo la quale l'art. 133 cod. pen. viene richiamato come norma guida per sorreggere ogni ipotesi di potere discrezionale del giudice penale, senza che poi tale funzione guida possa essere espletata sia per una non precisa determinazione dei fini della pena sia per una rinuncia a valutare come criterio guida dell'esercizio del potere discrezionale la *ratio* specifica che presiede all'attribuzione di tale potere nei vari istituti».

⁵⁷⁵ Cass., 8.7.1992, n. 7842, in CED; sul punto v. F. KING, *sub Art. 133*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2011.

⁵⁷⁶ Cfr. G. FIANDACA, *sub Art. 27, c. 3, cit.*, p. 326.

A ciò si aggiunga che il ruolo svolto dal principio di proporzionalità nella commisurazione della pena appare sempre più evanescente. Sono, infatti, numerosi gli istituti di diritto sia sostanziale, sia processuale che incidono sensibilmente sulla determinazione giudiziale della pena⁵⁷⁷. Si pensi all'impatto che i riti speciali, nell'introdurre elementi di valutazione legati all'efficienza del processo penale, hanno avuto sulla commisurazione della pena⁵⁷⁸. Si pensi ai sempre più ampi poteri attribuiti al giudice dell'esecuzione di modificare la risposta sanzionatoria (art. 671 c.p.p.), agli effetti del bilanciamento delle circostanze⁵⁷⁹ o, infine, agli istituti che, spezzando la sequenza pena irrogata - pena eseguita, modificano nella sostanza il trattamento sanzionatorio.

Si tenga, infine, presente che la facoltà riconosciuta al giudice di rompere verso il basso il vincolo della proporzione in considerazione di esigenze di prevenzione speciale⁵⁸⁰ rimane inevitabilmente oscurata dal divieto imposto dall'art. 220, c. 2 c.p.p. di effettuare una perizia criminologica⁵⁸¹: unico strumento in grado di offrire una base di conoscenza per effettuare un prognosi sulla condotta futura e sulle esigenze risocializzative del reo⁵⁸²

Senza voler entrare nel complesso quadro di problemi legati al momento commisurativo⁵⁸³, basterà qui mettere in evidenza che il principio di proporzionalità di stampo retributivo, oltre ad essere stato progressivamente oscurato da interessi eterogenei nella graduazione sanzionatoria, non sembra in grado di offrire un presidio garantista stabile e certo⁵⁸⁴, né di imporre rigidi vincoli al potere discrezionale del giudice nel commisurare la pena.

⁵⁷⁷ Cfr. C. E. PALIERO, *La mediazione penale*, cit., p. 131 rileva che «i sistemi commisurativi da noi sono in realtà plurimi e sempre più l'entropia commisurativa cresce». E aggiunge che «il dato comune a questi diversi sistemi commisurativi è la dipendenza dal principio di colpevolezza per l'individualizzazione della sanzione».

⁵⁷⁸ Cfr. M. CAPUTO, *Il diritto penale*, cit., 2009 al quale si rimanda anche per le ricche indicazioni bibliografiche sul punto.

⁵⁷⁹ M. CAPUTO, *Le circostanze attenuanti generiche tra declino e camouflage*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 182 ss.

⁵⁸⁰ Per tutti D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 536; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 561 s.

⁵⁸¹ Cfr. G. CANEPA, *Perizia psichiatrica e perizia criminologica*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Milano, 2000, p. 905 ss.

⁵⁸² Cfr. L. EUSEBI, *Dirsi*, cit., p. 637 ss.; F. CAPRIOLI, *Processo penale e commisurazione della pena*, in M. PAVARINI (a cura di), *Silète poenologi in munere alieno!, teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Bologna, 2006, p. 135 ss.

⁵⁸³ Da ultimo L. TUMMINELLO, *Il volto del reo, l'individuazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010

⁵⁸⁴ L. EUSEBI, *Ripensare*, cit., p. 4938 ss., «la funzione limite tradizionalmente assegnata alla colpevolezza circa l'incidenza delle istanze preventive riguarda assai più i presupposti della punibilità che la determinazione quantitativa della risposta sanzionatoria, non esistendo [...] un nesso predefinito di proporzionalità tra reati e pene.

Un ruolo molto più stringente del principio di proporzionalità nella commisurazione della pena sembra poter essere desunto dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Sia pure nei limiti del particolare caso giudicato e tenendo in debita considerazione l'impossibilità di generalizzare le considerazioni svolte in una recente pronuncia⁵⁸⁵, la Corte afferma che, «pur riconoscendo il ruolo dei tribunali nazionali nella scelta delle sanzioni appropriate per i maltrattamenti commessi da agenti dello Stato, [la Corte] deve mantenere la sua funzione di supervisione e intervenire in casi di manifesta sproporzione tra la gravità della condotta e la pena inflitta»⁵⁸⁶.

Partendo da queste premesse, i Giudici di Strasburgo fanno discendere effetti dirompenti dal principio di proporzionalità, che segnalano peraltro il suo alto livello di opinabilità. La Corte afferma, infatti, che «la condanna al pagamento rispettivamente di 60 e 90 quote giornaliere di 60 e 120 euro, accompagnate per di più dalla sospensione condizionale di tale pena, non può essere considerata come una risposta adeguata ad una violazione dell'art. 3, neppure nel contesto generale della prassi sanzionatoria dello Stato resistente. Una simile pena, che è manifestamente sproporzionata rispetto ad una violazione di uno dei diritti fondamentali (*core rights*) della Convenzione, non possiede il necessario effetto deterrente per prevenire future violazioni»⁵⁸⁷.

Declinato in questi termini, il principio di proporzione, oltre ad evocare un'un'idea di pena "giusta" in assoluto, assume le vesti di criterio particolarmente rigido nella determinazione della pena in concreto, che non consente rotture verso l'alto (*Übermaßverbot*) in funzione garantistico-limitativa, né verso il basso (*Untermaßverbot*) del *quantum* di pena proporzionato al disvalore del fatto⁵⁸⁸.

In termini per certi aspetti analoghi si è espressa la Corte Costituzionale nella sentenza n. 313 del 1990, dove viene ravvisata una violazione per difetto del principio di proporzionalità della pena. Come peraltro si può desumere dai frequenti richiami alla congruità, la pena proporzionata si atteggia a rigoroso limite minimo della risposta sanzionatoria. La proporzione al disvalore soggettivo ed oggettivo del fatto assume le vesti di limite invalicabile della pena in concreto non solo ver-

⁵⁸⁵ CEDU, 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, in particolare v. § 123 ss.; nel caso di specie si trattava di maltrattamenti commessi da agenti di polizia tedesca nei confronti di un arrestato, consistenti nell'aver minacciato quest'ultimo di sottoporlo a tortura nel caso in cui l'arrestato non avesse rilevato il luogo nel quale si trovava il bambino sequestrato.

⁵⁸⁶ CEDU, 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania* così come citata e tradotta da F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2676 s.

⁵⁸⁷ CEDU, 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania* così come citata e tradotta da F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 2676 s.

⁵⁸⁸ Cfr. F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, p. 2692 s.; cfr. D. PULITANÒ, *Il principio di colpevolezza*, in *Jus*, 1974, p. 522 già si chiedeva: «se il principio di colpevolezza segna il limite massimo invalicabile della coercizione statale e quindi di ogni ammissibile politica preventiva, in che misura ne segna anche il limite minimo nel senso di esigere una risposta comunque *congrua* con la colpevolezza?».

so l'alto, in funzione di garanzia, ma anche verso il basso⁵⁸⁹. Questo rigoroso ag-gancio alla proporzione viene presentato dalla Corte costituzionale in collegamen-to con la finalità rieducativa.

Secondo la Corte il rispetto della proporzione costituisce la premessa indispen-sabile per dare attuazione al principio di rieducazione del condannato sancito dall'art. 27 c. 3 Cost.⁵⁹⁰, solo una risposta punitiva adeguatamente proporzionata potrebbe, infatti, essere avvertita come giusta dal condannato e solo il rispetto di questo presupposto indispensabile consentirebbe di perseguire una finalità riedu-cativa⁵⁹¹. Preoccupata dal fatto che una prassi punitiva svincolata dal controllo di congruità della pena effettuato dal giudice avrebbe potuto spingere eccessivamen-te al ribasso il trattamento sanzionatorio, la Corte, nella sentenza n. 313 del 1990, sembra invece voler soddisfare, dietro una rivoluzionaria lettura dell'art. 27 c. 3 Cost., esigenze general-preventive⁵⁹² che si colorano di retribuzione.

⁵⁸⁹ Cfr. L. MONACO, C. E. PALIERO, *op. cit.*, p. 443 «tutto sembra congiurare per una 'spinta verso l'alto' della dosimetria commisurativa. In questo quadro, la 'proporzione rischierebbe di fungere da *limite minimo*, e non da limite massimo!».

⁵⁹⁰ Cfr. G. FIANDACA, *Scopi della pena, cit.*, p. 144 «la finalità rieducativa postula che l'autore del reato avverta che il trattamento punitivo inflittogli non è ingiusto, non è eccessivo, ma al contrario adeguatamente proporzionato al disvalore del fatto commesso; se così non è, incombe concreta-mente il rischio che nel reo prevalga un atteggiamento di ostilità nei confronti dell'ordinamento, che gli preclude di comprendere il senso del trattamento punitivo e gli inibisce in radice la dispo-nibilità psicologica a rendersi conto del torto commesso».

⁵⁹¹ In altri casi il principio di proporzionalità, in collegamento alla finalità rieducativa, è stato uti-lizzato dalla Corte come strumento di controllo di ragionevolezza (art. 3 Cost.) sulle scelte politico-criminali effettuate dal legislatore. Già nella sentenza n. 409 del 1989 Corte Cost., che ha di-chiarato l'illegittimità costituzionale della pena prevista per il reato di rifiuto di servizio militare per motivi di coscienza, la Corte ha affermato che la pena deve essere proporzionata rispetto al di-svalore del fatto. Secondo il percorso argomentativo seguito dal Giudice delle Leggi, «il principio di proporzionalità [...] nel campo del diritto penale equivale a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionata-mente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni». In termini analoghi, la Corte costituzionale ha ribadito in più occasioni che «la palese sproporzione del sacrificio della libertà personale provocata dalla previ-sione di una sanzione penale manifestamente eccessiva rispetto al disvalore dell'illecito produce [...] una vanificazione del fine rieducativo della pena» Corte Cost., 19-25.7.1994, n. 341(illegittimità costituzionale della pena minima di sei mesi di reclusione prevista per il reato di oltraggio); Corte Cost., 20-28.7.1993, n. 343 (dichiarazione di illegittimità costituzionale della normativa sul rifiuto del servizio militare). In tal senso più di recente cfr. Corte Cost., 22.1.2007, n. 22 «dal difetto di proporzione scaturirebbe anche una violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost., posto che solo una pena proporzionata al fatto può esplicare una vera funzione rieducativa»; Corte Cost., 11.2.2008, n. 33 (ordinanza) «con il principio di proporzionalità della pena, desumibile dagli artt. 3 e 27, primo e terzo comma, Cost., giacché solo una pena proporzionata all'offesa sarebbe in grado di assolvere alla sua composita funzione retributiva, intimidatrice e rieducativa»; sul punto v. S. CORBETTA, *op La cornice editale della pena e il sindacato di legittimità costitu-zionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 134 ss.

⁵⁹² Cfr. L. MONACO, C. E. PALIERO, *op. cit.*, p. 440 s. rilevano che il percorso argomentativo della Corte nasconde in realtà «una preoccupazione prettamente *generalpreventiva*, il timore cioè che un

1.5. Un bilancio. Delle complesse e frastagliate elaborazioni nate nel contesto della concezione retributiva rimane una traccia molto più profonda e radicata⁵⁹³ di quanto, a prima vista, si sarebbe portati a ritenere. In un sistema punitivo che è andato cercando nella prevenzione il proprio fondamento giustificativo, alcune coordinate della teoria retributiva sembrano ancora avere un peso significativo nell'attuale dibattito sulle teorie della pena. Ed allora il riconoscimento della condotta riparatoria potrebbe trovare un ostacolo proprio in quella che appare come l'idea della pena più antitetica rispetto ad un così radicale mutamento del modello repressivo.

Se, come si è cercato di mettere in evidenza, il carattere strutturalmente afflittivo costituisce il presupposto fondamentale della pena, a quali condizioni ed in che modo la condotta riparatoria può trovare legittimazione, specialmente quando quest'ultima è concepita come ipotesi sanzionatoria autonoma e non semplice punto di rottura della punibilità?

Rispetto al paradigma retributivo, nel cui orizzonte è presente una logica meramente afflittiva (concepita in negativo), che contrappone al male del reato la sofferenza della pena, la condotta riparatoria, nell'indicare un nuovo modo di concepire il sistema sanzionatorio, privilegia obiettivi di pacificazione sociale e di (ri-)costruttiva salvaguardia dei beni giuridici. Ciò non di meno l'assunzione di responsabilità da parte del condannato e l'imposizione nei confronti di quest'ultimo di obblighi positivi finalizzati a ricucire la ferita umana e sociale causata dal reato sembrano conservare quelle condizioni minime di afflittività in base alle quali la condotta riparatoria, non essendo certo vuota di contenuti, può essere considerata una risposta di carattere punitivo⁵⁹⁴.

Come è stato autorevolmente rilevato «punizione e riparazione, per quanto astrattamente distinguibili se non altro dal punto di vista funzionale, in pratica spesso di sovrappongono. Un premio può assumere l'aspetto di riparazione per lo sforzo osservante, e viceversa una riparazione per un danno arrecato può assumere anche l'aspetto di pena per il danneggiante»⁵⁹⁵.

patteggiamento sistematicamente appiattito verso il basso affievolisca la tenuta generalpreventiva del sistema».

⁵⁹³ Cfr. L. EUSEBI, *Dibattiti*, cit., p. 811 mette in rilievo il carattere stabile della pena che «riflette quella sorta di *nocciolo duro* inerente all'idea del punire che emerge in Hegel».

⁵⁹⁴ Cfr. L. EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa*, cit., p. 1115 osserva in tal senso che «l'affrancamento da una precedente esperienza criminosa può implicare un percorso difficile e anche umanamente impegnativo, con l'assunzione di molteplici oneri»; L. EUSEBI, *Giustizia conciliativa*, cit., p. 62 s.

⁵⁹⁵ Così N. BOBBIO, *Sanzione*, cit., p. 534 s., il quale aggiunge che «ogni sistema normativo prevede, accanto e oltre le misure retributive, le misure riparative. Le prime colpiscono l'azione (o l'omissione) illecita, le seconde colpiscono piuttosto le conseguenze che l'azione (o l'omissione) illecita».

Nella prospettiva evocata dalla condotta riparatoria, la reazione dell'ordinamento non sarebbe più concepita come la riproposizione in termini valoriali della negatività del fatto di reato, ma assumerebbe i contorni di dovere di fare, di un impegno a favore della vittima⁵⁹⁶ e della collettività. E ciò tanto più nel caso in cui la condotta riparatoria non si limita al mero risarcimento del danno in senso civilistico⁵⁹⁷ – peraltro già sancito come obbligo dall'art. 185 c.p. –, ma conserva nella sua configurazione la più complessa prospettiva penalistica del reato come offesa ad un bene giuridico non completamente monetizzabile o misurabile in puri termini economici⁵⁹⁸.

A ciò si aggiunga che, ove il contenuto della condotta riparatoria si esaurisse in puri termini patrimoniali, sorgerebbe non solo il rischio di rimanere legati ad un

ta ha prodotte»; al di là degli indubbi profili afflittivi insiti anche nel risarcimento del danno (specie di quello non patrimoniale), il risarcimento non può, in via di principio, cancellare l'offesa vigente sistema punitivo. Il "punto di non ritorno" è segnato dall'art. 56, c. 4 c.p. In tal senso come è stato messo in evidenza da M. DONINI, *Le logiche del pentimento*, cit., p. 893, «se sono pentito, e voglio risarcire, il sistema dice: hai commesso l'azione tipica di un delitto; il tuo risarcimento non lo cancella, né lo cancella la neutralizzazione dell'evento-finale che consumerebbe l'offesa. Hai almeno già tentato il delitto». L'A. aggiunge che «già per le contravvenzioni [...] il sicorso è differente, trattandosi di reati di pericolo astratto-presunto non punibili a titolo di tentativo, e che pure ammettono molti "ravvedimenti" che esimono dalla responsabilità per la consumazione del reato»; sul punto v. anche D. FONDAROLI, *Illecito Risarcimento e/o riparazione del danno e/o dell'offesa nel diritto penale: una questione di inalterata attualità*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, p. 1015 ss.

⁵⁹⁶ C. E. PALIERO, *La mediazione penale*, cit., p. 131 il quale rileva che «la contaminazione sincretistica tra prevenzione e retribuzione, colonne portanti della giustificazione della pena in Italia (e non solo in Italia), ha tradizionalmente escluso la prospettiva della quantificazione e della qualificazione degli effetti del reato sulla vittima come fattore di individualizzazione della sanzione».

⁵⁹⁷ Cfr. D. FONDAROLI, *Illecito penale*, cit., p. 349 ss.; M. ROMANO, *Risarcimento del danno*, cit., p. 865 ss.; sul «carattere reintegratorio e non sanzionatorio» del risarcimento del danno cfr. A. ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984, p. 72 ss.

⁵⁹⁸ Cfr. L. EUSEBI, *Quale oggetto*, cit., p. 81 ss. il quale osserva in tal senso che «appare difficile sostenere che le esigenze di elaborazione a posteriori dei fatti offensivi, ma anche delle trasgressioni più gravi di regole finalizzate alla loro prevenzione, possano trovare una risposta esclusiva attraverso iniziative spontanee della comunità sociale o, comunque, escludendo qualsiasi intervento giudiziario che non sia inteso al mero risarcimento civilistico del danno» (p. 83); K. SEELMANN, *Strafzwecke und Wiedergutmachung*, in *Zeitschrift für evangelische Ethik*, 1981, p. 44 ss, 53; ex advreso M. ROMANO, *Risarcimento del danno* cit., p. 881 s. ritiene che «Tentativi del genere sono da respingere, almeno sino a quando in termini espliciti o impliciti insistono su una commistione tra diritto civile e diritto penale che non solo contraddice l'evoluzione storica degli ordinamenti moderni ma rischia di provocare pericolose confusioni. Questa commistione si verificerebbe qualora il risarcimento/riparazione del danno fosse previsto in via esclusiva oppure anche in alternativa ad una pena detentiva o pecuniaria, in eventuale funzione sostitutiva di esse. L'esito di siffatte previsioni, infatti, sarebbe rappresentato inevitabilmente da una *delegittimazione della pena criminale*, cioè da una svalutazione del momento comminatorio di una pena pubblica, alla radice della quale è opportuno che sia sempre presente un giudizio di speciale disvalore etico-sociale del tipo di condotta incriminata»; da ultimo M. DONINI, *Le logiche del pentimento*, cit., p. 894 ritiene che sia «una fascinazione della fine del Novecento l'idea che la riparazione di un danno-offesa (Wiedergutmachung) possa condurre a un terzo binario ("dritte Spur", "third track") del sistema sanzionatorio».

parametro, come le condizioni economiche del reo, che può essere fonte di irragionevoli discriminazioni⁵⁹⁹, ma che finisce per far «tramontare tutti i beni [...] di tipo istituzionale, la cui lesione non è suscettibile di alcuna efficace remissione in pristino»⁶⁰⁰ e risulta difficilmente quantificabile in termini economici⁶⁰¹.

In quest'ottica, si pensi allora, a titolo esemplificativo, alla valenza preventiva di un impegno attivo assunto dal reo nell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, che allude all'offesa dell'interesse tutelato⁶⁰². E ove tale eliminazione non sia attuabile, si pensi alla prestazione di un'attività a favore della collettività. Attività che sembrano non solo idonee a stimolare comportamenti di reinserimento sociale, ma anche soddisfare o compensare gli interessi della vittima (ove questa ci sia) e quelli della collettività⁶⁰³.

A tal riguardo l'art. 35, c. 2 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, come già osservato, sembra costituire un punto di riferimento interessante dove prevede che «il giudice di pace pronuncia la sentenza di estinzione del reato di cui al comma 1, solo se ritiene le attività risarcitorie e riparatorie idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione».

Se «la negazione del carattere afflittivo della pena non potrebbe significare altro che la negazione della stessa nozione di pena»⁶⁰⁴, la condotta riparatoria, nel

⁵⁹⁹ Cfr. T. PADOVANI, sub *Art. 162, cit.*, p. 131, che mette in rilievo il rischio di «disparità di trattamento» che, in relazione alle condizioni economiche del reo, potrebbe determinare l'oblazione discrezionale.

⁶⁰⁰ A. ALESSANDRI, *Diritto penale, cit.*, p. 321.

⁶⁰¹ Si pensi all'art. 187 *undecies* t.u.f., introdotto dalla l. n. 62 del 2005, il cui secondo comma dispone che «la Consob può costituirsi parte civile e richiedere, a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato, una somma determinata dal giudice, anche in via equitativa, tenendo comunque conto dell'offensività del fatto, delle qualità personali del colpevole e dell'entità del prodotto o del profitto conseguito»; un istituto che sembra evocare i c.d. *punitive damages*; cfr. A. ALESSANDRI, *Impresa e giustizia penale, cit.*, p. 48; RODORF, *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, in *Società*, 2005, 813 ss., 818; CRESPI, *Le argomentazioni, cit.*, 1359 ss.; in una prospettiva più ampia v. G. P. DEMURO, *Diritto penale e risarcimento, cit.*, p. 1202 osserva che «maggiori sono le dimensioni [del bene giuridico], la sua evanescenza e la sua vaghezza (c.d. beni giuridici «ad ampio spettro»), più difficile è quantificarne la lesione».

⁶⁰² G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale, cit.*, p. 601 i quali ritengono che in questo, come nel caso della prestazione di un'attività a favore della collettività, «lo scopo perseguito è quello di placare la reattività collettiva, mostrando che la mancata esecuzione della pena non significa disinteresse per i beni giuridici offesi dal reato e in genere per gli interessi della collettività»; G. P. DEMURO, *Diritto penale e risarcimento, cit.*, p. 1204, osserva che «il ripristino dello status quo ante sarebbe sanzione realmente ed efficacemente volta alla tutela di esso, anche per i costi elevati che, salva la varietà dei casi, tale reintegrazione comporterebbe per il reo. Tali costi non solo annullerebbero i benefici recati al colpevole del delitto, ma per la fase eccedente, necessaria al ripristino, costituirebbero sanzione adeguata».

⁶⁰³ L. EUSEBI, *Prescrizioni a carico del condannato e sospensione condizionale della pena. Spunti di riflessione dai modelli tedesco occidentale ed austriaco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 1151 parla di «bisogno sociale di soddisfazione o compensazione per l'illecito commesso».

⁶⁰⁴ JESCHECK, WEIGEND, *op. cit.*, p. 65; Corte Cost., 26.6-2.7.1990, n. 313.

recuperare una dimensione punitiva pensata in positivo⁶⁰⁵, può essere considerata un'alternativa interna al diritto penale. Non, dunque, qualcosa di meglio *del* diritto penale, come evocato dalla formulazione di *Radbruch*⁶⁰⁶, ma qualcosa di meglio *nel* diritto penale.

Differenziare il modello repressivo e integrare al suo interno la condotta riparatoria – sia come strumento alternativo alla pena edittale sia come sanzione autonoma – significa ridurre al minimo il ricorso alle risposte punitive "classiche". In altre parole, l'ingresso nel diritto penale di forme di reazione fondate sulla riparazione non mette in discussione il carattere punitivo della reazione, ma il più profondo nucleo retributivo della pena⁶⁰⁷.

Accanto al requisito dell'afflittività, vi è un secondo rilevante aspetto legato alla teoria retributiva che merita di essere analizzato. Si tratta del delicato rapporto esistente tra principio di proporzione e condotta riparatoria.

Esistono limiti di legittimità o ragionevolezza verso l'alto o verso il basso derivanti dal principio di proporzionalità in astratto della pena che possono ostacolare il riconoscimento della condotta riparatoria?

Al di là della possibilità effettiva e delle difficoltà⁶⁰⁸ di stabilire una graduazione proporzionale tra scala relativa di disvalore dei reati e scala di gravità delle pene⁶⁰⁹, il vincolo della proporzione, nulla dice (o dovrebbe dire) sulla tipologia, sulla specie e sui contenuti concreti da attribuire alle risposte sanzionatorie⁶¹⁰.

⁶⁰⁵ U. V. BONDESON, *Alternatives to imprisonment, Intentions and Reality*, New Brunswick, 2002 che riprende le osservazioni di V. AUBERT, *Retten sociale funksjon (The Social Function of Law)*, Oslo, 1976, p. 43.

⁶⁰⁶ Nel senso di un'alternativa al diritto penale cfr. G. RADBRUCH, *Der Erziehungsgedanke im Strafwesen*, in *Der Mensch im Recht*, Göttingen, 1957, p. 57 «al codice penale sovietico che, secondo il modello del progetto Ferri, non prevede più pene, ma solo misure di difesa sociale, ho da obiettare il fatto che sotto un nome nuovo spesso vengono inflitte le vecchie pene deterrenti e retributive – perfino la pena di morte. Con ciò forse viene definito un obiettivo finale ancora distante: non un diritto penale migliore, ma qualcosa che sia meglio del diritto penale».

⁶⁰⁷ C. ROXIN, *Zur Wiedergutmachung*, p. 248 sottolinea che «ciò nonostante non si può parlare di abolizionismo. Poiché non viene abolito il diritto penale, ma viene integrata la riparazione nel diritto penale».

⁶⁰⁸ Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale, cit.*, p. 76.

⁶⁰⁹ Cfr. L. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione, cit.*, 103 mette in evidenza il fatto che «un modello «a scale parallele» [...] lascia indeterminati i criteri di quantificazione della sanzione e realizza l'esigenza retributiva con il puro e semplice rispetto dei reciproci livelli di gravità sulle due scale»; L. EUSEBI, *La riforma del sistema, cit.*, p. 63 mette in luce che il criterio di proporzione «lascia supporre l'esistenza [...] di una configurazione della pena in sé corrispondente al fatto colpevole, che il giudice, tenuto conto di certi parametri, per intuito sarebbe in grado di cogliere: una prospettiva tutt'altro che innocua o meramente retorica, in quanto rappresenta – al di là di tutte le dichiarazioni programmatiche sulla funzione della pena – il caposaldo di una concezione retributiva del punire, aperta di fatto a una gamma assai vasta di esiti».

⁶¹⁰ Cfr. L. EUSEBI, *Appunti critici, cit.*, p. 1167 s. «Il concetto di proporzionalità retributiva, infatti, non è in grado di indicare [...] alcun contenuto specifico della pena»; L. EUSEBI, *Dirsi, cit.*, p. 637 ss.

Se si supera l'idea che la pena, per soddisfare la proporzione, debba replicare, anche sul piano qualitativo, il male del reato, ipotesi sanzionatorie a contenuto riparativo possono trovare ampi margini di operatività anche in un sistema punitivo che, pur essendo ispirato ad una logica sistematica rigorosamente proporzionale, disponga di un ampio catalogo di opzioni sanzionatorie.

Sul piano della commisurazione della pena in concreto, come si è poi cercato di mettere in luce, appare quanto mai incerto ed evanescente il confine tra un principio di proporzione inteso in senso garantista, ossia come delimitazione verso l'alto della coercizione statale, ed un principio di proporzionalità della pena che si frappone, al contrario, come limite rigidamente retributivo a riduzioni verso il basso della reazione punitiva. Un principio di proporzione che, in quest'ultimo caso, diventa sinonimo di rigidità e severità.

Così come non offre un solido presidio garantistico in grado di assicurare risultati certi ed evitare disuguaglianze in concreto⁶¹¹, il vincolo di proporzione, non sembra porre vincoli a tal punto stringenti da precludere al giudice, anche dinanzi a forme di criminalità di gravità medio-alta, la scelta di risposte punitive fondate sulla condotta riparatoria del reo⁶¹². E ciò tanto più in un contesto in cui la decisione sulla congruità della pena sembra lasciata alla discrezionalità del giudice più che a rigorosi criteri guida, e la prassi giurisprudenziale si attesta sui minimi editali.

Sul fronte opposto emerge un problema di delimitazione dell'impegno positivo richiesto al condannato per riparare la frattura sociale generata dal reato. Una rilevante gravità del danno o del pericolo cagionati, anche se accompagnata da un grado minimo di colpevolezza, potrebbe richiedere un ingente sforzo riparativo. Per questo motivo è necessario che quest'ultimo non diventi eccessivamente gravoso.

Riemerge qui un aspetto già precedentemente tratteggiato. Se il ruolo della condotta riparatoria non può limitarsi a replicare quello del risarcimento del danno civilisticamente inteso, ma deve tenere nel proprio orizzonte l'interesse protetto dalla fattispecie incriminatrice, la delimitazione della risposta al reato non può essere determinata sulla base del controvalore economico del danno causato dal reato. E ciò non solo perché in tal modo l'offesa al bene giuridico verrebbe ridotta ad

⁶¹¹ F. BRICOLA, *Legalità e crisi*, cit., p. 1323 osserva che «la magistratura ha continuato ad esercitare tale potere in forma non razionale ed immotivata, oscillando tra il polo dell'indulgenza e il polo della rigorosa repressione, a seconda delle contingenze di pace sociale o di emergenza nella lotta alla criminalità».

⁶¹² Cfr. G. MANNOZZI, *Pena e riparazione*, cit., p. 1139 rileva il fatto che un sistema di commisurazione rigidamente ancorato alla proporzione tende «ad estromettere completamente istanze di giustizia riparativa».

un valore puramente monetario, ma perché altrimenti si ridurrebbe l'accesso ai meccanismi riparatori ai soggetti dotati di risorse patrimoniali.

2. Condotta riparatoria e prevenzione generale.

In termini altrettanto problematici appare il rapporto tra scopi di prevenzione generale e ruolo della condotta riparatoria. Se effettività e certezza della pena, quali indispensabili presupposti per il perseguimento di scopi di prevenzione generale⁶¹³, sono divenuti oggetto di sempre più approfondite analisi⁶¹⁴, che hanno messo in luce il fatto che «il sistema penale sia diventato una tigre di carta: mostra un volto feroce, ma nei fatti funziona come le proverbiali grida di manzoniana memoria»⁶¹⁵, il riconoscimento della condotta riparatoria, come punto di rottura della punibilità o scelta sanzionatoria autonoma, rischia di apparire come una nuova possibile fonte di ineffettività della tutela penale⁶¹⁶. E ciò perché, sia sul piano dell'astratta previsione legislativa sia su quello della individuazione in concreto, la pena deve rappresentare una risposta adeguata alla gravità del reato, se non vuole perdere ogni funzione general-preventiva.

2.1. Uno sguardo d'insieme sulle premesse teoriche della prevenzione generale. Il presupposto di qualsiasi concezione preventiva è il conseguimento di risultati positivi attraverso l'inflizione di una pena. Solo nella misura in cui i contenuti

⁶¹³ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. «Uno dei più grandi freni dei delitti non è la crudeltà delle pene, ma l'infalibilità di esse, e per conseguenza la vigilanza dei magistrati, e quella severità di un giudice inesorabile, che, per essere un'utile virtù, dev'essere accompagnata da una dolce legislazione. La certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza dell'impunità».

⁶¹⁴ Cfr. F. PALAZZO, *Riflettendo su trasformazioni e proiezioni nel diritto penale degli anni Novanta*, in *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del convegno in ricordo di Franco Bricola, Bologna, 18-20 maggio 1995*, Torino, 1998, p. 101 ss. constatava una «effettività a macchie di leopardo» ed un «diffuso deficit applicativo», che rischiavano di generare «il sospetto dell'arbitrarietà o quantomeno della casualità dell'intervento punitivo».

⁶¹⁵ E. DOLCINI, *Il castigo sia moderato, ma certo*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 31 ss.; E. DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1073 ss.; E. DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 857 ss. rileva che «Nessuno può prendere sul serio un legislatore che, sempre e indiscriminatamente, fa la voce grossa, ma subito aggiunge, strizzando l'occhio: scherzavo» (p. 875).

⁶¹⁶ Cfr. F. MANTOVANI, *La «perenne crisi»*, cit., p. 1180 ss. denuncia, tra i fattori della «crisi» della pena tout court, proprio la carenza di effettività.

afflittivi della pena consentono di realizzare un utile per la collettività, l'intervento repressivo può dirsi legittimato da finalità di prevenzione generale⁶¹⁷.

Come scrive uno dei padri del pensiero utilitarista, «*all punishment is mischief: all punishment in itself is evil. Upon the principle of utility, if it ought at all to be admitted, it ought only to be admitted as far as it promises to exclude some greater evil*»⁶¹⁸. In termini analoghi è stato messo in evidenza che l'inflizione del male della pena si giustifica nel dare effettività alla minaccia legislativa; senza quest'ultima la minaccia rimarrebbe vuota⁶¹⁹.

L'idea dello scopo segna un nuovo orizzonte nella storia del diritto punitivo. La sofferenza che, nel contesto morale e metafisico delle teorie assolute, era un dovere sacro ed una riconciliazione dialettica con la giustizia, diviene qui uno strumento sociale per conseguire obiettivi concreti e realizzare, in ultima analisi, il bene comune⁶²⁰.

Trasferendo all'interno della scienza penalistica le elaborazioni della filosofia utilitarista nate e sviluppatasi nell'ambito del pensiero illuminista, l'idea cardine attorno alla quale si articola la prevenzione generale è legata al tentativo di incidere sul percorso motivazionale del potenziale autore di reato. La minaccia di un male analogo a quello del reato ha il compito di «*facilitare* mirabilmente il contrasto che dev'essere tra la spinta al delitto e la ripercussione della pena, cioè che questa allontani e conduca l'animo ad un fine opposto di quello per dove cerca d'incamminarlo la seducente idea dell'infrazione della legge»⁶²¹.

Nella prospettiva indicata dalla prevenzione generale lo scopo perseguito attraverso la minaccia, l'irrogazione e l'esecuzione di una pena è, in ultima analisi, quello di prevenire la commissione di reati⁶²². La necessità di evitare il male della pena dovrebbe divenire una ragione talmente forte da indurre gli individui ad

⁶¹⁷ D. GOLASH, *The Case against Punishment, Retribution, Crime Prevention and the Law*, New York, 2005, p. 22.

⁶¹⁸ J. BENTHAM, *An introduction to the principles of morals and legislation*, New York, 1948, p. 170 «ogni pena è un male: ogni pena è in sé dannosa. Secondo il principio di utilità, se proprio deve essere ammessa, dev'esserlo solo nella misura in cui promette di escludere qualche male più grande».

⁶¹⁹ P. J. A. VON FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Glessen, 1847, § 16.

⁶²⁰ Cfr. F. GROSS, *op. cit.*, p. 62.

⁶²¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, *cit.*, p. 47; per una ricostruzione degli orientamenti in tema di prevenzione generale si rinvia a V. MILITELLO, *Prevenzione generale*, *cit.*, p. 67 ss.

⁶²² Cfr. J. ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione*, in M. ROMANO, F. STELLA (in a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 33 ss.; in tal senso v. BVerfGE, 39, 37 «se si ritiene che i compiti del diritto penale siano la tutela dei più importanti beni giuridici e dei valori fondamentali di una società, allora a questa funzione [quella di prevenzione generale] un alto significato. Solo la pura esistenza di una tale minaccia di pena ha un influsso sulla concezione valoriale e sulle modalità di comportamento della popolazione».

astenersi dal commettere reati⁶²³. Detto altrimenti, in presenza di un rischio di pena sufficientemente elevato e di conseguenze tanto sfavorevoli da superare i vantaggi derivanti dalla commissione di un reato, il potenziale reo, come soggetto in grado di operare scelte su base razionale, sceglierebbe di rispettare precetti e divieti posti dall'ordinamento.

Tanto è ragionevole ipotizzare, anche per un osservatore profano, che il potenziale deterrente di una minaccia punitiva possa influenzare il comportamento di un uomo razionale⁶²⁴, quanto è difficile dimostrare sul piano empirico⁶²⁵ come, in quale misura e a quali condizioni questo fattore incide effettivamente sulle scelte di comportamento degli individui.

Preliminarmente, occorre tuttavia osservare che il comportamento conforme alla legge non è la mera conseguenza dalla paura di essere puniti⁶²⁶, ma il risultato delle inibizioni psicologiche e morali legate al processo di interiorizzazione delle norme svolto dalla maggior parte degli individui. Tanto più saranno forti questi limiti interni, tanto più la minaccia di pena svolgerà una funzione molto limitata nell'orientare le scelte personali di condotta. Sul versante opposto, fattori quali instabilità emotiva, mancanza di autocontrollo o interiorizzazione dei valori tipici della subcultura criminale mettono in dubbio il fatto che il reato possa essere il frutto di una scelta razionale fondata sul rischio di punizione⁶²⁷.

⁶²³ P. J. A. VON FEUERBACH, *Lehrbuch*, cit., p. 38 come citato da C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 78 s., «tutte le trasgressioni trovano la loro origine nella sensorialità, nel senso che il complesso di desideri umani viene indotto a compiere un'azione attraverso il piacere. Questo impulso sensoriale può essere neutralizzato dal momento che ciascuno sa che dal fatto deriverebbe inevitabilmente un male più grande del dispiacere proveniente dalla mancata soddisfazione dell'impulso a commettere qual fatto»; cfr. sul tema J. ANDENAES, *Punishment and deterrence*, Ann Arbor, 1974; D. BEYLEVELD, *Identifying, Explaining and Predicting Deterrence*, in *British Journal of Criminology*, 1979, p. 205 ss.

⁶²⁴ R. G. V. CLARKE, *Situational Crime Prevention*, in *Crime and Justice: A Review of Research*, 1995, p. 91 ss. ritiene sia sufficiente una "razionalità limitata" («*bounded rationality*») dalle attitudini e alle credenze individuali sulla base delle quali ogni individuo opera analisi cost-benefici; J. ANDENAES, *The moral or educative influence of criminal law*, in *Punishment and Deterrence*, The University of Michigan, 1974, p. 122 ss.

⁶²⁵ Cfr. D. PULITANÒ, *ult. op. cit.*, p. 23.

⁶²⁶ Cfr. E. H. SUTHERLAND, D. R. CRESSEY, *Principles of Criminology*, Madison, 1966 p. 288 ss. nel ritenere che l'assunto di *Bentham* in base al quale «gli individui regolano il loro comportamento attraverso il calcolo di piacere e sofferenze» («*people regulate their behavior by calculation of pleasure and pains*») sia stato messo in dubbio dalla criminologia moderna, osservano che «molti autori di reato non considerano mai la pena» come componente di un calcolo razionale («*many criminals never consider the penalty*»); G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 132 s.

⁶²⁷ Cfr. L. EUSEBI, *Dibattiti*, cit., p. 826; F. MANTOVANI, *La «perenne crisi»*, cit., p. 1173, osserva che il «postulato della razionalità costi-benefici, smentito dal dato di realtà, oltre che da certe più recenti acquisizioni della neurologia e di certe dottrine economiche, perché il modello del delinquente calcolatore, che valuta razionalmente il profitto da reato, può valere, e non sempre, per i reati in materia economica e fiscale (in particolare, degli imprenditori) e di corruzione politica [...]. Non trova, invece, eguale riscontro nella delinquenza per motivazione non lucrativa [...], ove sovente concorrono anche fattori inconsci ed emotivi».

Come osservava in modo lineare e paradigmatico il Governo inglese nel 1990, «la deterrenza è un punto di riferimento con un richiamo molto immediato [...] ma molti reati vengono commessi d'impulso [...] e da persone che vivono alla giornata [...]. È irrealistico costruire le disposizioni in punto di pena sulla base del presupposto che la maggior parte degli autori di reato vaglierà in anticipo le possibilità e fonderà la propria condotta sul calcolo razionale»⁶²⁸.

Un ruolo determinante nel funzionamento delle finalità di prevenzione generale viene svolto dall'irrogazione e dall'esecuzione della pena. Dall'effettività della pena⁶²⁹ dipende, infatti, non solo la credibilità⁶³⁰ ma l'efficacia dissuasiva della minaccia.

Come in prevalenza emerge dagli studi criminologici effettuati, esiste una correlazione molto più intensa tra il rischio di essere individuati quali autori di un reato e la variazione dei tassi di criminalità registrati rispetto agli effetti general-preventivi prodotti da un aggravamento delle sanzioni⁶³¹.

In un'approfondita ricerca empirica che ha messo a confronto le scelte di politica criminale e i tassi di criminalità registrati in Inghilterra e negli USA nel corso di quindici anni (1981-1996), vengono analizzati gli effetti deterrenti del sistema punitivo. In particolare sono stati osservati gli effetti prodotti sui livelli di criminalità registrata – non solo attraverso le statistiche ufficiali, ma anche sulla base delle indagini di vittimizzazione – in conseguenza di un incremento di effettività della pena oppure di un aumento della severità delle sanzioni. Il dato utilizzato per misurare il livello di certezza della pena è rappresentato dal numero di condanne ogni 1000 persone sospettate di aver commesso un reato. In relazione alla severità vengono, invece, presi in considerazione i seguenti criteri: la probabilità di essere condannati ad una pena detentiva; la durata media della condanna inflitta e della

⁶²⁸ Home Office, *Crime, Justice and Protecting the Public*, London, 1990, p. 6, «deterrence is a principal with much immediate appeal [...] but much crime is committed on impulse [...] and it is committed by offenders who live from moment to moment [...]. It is unrealistic to construct sentencing arrangements on the assumption that most offenders will weigh up the possibilities in advance and base their conduct on rational calculation».

⁶²⁹ C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 430 ss.; F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 414 ss.; P. PITTARO, *L'effettività della sanzione penale: un'introduzione*, in F. GIUNTA, (a cura di), *L'effettività della sanzione penale*, Milano, 1998, p. 3 ss.

⁶³⁰ D. PULITANÒ, *Diritto penale, cit.*, p. 21 «per funzionare come deterrente, la minaccia legale di pena deve essere credibile».

⁶³¹ Cfr. H. KURY, M. BRANDENSTEIN, T. YOSHIDA, *Kriminalpräventive Wirksamkeit härterer Sanktionen – Zur neuen Punitivität im Ausland (USA, Finnland und Japan)*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2009, p. 190 ss.; G. FORTI, *L'immane concretezza, cit.*, p. 130; C. ROXIN, *Strafrecht, cit.*, p. 80 sottolinea la capacità maggiormente deterrente del rischio di essere scoperti più che l'inasprimento sanzionatorio spesso invocato dall'opinione pubblica; G. FIANDACA, *sub. Art. 27, c. 3, cit.*, p. 266 s.; E. DOLCINI, *La commisurazione*, p. 235 ss.; per una lettura parzialmente diversa cfr. A. PAGLIARO, *Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 447 ss.

pena effettivamente eseguita. Si osserva che, al mutare del rischio di essere puniti, diminuiscono i tassi di criminalità in misura largamente maggiore rispetto a quanto ciò non avvenga in caso di modifiche alla severità delle trattamento punitivo («*Changes in the risk of punishment are widely thought to have greater impact on crime rates than changes in the punishment severity*»)⁶³².

Più problematico risulta invece stabilire quale sia il livello sanzionatorio minimo oltre il quale la pena smetterebbe di rappresentare un disincentivo. A tal riguardo occorre peraltro tenere conto del fatto che l'effetto deterrente della minaccia sanzionatoria dipende non solo dalla percezione individuale del rischio di venire puniti⁶³³, ma anche dalla rappresentazione di tale rischio che normalmente si forma attraverso l'informazione offerta dai mezzi di comunicazione di massa⁶³⁴.

A gettare pesanti ombre sull'efficacia general-preventiva della pena contribuisce in maniera determinante il vuoto che nessun livello di effettività della pena riesce a colmare: la «cifra oscura» della criminalità. Come è stato messo in luce «il fenomeno della «sommersione» del crimine esiste e ha dimensioni imponenti. Si valuta che la percentuale dei reati scoperti si mantenga sempre al di sotto del 50% rispetto al totale di quelli commessi e, per le violazioni di minore entità, non superi mai il 10%»⁶³⁵.

Al di là degli irrisolti problemi empirici, più di un dubbio sembra addensarsi sulla legittimazione politico criminale della teoria general-preventiva. Non è più un ente in posizione di autorità, ma è uno Stato che assume compiti di promozione sociale quello con cui si relazionano le persone. Ed allora l'idea di una pena come minaccia in funzione deterrente rispecchia una concezione dei rapporti tra Stato e cittadino che mal si concilia con un ordinamento democratico⁶³⁶. Lo stesso individuo nei confronti del quale è indirizzata la minaccia di pena dovrebbe, al contempo, contribuire alla predisposizione legislativa di quella stessa minaccia. In altri termini, la partecipazione democratica alla formazione delle regole e dei divieti

⁶³² P. A. LANGAN, D. P. FARRINGTON, *Crime and Justice in the United States and England and Wales, 1981-96*, 1998, p. 39; sul punto cfr. D. BEYLEVELD, *Identifying, Explaining and Predicting Deterrence*, cit., p. 205 ss.; più recentemente C. MURRAY, *Does prison work?*, London 1997, mettendo in relazione, l'aumentato rischio di finire in carcere negli USA e i tassi decrescenti di criminalità, da un lato, e il fenomeno inverso osservato in Inghilterra, dall'altro, afferma che un ampio ricorso alla pena detentiva produce effetti consistenti di prevenzione generale.

⁶³³ J. ANDENAES, *La prevenzione generale*, cit., p. 40.

⁶³⁴ Cfr. F. PALAZZO, *Mezzi di comunicazione e giustizia penale*, in *Pol. dir.*, 2009, p. 193 ss., in particolare sul rapporto tra media e funzioni della pena p. 213 ss.; in generale sul complesso rapporto esistente tra rappresentazione mediatica del reato e realtà cfr. M. BERTOLINO, *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1070 ss.

⁶³⁵ Cfr. G. FORTI, *Tra criminologia e diritto penale: «cifre nere» e funzione generalpreventiva della pena*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 53 ss., 71; L. EUSEBI, *Dibattiti*, cit., p. 827 s.

⁶³⁶ W. HASSEMER, *Warum*, cit., p. 107 s.

sui quali si regge la convivenza comune rischia di scomparire dietro uno strumento esclusivamente incentrato sulla coazione psicologica. Uno strumento che lascia ben poco spazio al consenso come condizione minima per la tenuta dell'ordinamento giuridico⁶³⁷.

Vi è, infine, un ulteriore aspetto che merita di essere messo in luce. Dinanzi a questo quadro così sommariamente tratteggiato, la prevenzione generale negativa lascia frequentemente spazio ad un rigore punitivo esasperato che, invece di riaffermare effettività e serietà della minaccia, finisce per apparire «la celebrazione di un'inefficienza quotidiana, che ha bisogno di un'esasperata gestualità teatrale per ricordare la propria esistenza: è il fallimento della regolamentazione ordinaria che genera i mostri delle condanne esemplari»⁶³⁸. L'illusione che l'aumento incondizionato degli strumenti repressivi possa generare maggiore sicurezza sociale deve essere guardata con disincanto. Non solo perché un tale approccio politico-criminale rischia di disperdere ogni risorsa sociale in cambio di irrazionali strategie per placare i più profondi istinti di vendetta, ma perché finisce per generare privazioni insensate in una logica di prevenzione e per cancellare le essenziali conquiste di maggiore umanità del diritto penale⁶³⁹.

2.2. Tra prevenzione generale positiva e funzione simbolico-espressiva della pena. Funzione socio-pedagogica, prevenzione-integrazione, promozione positiva di valori, funzione di stabilizzazione e rafforzamento delle norme e della fiducia dei cittadini nell'ordinamento⁶⁴⁰. Queste sono solo alcune fra le molteplici espressioni della dimensione positiva della prevenzione generale: una dimensione che, negli ultimi anni, sembra aver acquisito un crescente riconoscimento dottrinale⁶⁴¹

⁶³⁷ L. EUSEBI, *La riforma del sistema*, cit., p. 49 osserva che «solo lo stato democratico può infatti ambire, diversamente dai regimi totalitari o dalle aggregazioni criminali che perseguono il controllo del territorio, a ottenere un'adesione libera dei singoli individui nei confronti delle sue norme, e pertanto a convincere piuttosto che a costringere».

⁶³⁸ A. ALESSANDRI, *Delitti e pene nello scenario della crisi*, in *Giur. comm.*, 2010, p. 671 ss. svolge questa considerazione in relazione alla condanna esemplare (a 150 anni di carcere) inflitta a *Bernard Madoff*.

⁶³⁹ In tal senso F. STRENG, *Die Wirksamkeit strafrechtlicher Sanktionen – Zur Tragfähigkeit der Austauschbarkeitsthese*, in F. LÖSEL, D. BENDER, J.-M. JEHLE (a cura di), *Kriminologie und wissenschaftsbasierte Kriminalpolitik. Entwicklungs- und Evaluationsforschung*, Mönchengladbach, 2007, p. 65 ss.

⁶⁴⁰ Per una ricostruzione della prevenzione generale positiva cfr. G. FORTI, *L'immane*, cit., p. 137 s.

⁶⁴¹ Cfr. W. HASSEMER, *Darf der strafende Staat*, cit., p. 238 ss.; W. HASSEMER, *Warum*, cit., p. 96 ss., ritiene che il concetto di prevenzione generale positiva sia nato dall'elaborazione giurisprudenziale del *Bundesgerichtshof* e del *Bundesverfassungsgericht*; A. VON HIRSCH, *Fairness, Verbrechen*, cit.; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 80 ss.; J. FEINBERG, *The expressive function of punishment*, in R.A. DUFF, D. GARLAND (a cura di), *A Reader on Punishment*, Oxford, 1994, p. 73 ss.; I.

e giurisprudenziale⁶⁴². Questa tendenza a riempire la pena di un contenuto eticizzante è particolarmente presente nel dibattito tedesco⁶⁴³, dove la ricostruzione del concetto di pena assume talvolta i toni della teoria retributiva.

Se il versante negativo della prevenzione generale si fonda sulla minaccia di pena come forma di coazione psicologica nei confronti degli individui, il suo analogo positivo, in funzione preventiva-integrativa («*Integrationprävention*»), si basa «sull'effetto riparatorio (o di soddisfazione – *Befriedigungseffekt*) che sorge quando la coscienza giuridica collettiva si placa in ragione della sanzione inflitta per la violazione di una norma e considera risolto il conflitto con il reo»⁶⁴⁴.

Entrambi i concetti di prevenzione generale condividono, in ultima analisi, un obiettivo comune: consolidare la capacità delle fattispecie incriminatrici di orientare le scelte di condotta fatte dagli individui. L'orizzonte della prevenzione generale positiva non è, tuttavia, circoscritto alla minaccia di pena, ma abbraccia il precetto della fattispecie incriminatrice ed ogni altra disposizione che concorre a formarlo, nonché le garanzie fondamentali del diritto penale e processuale penale⁶⁴⁵. Mentre alcuni autori⁶⁴⁶ ritengono che il diritto penale è in grado di fornire

PUPPE, *Strafrecht als Kommunikation – Leistungen und Gefahren eines neuen Paradigmas in der Strafrechtidogmatik* –, in H. SAMSON (a cura di), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Baden Baden, 1999, p. 469 ss., si chiede in modo critico perché si dovrebbe ritenere che il reato trasmetta un messaggio di invalidità della norma giuridica. In tal caso dovremmo, infatti, ritenere che lo stesso reo abbia commesso il reato nell'intenzione di voler comunicare questo messaggio. Normalmente il reo non vuole esprimere, attraverso la commissione del reato, la perdita di validità generale della norma e neppure la perdita di validità nel caso concreto. Il reo non pensa alla validità della norma, ma decide piuttosto consapevolmente di non attenersi; sul punto si veda l'approfondita analisi di M. VAN DE KERCHOVE, *Quand dire c'est punir, essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, 2005; G. KELLENS, *La mesure de la peine. Précis de pénologie et de droit des sanctions pénales*, Liège, 1991, p. 62.

⁶⁴² Nella giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca cfr. *BverfGE*, 27, 29 «Ogni norma penale contiene una affermazione di disvalore etico-sociale dell'Autorità statale sulla condotta da quest'ultima ritenuta penalmente rilevante», «*Jede Strafnorm enthält ein mi staatlicher Autorität versehens sozial-etisches Unwerturteil über die von ihr pönalisierte Handlungsweise*»; *BverfGE*, 45, 225 s., anche in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, p. 2073, secondo la quale il versante positivo della prevenzione generale «viene generalmente visto nella conservazione e nel rafforzamento della fiducia nell'esistenza e nella capacità di imporsi dell'ordine giuridico».

⁶⁴³ Cfr. K. KÜHL, *Die ethisch-moralischen Grundlagen des Strafrechts*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2004, p. 870 ss. sottolinea il fatto che recentemente la Corte costituzionale tedesca ricorre spesso ed in modo insistente ad una nozione di pena come disapprovazione etico-sociale, «*Auffallend häufig und besonders nachhaltig bemüht das Bundesverfassungsgericht in jüngster Zeit das Argument von Strafe als sozialetische Missbilligung*» (p. 879).

⁶⁴⁴ C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 81 «*der Befriedigungseffekt, der sich einstellt, wenn das allgemeine Rechtsbewusstsein sich auf Grund der Sanktion über den Rechtsbruch beruhigt und den Konflikt mit dem Täter als erledigt ansieht*».

⁶⁴⁵ W. HASSEMER, *Warum*, cit., p. 96.

⁶⁴⁶ H. MÜLLER-DIETZ, *Integrationsprävention*, p. 813 ss.

criteri di orientamento della condotta individuale, altri⁶⁴⁷ sottolineano la centralità del potere punitivo dello Stato come strumento di conservazione del sistema normativo vigente e di rafforzamento del sentimento giuridico della collettività. In altre parole, il compito svolto dal diritto punitivo sarebbe quello di rafforzare il carattere vincolante delle fattispecie incriminatrici e preservare la stabilità del sistema giuridico.

Nell'ottica della prevenzione generale positiva è necessario occuparsi del pericolo che venga meno la fiducia dei cittadini nell'ordinamento giuridico. Un pericolo che risulta fondato quando la mera condanna senza esecuzione della pena potrebbe essere intesa dai consociati come ingiustificata cedevolezza ed incerto arretramento dinanzi al crimine. La rinuncia a punire apparirebbe assolutamente incomprensibile e la fiducia della popolazione nell'inviolabilità del diritto e nella protezione dell'ordinamento giuridico dalle aggressioni criminali potrebbe con ciò venire scossa⁶⁴⁸.

Dinanzi a questa valorizzazione della dimensione comunicativa e di orientamento culturale del diritto penale, la prevenzione generale positiva, nel riportare il dibattito sulla pena in una dimensione le cui coordinate possono difficilmente essere riscontrate nella realtà, soffre la mancanza di dati empirici⁶⁴⁹ in maniera molto più profonda di quanto già non accada per la versione negativa fondata sul potenziale deterrente della minaccia di pena. A ciò si aggiunga che questo slittamento verso una concezione della pena dalla chiara connotazione morale⁶⁵⁰ segnala un ritorno ad un ideale di giustizia puramente metafisica che, oltre ad essere connota-

⁶⁴⁷ G. JAKOBS, *Das strafrecht zwischen, cit.*, p. 844 secondo il quale «la pena non è [...] solo uno strumento per la conservazione dell'identità sociale, ma la conservazione stessa» e «il diritto penale ricostruisce su un piano comunicativo la validità della norma violata»; G. JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, Opladen, 1993, p. 27 mette in rilievo il fatto che il reato viene percepito come un "progetto" di regolazione diversa della società. La pena è l'obiezione contro questo inaccettabile "progetto" del reo.

⁶⁴⁸ Cfr. BGH, 8.12.1970, 1 StR 353/70, BGHSt 24, 40, il *Bundesgerichtshof*, trovandosi a valutare se in un caso di tentato incesto in concorso con tentato stupro, atti sessuali con bambini potesse essere inflitta una pena detentiva di un anno sospesa condizionalmente, analizza il significato della formula «tutela dell'ordinamento giuridico» prevista dal § 56, c. 3 *StGB*. La Corte afferma che l'inflizione di una pena esprime l'inviolabilità dell'ordinamento giuridico dinanzi alla collettività e, allo stesso tempo, previene future violazioni da parte di potenziali autori di reato. Il *Bundesgerichtshof* prosegue affermando che l'esecuzione di una pena detentiva è indicata, quando la sospensione della pena apparirebbe assolutamente incomprensibile e la fiducia della popolazione nell'inviolabilità del diritto e nella protezione dell'ordinamento giuridico dalla commissione di reati potrebbero uscirne pregiudicate.

⁶⁴⁹ Cfr. G. FORTI, *L'immane, cit.*, p. 138.

⁶⁵⁰ In senso critico cfr. C. ROXIN, *Strafre und Strafzwecke, cit.*, p. 603 s. ritiene che fondare la pena sul carattere etico-sociale del rimprovero della colpevolezza sia nella sostanza solo il relitto di un'antiquata visione sul rapporto tra reato e illecito amministrativo; «Die Begründung der Strafe mit dem sozial-ethischen Charakter des Schuldvorwurfs ist also im Grunde nur das Relikt einer veralteten Anschauung über das Verhältnis von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten» (p. 604.).

ta da un paradigma vagamente retributivo⁶⁵¹, rischia di allontanarsi troppo da quegli obiettivi laici di tutela, primo fra tutti quello minimo di promuovere il rispetto della legalità, il cui ingresso nel dibattito penalistico ha segnato la nascita delle teorie preventive.

Nella sfaccettata realtà disegnata dalla prevenzione generale positiva si inserisce la funzione simbolico-espressiva della pena. Il livello di attitudine di un individuo a tenere un determinato comportamento dipende dall'influenza proveniente dalla società. In tal senso sia la legislazione che la giustizia penale indirizzano messaggi all'intera collettività: messaggi di disapprovazione che possiedono una «funzione espressiva»⁶⁵².

La pronuncia di un messaggio di censura rappresenta il solo elemento in grado di distinguere la pena da qualsiasi altro tipo di reazione dell'ordinamento dinanzi alla violazione di una norma (ad es. il risarcimento del danno in ambito civilistico o il pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria)⁶⁵³.

Il messaggio di disapprovazione proprio della pena è rivolto alla vittima, al reo e alla collettività. L'inflizione di una sanzione svolgerebbe, dunque, due importanti funzioni.

Da un lato, offrirebbe riconoscimento ai diritti della vittima: il messaggio di disapprovazione espresso dalla reazione punitiva sancisce che è stato commesso un reato e che i diritti di una vittima sono stati violati⁶⁵⁴. Dall'altro lato, nell'esprimere la censura della condotta tenuta dal reo, in relazione alla quale quest'ultimo viene dichiarato responsabile, il contenuto simbolico espressivo della condanna dichiara pubblicamente che l'offesa subita dalla vittima è stata causata del reato commesso⁶⁵⁵.

⁶⁵¹ Cfr. M. DONINI, *Le logiche*, cit., p. 915; F. MANTOVANI, *La «perenne crisi»*, cit., p. 1174, in relazione alla prevenzione generale positiva, denuncia, da un lato, «la mancanza di fondamenti scientifici sicuri e di conferme empiriche», e dall'altro, «la possibilità che [...] la concezione retributiva della pena ritrovi una nuova giustificazione»; G. FIANDACA, *sub. Art. 27, c. 3*, cit., p. 271 s.; *ex adverso* L. EUSEBI, *La riforma del sistema*, cit., p. 51.

⁶⁵² J. FEINBERG, *The expressive function*, p. 73 ss.; sul punto v. G. FORTI, *Principio del danno*, cit., p. 600, il quale rileva: «per Feinberg dunque l'essenza della penalità si caratterizza [...] nell'espressione di una «disapprovazione sociale» ed è questo tratto, a differenza di un comune pensiero retributivo, che deve «corrispondere» al crimine commesso e non la afflittività: «la sofferenza della pena deve corrispondere alla colpevolezza solo nei limiti in cui la sua inflizione è veicolo simbolico della pubblica condanna». Tale ultima corrispondenza però, appunto, non esprime ciò che è proprio della penalità, ma rispecchia le convenzioni: l'accoppiamento della sofferenza all'espressione del rimprovero, così mi pare dunque di poter interpretare, è storicamente contingente, mutevole e modificabile al mutare del contesto di riferimento culturale».

⁶⁵³ J. FEINBERG, *The expressive function*, p. 87.

⁶⁵⁴ J. FEINBERG, *ibidem*.

⁶⁵⁵ J. FEINBERG, *ult. op. cit.*, p. 87 s.; A. VON HIRSCH, *Fairness, Verbrechen*, cit., p. 19 ss. mettono in rilievo il fatto che il carattere simbolico della pena come espressione di disapprovazione sociale per il comportamento tenuto dal reo non esclude la possibilità di tenere distinta la funzione simbolico-espressiva della pena dalla teoria retributiva. Non sarà la relazione tra il livello di gravi-

2.3. Un bilancio. Pur non essendo legata in via esclusiva alla prevenzione generale⁶⁵⁶, l'idea illuministica di una pena pronta e certa⁶⁵⁷ pretende innanzitutto effettività⁶⁵⁸. Solo quando viene inflitta una risposta punitiva che non lascia spazi a rinunce o "eccezioni", si realizza quell'istanza tipicamente riconducibile alla prevenzione generale: la minaccia di pena deve trovare necessariamente applicazione se non vuole perdere la propria credibilità. Una credibilità che rischia di essere indebolita nel momento in cui il diritto penale attribuisce rilievo alla condotta riparatoria.

Due sono le prospettive evocate che devono essere verificate. Da un lato, quella della condotta riparatoria come punto di rottura della punibilità e, dall'altro lato, quella di meccanismi riparatori come risposte punitive autonome.

Sotto il primo punto di vista, la condotta riparatoria, entrando a far parte della variegata categoria della "non punibilità", si inserirebbe in un meccanismo premiale, il cui effetto sarebbe quello di "degradare" la risposta punitiva⁶⁵⁹.

A tal riguardo si deve osservare che una rigida ed assoluta corrispondenza tra momento precettivo e conseguenze sanzionatorie non può più trovare spazio⁶⁶⁰ in un politica criminale che dà rilievo a valutazioni di opportunità politica⁶⁶¹, apre spazi a considerazioni sul bisogno o sulla meritevolezza di pena⁶⁶² oppure privile-

tà del reato ed il *quantum* di sofferenza da infliggere al reo, ma piuttosto il rapporto tra la gravità del reato e il grado di disapprovazione (*condemnatory aspect*) a segnare il carattere peculiare della pena.

⁶⁵⁶ Cfr. F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca*, cit., p. 422 «Non a caso nelle concezioni retributive, e in quelle massimamente assolute, l'effettività della pena (*id est*: la certezza della pena) assume la massima rigidità».

⁶⁵⁷ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 97.

⁶⁵⁸ Cfr. C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 430 ss.

⁶⁵⁹ M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in ID., *Alla ricerca*, cit., p. 347.

⁶⁶⁰ H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 552 «es gilt zwar der Satz "Keine Strafe ohne Schuld, aber nicht auch seine Umkehrung».

⁶⁶¹ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 351, «Con la formula punibilità di designa dunque l'insieme delle eventuali condizioni, ulteriori ed esterne rispetto al fatto antiggiuridico e colpevole, che fondano o escludono l'opportunità di punirlo»; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 651 s.; C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002, p. 45 ss.

⁶⁶² Per una ricostruzione di questo orientamento cfr. C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 1048 s.; v. E. VENAFRO, *Meritevolezza di pena e logiche deflative. Un breve schizzo introduttivo*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, Torino, 2002, p. 9 ss.; si pensi al riguardo all'ipotesi di non punibilità per particolare tenuità del fatto prevista dall'art. 34 d.lgs. 274/2000 e alle proposta formulata in via generale dal Progetto Grosso di dare rilievo all'irrelevanza del fatto; in una visione più ampia si pensi ad istituti che privilegiano una deflazione processuale (oblazione ex art. 162, riti alternativi) oppure all'eterogeneo nucleo di interessi (affievolimento delle ragioni del punire; dispersione delle prove) che sono riconnessi all'istituto della prescrizione del reato; sul punto v. M. CAPUTO, *Il diritto penale*, cit., 2009, p. 454 ss.

gia il perseguimento di interessi eccentrici⁶⁶³ rispetto alle finalità classiche attribuite alla pena⁶⁶⁴. Ciò non di meno sarà sufficiente riflettere sulla tendenza ad avvertire le tutt'altro che infrequenti ipotesi di rinuncia all'inflizione di una pena⁶⁶⁵ come forme "patologiche"⁶⁶⁶ o quanto meno sulla carta «eccezionali»⁶⁶⁷ rispetto

⁶⁶³ Corte Cost., 31.3.1988, n. 369 come è stato chiarito dalla Corte costituzionale, «tutte le volte in cui si rompe il nesso costante tra reato e punibilità e quest'ultima viene utilizzata per fini estranei a quelli relativi alla difesa dei beni tutelati attraverso l'incriminazione penale, tale uso, nell'incidere negativamente sul principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., deve trovare la sua "giustificazione" nel quadro costituzionale che determina il fondamento ed i limiti dell'intervento punitivo dello Stato. La "non punibilità" o la "non procedibilità", dovuta a situazioni successive al commesso reato [...] deve comunque essere valutata in funzione delle finalità "proprie" della pena: ove l'estinzione della punibilità irrazionalmente contrastasse con tali finalità, ove risultasse variante arbitraria, tale, come è stato esattamente sottolineato, da svilire il senso stesso della comminatoria edittale e della punizione, non potrebbe considerarsi costituzionalmente legittima»; sul punto v. C. RUGA RIVA, *Sanatorie*, 209 ss. in relazione ai condoni edilizi osserva che «se [...] lo Stato baratta la pena per reati diversi da quelli tributari contro il pagamento di (sole) somme di denaro, senza null'altro pretendere in termini di reintegrazione/eliminazione del reato o delle sue conseguenze ulteriori, la natura dell'atto di clemenza muta, e da espressione di un bilanciamento giuridico (per quanto discutibile negli esiti) si trasforma in una forma di perdono a pagamento strumentale a esigenze di politica finanziaria, come tali esterne al sistema costituzionale penale» (p. 211 s.); C. PIERGALLINI, *Fondamento*, cit., p. 1659 ss.

⁶⁶⁴ Cfr. M. ROMANO, «Meritevolezza di pena», «bisogno di pena» e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 39 ss. «a me sembra piuttosto che in questi casi non tanto sia assente il «bisogno di pena», quanto vi siano già all'origine, o intervengano in seguito, ragioni che secondo il legislatore contrastano il «bisogno di pena», che cioè, *malgrado la sua presenza*, suggeriscano di non punire» C. ROXIN, *ult. op. cit.*, p. 1042 s. «Si tratta di casi nei quali il posizionamento di scopi estreni al diritto penale assumono la precedenza rispetto al bisogno di pena» (p. 1043), «*Es handelt sich um Fälle, in denen außenstrafrechtliche Zwecksetzungen bei einer Abwägung den Vorrang gegenüber dem Bestrafungsbedürfnis gewinnen*».

⁶⁶⁵ D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale*, cit., p. 116 osserva che «la rottura nella sequenza applicativa, implicita nel modello della "pena sospesa", riflette un dato strutturale – la tensione interna fra funzioni e significati diversi della risposta "penale" – che nessuna illusione ideologica vale ad assorbire, e con il quale è giocoforza fare i conti»; l'A. osserva inoltre che «sul piano formale, sospensione significa scarto dalla regola generale che regge la dinamica della pena: la normale consequenzialità della pena al reato, ancorata al principio di legalità» (p.120); F. MANTOVANI, *La «perenne crisi»*, cit., p. 1175 sottolinea il fatto che le esigenze di prevenzione speciale sacrificano «le primarie esigenze generalpreventive dell'inderogabilità della pena».

⁶⁶⁶ Cfr. M. ROMANO, *Razionalità, codice e sanzioni penali*, in AA. VV., *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di A. Cavanna*, vol. III, Milano, 2003, p. 1893 ss. dopo aver messo in rilievo l'inaffidabilità di «un complesso normativo che opera troppo diversamente da come annuncia di fare», rileva, sia pure all'interno di una logica che privilegia la prevenzione generale, che «– [...] fatte salve le dovute graduazioni e flessibilità plausibili – la pena minacciata ed inflitta dovrebbe essere anche alla fine espiata»; F. BRICOLA, *Funzione promozionale*, cit., p. 1411 osservava che «l'adozione del modello «premiale» non sembra poter trovare riscontro in quanto lo schema trasgressione-conseguenza è tale che alla trasgressione del precetto contenuto nella norma è necessariamente collegata come conseguenza l'applicazione della pena, criterio idoneo a distinguere il reato da altri illeciti»; M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in ID., *Alla ricerca*, cit., p. 358.

⁶⁶⁷ Cfr. M. ROMANO, sub *Pre-Art. 150*, in M ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, III, art. 150-240, Milano, 2011, p. 12; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, Padova, 1979, p. 274; D. FONDAROLI, *Illecito penale*, cit., p. 43 s. osserva che «l'eventuale non irrogazione della sanzione può derivare solo da ragioni eccezionali, di opportuni-

alla "naturale" linearità esistente tra reato e pena⁶⁶⁸, per comprendere quanto il riconoscimento della condotta riparatoria come punto di rottura della punibilità si ponga in termini problematici rispetto ad esigenze general-preventive e di tenuta dell'intero ordinamento⁶⁶⁹, in termini di realizzazione delle aspettative sociali di giustizia e di lotta a tutto campo contro ogni forma di impunità. Di fronte al possibile indebolimento della funzione deterrente della minaccia di pena, il soggetto agente potrebbe pianificare la commissione di un fatto reato, contando sulla possibilità di servirsi, nel caso in cui venga chiamato a risponderne, della condotta riparatoria come strumento di salvezza dalla pena⁶⁷⁰.

A questa considerazione si contrappone la più che fondata obiezione che, in realtà, il brocardo *nullum crimen sine poena*⁶⁷¹, nell'esprimere un indefettibile collegamento tra male del reato e della pena⁶⁷², sembra ormai svelare «un mero simulacro delle ragioni della repressione»⁶⁷³, che rischia di rimanere vittima di «una mitologia della pena intesa in termini astorici»⁶⁷⁴. Una repressione il cui potenzia-

tà, che non afferiscono al «tipo astratto» di illecito, ma che, per quanto previste da una disciplina di carattere generale, restano legate alle peculiarità del caso concreto».

⁶⁶⁸ Cfr. A. DI MARTINO, *La sequenza*, cit., p. 6 «L'evidenza di tale collegamento illumina allora tutta la carica "eversiva" insita nel potenziale scollamento fra disvalore del reato, codificato nella tipicità ed assiologicamente orientato dall'antigiuridicità, e conseguenza fondamentale dell'illecito: uno iato che squarcia un tabù, nel momento in cui infrange una sequenza ch'è eretta a simulacro maestoso della repressione penale, sigillo della sua necessità», più ampiamente p. 25 ss.; v. anche F. BRICOLA, *Diritto premiale e sistema penale*, cit., p. 1460 ss.

⁶⁶⁹ Cfr. C. RUGA RIVA, *Il premio*, cit., p. 536.

⁶⁷⁰ Cfr. F. MANTOVANI, *Sanzioni alternative*, cit., p. 79; G. GEMMA, *Principio costituzionale di eguaglianza e remissione della sanzione, clemenza e autorizzazione a procedere alla luce dell'art. 3 della Costituzione*, Milano, 1983, p. 29779; S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982, p. 302 dove l'A. osserva che «in sostanza, l'istituto delle cause di non punibilità sopravvenuta, se esaminato con attenzione nei suoi fondamenti di politica criminale, lungi dal collocarsi in posizione pienamente consequenziale rispetto ai principi portanti dell'ordinamento penale, così da visualizzare un bisogno o una «meritevolezza» di pena *post crimen* venuti meno, viene sovente a coincidere (quando la concessione della impunità non appaia finalizzata alla prevenzione di forme di progressione verso stadi criminosi ulteriori) con l'assunzione da parte del sistema penale di compiti di tutela del momento della riparazione, della reintegrazione (effettuate in forma la più specifica possibile) propri tendenzialmente di altri rami dell'ordinamento, assunzione compiuta anche a costo di un parziale sacrificio dell'efficacia intimidatoria della norma incriminatrice, posto che solo una retribuzione equamente proporzionata al caso concreto potrebbe garantire sino in fondo tale efficacia»; in termini analoghi T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., p. 408.

⁶⁷¹ B. PETROCELLI, *Reato e punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 670 ss. fa derivare il principio *nullum crimen sine poena* dal parallelo binomio divieto-minaccia di sanzione.

⁶⁷² In tal senso sembra esprimersi la Corte Europe dei Diritti dell'Uomo che vede nell'effettività e nella certezza della risposta punitiva, sia pure in relazione alle più gravi violazioni della Convenzione, un presidio indispensabile contro il vuoto repressivo derivante dall'eventuale previsione in astratto di ipotesi di non punibilità, che finirebbero per condannare la tutela dei diritti fondamentali all'inoperatività; sul punto v. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2671 ss.

⁶⁷³ A. DI MARTINO, *La sequenza infranta, profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, p. 80.

⁶⁷⁴ A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., p. 320 rileva peraltro che «È sensato e ragionevole rinunciare alla punizione se l'intera situazione lesiva o pericolosa è stata rimossa, la fonte di offesa neu-

le deterrente soffre tra l'altro di una profonda carenza di dati empirici in grado di dimostrarne l'efficacia e si scontra con una realtà dominata dalla cifra oscura della criminalità.

Ed allora, anche nella prospettiva indicata dalla prevenzione generale, la condotta riparatoria, proprio in virtù della sua capacità di salvaguardare, sia pure tardivamente, il bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice⁶⁷⁵, rappresenta un'alternativa valida, particolarmente persuasiva e tutt'altro che patologica⁶⁷⁶, dal momento che, ove sia il frutto di un «ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco»⁶⁷⁷, segna semplicemente una razionalità diversa del diritto penale. In tal senso, un ragionevole bilanciamento⁶⁷⁸ potrebbe essere operato proprio sulla base della finalità rieducativa della pena sancita dall'art. 27, c. 3 Cost.⁶⁷⁹.

tralizzata»; sul punto Cfr. M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in ID., *Alla ricerca, cit.*, p. 358, 360 «Si comprende meglio, in questa ottica, come sia errata, oggi, anche l'idea della retribuzione assoluta (*nullum crimen sine poena*) quale criterio di valenza generale, per quanto rispetto a certi reati, per es. crimini contro l'umanità, l'aspetto vendicativo-retributivo-simbolico - per es. imprescrittibilità, ecc. - tenda comunque a riemergere»; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 410 evidenzia che «la vecchia visione del reato come fatto necessariamente punibile (*nullum crimen sine poena*), sul quale incombeva la minaccia plumbea ma «giusta» della sanzione retributiva, e che rendeva inconcepibile una definizione di reato separata dalla punibilità, è tanto distante dal tempo presente da apparire un'ingenuità politica, prima che teorica».

⁶⁷⁵ F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione, cit.*, p. 346 ss.; T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 534 s.; T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze, cit.*, p. 398 ss., 407 s. là dove segna che, «se in questo modo può forse indebolirsi la deterrenza originaria, giacché l'agente sa preventivamente che avrà comunque a disposizione un mezzo di salvataggio *in extremis*, si rafforza tuttavia l'aspetto della prevenzione connesso alla tutela dei beni giuridici: la violazione del comando originario non è – giustamente – assunta in una mera dimensione etico-politica (come rottura di un *vinculum subjectionis*), ma riguardata nella sua proiezione politico-sociale (come rottura di un equilibrio suscettibile di essere reintegrato)».

⁶⁷⁶ M. DONINI, *Non punibilità, cit.*, p. 349 ss. mette in rilievo il fatto che la non punibilità più che una patologia segna semplicemente una razionalità diversa del diritto penale.

⁶⁷⁷ Corte Cost., 2 giugno 1983, n. 148; Corte Cost., 31.3.1988, n. 369; Corte Cost., 12.9.1995, n. 427; Corte Cost. 28 giugno 2004, n. 196; v. D. PULITANÒ, *"Obblighi costituzionali di tutela penale?"*, in AA. VV., *Studi in memoria di G. Delitala*, vol. II, Milano, 1984, p. 1257 ss., osserva, in una logica di «massima apertura del campo – e quindi – delle ragioni della non punibilità», «qualsiasi opportunità 'politico-criminale' può venire in considerazione, restandone escluse solo quelle che con precise indicazioni costituzionali» (p. 1296); sul punto v. C. PIERGALLINI, *Fondamento, cit.*, p. 1692 ss.

⁶⁷⁸ D. PULITANÒ, *La riforma, cit.*, p. 262 osserva che «la certezza della risposta al reato non necessariamente comporta che la risposta debba essere la pena. [...] Nella prospettiva della pena come *extrema ratio*, e della valorizzazione dell'istanza rieducativa, la certezza della pena non si oppone ad una ragionevole flessibilità, sia negli istituti codicistici che nella fase esecutiva, né all'apertura a soluzioni diverse dal punire, che si affermino come ugualmente idonee ad assicurare la 'tenuta' della legalità»; D. PULITANÒ, *La «non punibilità» di fronte alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, p. 1806 ss.; L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 626 ss.; L. STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla "punibilità"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 397 ss.

⁶⁷⁹ Cfr. F. BRICOLA, *Funzione promozionale, cit.*, p. 1423 rilevava, «con specifico riferimento alle fattispecie premiali», che «il «premio» deve essere espressione o dello stesso interesse costituzio-

Come è stato osservato, «laddove l'agente elimini le conseguenze dell'illecito [...], non si tratta di trovare giustificazione politica (esterna) alla clemenza, posto che la condotta reintegratoria/eliminativa ha – ad un giudizio successivo, ed in un'ottica utilitaristica – tolto fondamento alla *stesse* ragioni del punire»⁶⁸⁰.

Se si prova, ora, ad allargare l'orizzonte della condotta riparatoria oltre la sua valenza come punto di rottura della punibilità, fino a farne l'ipotesi di lavoro per la costruzione di un nuovo paradigma sanzionatorio, la predisposizione di risposte punitive a contenuto riparatorio sembra poter conservare un più spiccato potenziale general-preventivo. E ciò non solo sul piano simbolico, dal momento che l'etichetta della non punibilità evoca una rinuncia all'effettività della minaccia, bensì anche sul piano materiale, poiché la condotta riparatoria si pone nella prospettiva di riparare l'offesa all'interesse tutelato. Si tratta, dunque, di un modello di reazione repressiva che, pur avendo un contenuto positivo, non sembra, solo per questo, dover essere catalogata come sacrificio della pretesa punitiva. Proprio nella misura in cui tali obblighi positivi a carico del reo hanno un contenuto afflittivo, la condotta riparatoria continua a rappresentare una conseguenza sfavorevole per il reo rispetto al vantaggio derivante dal reato, in grado dunque di conservare un valore deterrente. Sul piano della prevenzione generale positiva, il meccanismo riparatorio si fa, invece, portatore di un messaggio di censura del comportamento del reo e di salvaguardia della vittima rivolto all'intera collettività⁶⁸¹.

Specialmente in un periodo storico quanto mai lacerato da riforme all'insegna della repressione che conservano talvolta un mero valore simbolico⁶⁸² – una con-

nalmente rilevante oggetto di tutela da parte della norma incriminatrice (il che avviene nelle fattispecie premiali fondate su una controazione diretta ad elidere od attenuare l'offesa di un interesse costituzionalmente rilevante) ovvero essere espressione di altro interesse costituzionalmente significativo (ad es. l'interesse della rieducazione sancito dall'art. 27 comma 3° Cost.)»; D. PULITANO, *La sospensione condizionale*, cit., p. 120 osserva che «per istituti costruiti secondo lo schema della sospensione, una possibile giustificazione appare assicurata dalla rilevanza costituzionale – e interna al sistema penale – delle ragioni in vista delle quali sono stati storicamente costruiti: ragioni di prevenzione speciale, di adattamento della risposta in funzione di prevedibili futuri effetti sulla persona del condannato; ragioni che oggi trovano espresso rilievo nel sistema costituzionale, e possono (debbono) legittimamente entrare nei bilanciamenti d'interessi sottesi alla politica penale»; T. PADOVANI, sub *Art. 163*, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, III, art. 150-240, Milano, 2011, p. 151 ss., 153 osserva che «la stessa idea di «trattamento» ha come tale posto in crisi, per certi versi, uno dei postulati più tradizionali e radicati della cultura giuridica occidentale in campo penale: l'indefettibilità della pena».

⁶⁸⁰ C. RUGA RIVA, *Sanatorie*, cit., p. 210 s.

⁶⁸¹ Condizioni, queste, che possono forse soddisfare quei presupposti di «pena pubblica e stigma sociale [...] necessari al diritto penale, necessari alla riduzione della sua estensione e necessari parimenti alla sua «dignità» e quindi alla sua capacità di prevenzione generale» M. ROMANO, *Risarcimento del danno* cit., p. 882.

⁶⁸² ALESSANDRI, *Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, in *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, p. 925 ss.; M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi*, cit., p. 655 segnala altresì il fatto che «anche a seguito della crisi delle concezioni strumentali della pre-

dizione che è stata acutamente definita «*illusion de sécurité*»⁶⁸³ – e da un vuoto di effettività della sanzione che ha spinto «il sistema penale [...] sull'orlo del collasso»⁶⁸⁴, la condotta riparatoria non solo sembra in grado di rompere il ciclo negativo di una prassi costretta a scegliere tra pena detentiva e impunità⁶⁸⁵, ma può fornire quel minimo di tutela delle vittime e della collettività indispensabile per la tenuta globale dell'ordinamento⁶⁸⁶.

L'impegno riparativo richiesto al reo, nel riaffermare la salvaguardia garantita dall'ordinamento, ribadisce da un lato (anche simbolicamente) la regola di condotta sancita dalla norma incriminatrice e, dall'altro lato, è finalizzata e riannodare il filo della pacifica convivenza civile quando questo sia stato strappato dalla commissione di un fatto di reato.

In tal senso non sembra che sussistano ragioni stringenti per affermare che la riprovazione di un fatto debba necessariamente essere veicolata attraverso l'inflizione di un male così incisivo come la privazione della libertà⁶⁸⁷. Questa costituisce al più una forma di risposta convenzionale storicamente contingente («*certain forms of hard treatment have become the conventional symbols of symbolic reprobation*»⁶⁸⁸), che lascia aperta la possibilità di introdurre modalità punitive pensate in positivo.

Detto altrimenti, la dichiarazione pubblica di censura circa il disvalore del fatto di reato può «esaurirsi in una misura a null'altro intesa che a quella *Normbegräftigung* o convalida normativa, che è alla base della prevenzione generale allargata»⁶⁸⁹ ed evitare di riflettere le aspettative di repressione⁶⁹⁰ – spesso sviate dalla

venzione e della riabilitazione, il diritto penale è sempre più orientato verso funzioni di tipo *simbolico*».

⁶⁸³ A. BARATTA, *Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal*, in *Déviante et société*, 1991, p. 17 ss., 19.

⁶⁸⁴ G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 160 ss., 164.

⁶⁸⁵ E. DOLCINI, *Riflessioni sull'evoluzione della pena in Italia*, in A. CERETTI (a cura di), *Pena controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland, Atti del convegno in onore di David Garland, Università di Milano-Bicocca, 1 marzo 2004*, Milano, 2005, p. 113 ss., 133.

⁶⁸⁶ A tal riguardo cfr. Corte Cost., 11.6.1993, n. 306 dove si afferma che «appare certamente rispondente alla esigenza di contrastare una criminalità organizzata aggressiva e diffusa, la scelta del legislatore di privilegiare finalità di prevenzione generale e di sicurezza della collettività, attribuendo determinati vantaggi ai detenuti che collaborano con la giustizia».

⁶⁸⁷ Cfr. K. GÜNTHER, *Die Symbolisch-expressive*, cit., p. 205.

⁶⁸⁸ J. FEINBERG, *The expressive function*, p. 76 «certe forme di trattamento duro sono diventate i simboli convenzionali di una disapprovazione simbolica»; come ha rilevato G. FORTI, *Principio del danno*, p. 600, la componente di sofferenza insita nella risposta punitiva rappresenta, per Feinberg, un fattore «storicamente contingente, mutevole e modificabile al mutare del contesto di riferimento culturale». È, dunque, ancora una volta il fattore culturale a venire in rilievo come guida delle forme di repressione. Forme che non risultano in nulla predeterminate, ma mutevoli al mutare del contesto sociale.

⁶⁸⁹ D. PULITANÒ, *Politica criminale*, cit., p. 30.

distorcente rappresentazione mediatica del reato⁶⁹¹ – presenti nella società, senza che questo possa pregiudicare la serietà e l'effettività necessarie a perseguire scopi di prevenzione generale.

3. Condotta riparatoria e rieducazione del condannato.

In antitesi rispetto al nucleo più profondo ed indelebile della concezione retributiva della pena, il riconoscimento della condotta riparatoria nel sistema penale rappresenta un possibile punto di partenza per recuperare quel «significato critico propulsivo dell'idea rieducativa, che va oltre la tradizionale utilizzazione di tale idea a fini giustificativi delle pene esistenti»⁶⁹². Nel messaggio di civiltà contenuto nell'art. 27 c. 3 Cost., in base al quale «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato», è contenuta una spinta al mutamento del modello culturale attraverso il quale giudicare le tipologie di reazione al reato. In tal senso, la stessa impronta solidaristica⁶⁹³, che plasma l'intera Carta costituzionale e sorregge il «messaggio di riconciliazione»⁶⁹⁴ legato alla finalità rieducativa della pena, sembra fungere da logico anello di congiunzione tra quest'ultima e la valenza positiva di una reazione punitiva a contenuto riparatorio. Un impegno positivo del reo che, nel farsi carico degli interessi della vittima e di quei doveri di solidarietà sociale che stanno alla base della convivenza civile, possiede un significato special-preventivo, dal momento che è finalizzato a ricostruire i valori infranti dal reato⁶⁹⁵. Non è più lo sguardo retrospettivo sul fatto di reato commesso ad indicare il punto di riferimento dal quale partire nel discorso sulla pena, ma è lo sguardo rivolto al futuro,

⁶⁹⁰ Cfr. F. STRENG, *Strafzumessungsvorstellungen von Laien*, in *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 2004, p. 127 ss. «Für die zentral bedeutsame Missbilligung unerwünschten Verhaltens kann aber weithin auf ein Ausschöpfen der in der Bevölkerung vorhandenen Straferwartungen verzichtet werden» (p. 144).

⁶⁹¹ C. E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 467 ss.; W. HASSEMER, *Warum*, cit., p. 16.

⁶⁹² L. EUSEBI, *Dibattiti*, cit., p. 835.

⁶⁹³ Cfr. L. EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa*, cit., p. 1117 osserva che «se si deve rispondere al reato in quanto negatività, tale risposta deve rimanere, piuttosto, a ciò che è l'opposto del reato, vale a dire agli orientamenti comportamentali espressi in termini di *positività* dalla legge e, in tal modo, al recupero di quei legami solidaristici che il reato ha infranto».

⁶⁹⁴ G. FIANDACA, *sub. Art. 27, c. 3, cit.*, p. 340; G. FIANDACA, *Scopi della pena*, cit., p. 133.

⁶⁹⁵ L. EUSEBI, *Ripensare*, cit., p. 4938 ss. denuncia la mancanza nel contesto attuale «dell'idea che sulla frattura dei legami di solidarietà intersoggettiva rappresentata dalla condotta criminosa possa operarsi attraverso iniziative concrete di riparazione e di riconciliazione».

verso il ripristino dei legami solidaristici spezzati dal reato ad orientare quel discorso⁶⁹⁶.

Nel proporsi come coerente sviluppo dell'ideale rieducativo, la prospettiva aperta dalla condotta riparatoria consente di allargare l'orizzonte della finalità ri-socializzativa della pena, che è tradizionalmente incentrata sulla storia personale e familiare dell'autore del reato, sui suoi bisogni e sulle sue carenze sociali, fino a comprendere una dimensione complementare e frequentemente trascurata: quella delle conseguenze sociali del reato. Attraverso l'impegno positivo connesso al meccanismo riparatorio, il reo è chiamato, da un lato, ad acquisire una consapevolezza critica dell'offesa causata dal reato e, dall'altro lato, a considerare la dimensione della vittima e della collettività.

3.1. L'ideale rieducativo. Se la commissione di un fatto di reato rappresenta spesso un indizio della difficoltà del reo di tenere un comportamento sociale conforme ai limiti imposti dalla legge penale⁶⁹⁷, l'idea di inserire la rieducazione tra gli scopi della pena, nel proporsi come forza critica interna al sistema punitivo, cerca di collegare l'essenza negativa della pena con la realizzazione di effetti positivi sul condannato⁶⁹⁸.

Pur essendo presente da lungo tempo nel dibattito sugli scopi della pena, il concetto di rieducazione, in termini di reinserimento sociale del reo, riceve una prima elaborazione nell'opera di *Franz von Liszt*⁶⁹⁹, per entrare da protagonista, solo qualche decennio più tardi, nel dibattito politico criminale europeo.

Dopo essere stato sancito dall'art. 27, c. 3 della Costituzione italiana ed essere stato inizialmente accolto in maniera piuttosto prudente dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale italiana⁷⁰⁰, l'ideale rieducativo, a distanza di qualche decennio più tardi, ha iniziato ad influenzare profondamente sia l'assetto dei sistemi sanzionatori europei, sia l'impianto del modello di esecuzione della pena detentiva.

⁶⁹⁶ Cfr. L. EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa*, cit., p. 1120; Cfr. D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale*, cit., p. 131 in relazione agli obblighi positivi della sospensione condizionale, parla di assunzione di responsabilità da parte del reo che concerne la vita futura, dove «la riparazione diviene un elemento del suo progetto di vita».

⁶⁹⁷ H. JUNG, *Sanktionensysteme*, cit., p. 2.

⁶⁹⁸ Sul punto cfr. K.-L. KUNZ, *Muss Strafe wirklich sein? Einige Überlegungen zur Beantwortbarkeit der Frage und zu den Konsequenzen daraus*, in AA. VV., *Muss Strafe sein? Kolloquium zum 60. Geburtstag von Herrn Professor Dr. Dr. h. c. Heike Jung*, Baden-Baden, 2004, p. 71 ss.

⁶⁹⁹ F. VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge*, cit., p. 397; K. LIEBKNECHT, *Gegen die Freiheitsstrafe. Ein Entwurf*, in *Gesammelte Reden und Schriften*, Band IX, Berlin, 1982, p. 395; H. ELLGER, *Der Erziehungszweck im Strafvollzug*, Halle, 1922, p. 17.

⁷⁰⁰ Cfr. G. FIANDACA, *sub. Art. 27, c. 3, cit.*, p. 228 ss.

Basti pensare che, nel 1969, la Commissione tedesca per la riforma del diritto penale osservava che la risocializzazione del condannato, nel rappresentare un efficace strumento di politica criminale per prevenire la commissione dei reati, avrebbe dovuto essere ritenuta il criterio guida nella configurazione del nuovo modello punitivo⁷⁰¹.

Negli anni Settanta, sotto l'influsso degli standard minimi per il trattamento dei detenuti⁷⁰² e del programma di politica criminale elaborato dalla Società Internazionale di Difesa Sociale⁷⁰³, nonché in ragione del progresso in campo psicoterapeutico⁷⁰⁴, la finalità rieducativa della pena era al centro del dibattito politico-criminale internazionale. Oltre a fungere da principio ispiratore dei sistemi sanzionatori di tutta Europa ed in particolare di Danimarca, Svezia e Olanda, che in quegli anni svolgono il ruolo di capostipiti nella sperimentazione del modello trattamentale, la finalità risocializzativa della pena entra anche nella Costituzione spagnola del 1978, il cui art. 25, c. 2 sancisce che «Le pene che privano la libertà e le misure di sicurezza saranno orientate verso la rieducazione e il reinserimento sociale del reo»⁷⁰⁵.

Tuttavia, già a partire dalla prima metà degli anni Settanta, l'ideale rieducativo comincia a vivere il proprio lento declino⁷⁰⁶, perdendo il proprio riconoscimento non solo sul piano scientifico, dove si diffonde un sentimento di rassegnazione e scetticismo riassumibile nella ormai celebre formula «*nothing works*»⁷⁰⁷, ma anche fra l'opinione pubblica.

Secondo un'indagine criminologica svolta in Germania, la fiducia dei cittadini nello scopo rieducativo della pena è sceso dal 61,2% del 1975 al 41,3% del 1999⁷⁰⁸. Ciò nonostante, in una relazione del 2001 del Ministero dell'Interno e della Giustizia tedesco, gli aspetti risocializzativi della pena vengono ancora rite-

⁷⁰¹ BT-Drucks. V/4095, Bonn, 1969, p. 3.

⁷⁰² United Nations, *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, Adopted by the First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, held at Geneva in 1955, and approved by the Economic and Social Council by its resolutions 633 C (XXIV) of 31 July 1957 and 2076 (LXII) of 13 May 1977.*

⁷⁰³ J.-B. HERZOG, *Le programme minimum de la Société Internationale de Défense Sociale*, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1954, p. 807; M. ANCEL, *La nuova difesa sociale*, Milano, 1966.

⁷⁰⁴ H. CORNEL, *Psychoanalytische Soziotherapie – Konzeption, Praxis und Evaluation*, in *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse, Band IV: Legalbewährung und Ich-Struktur*, Baden-Baden, 1998, p. 120 ss.

⁷⁰⁵ P. BUSCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Costituzioni straniere contemporanee*, vol. I, *Le Costituzioni di dieci Stati di "democrazia stabilizzata"*, Milano, 1994, p. 380.

⁷⁰⁶ Cfr. D. GARLAND (trad. a cura di A. Ceretti), *La cultura del controllo*, cit., p. 128 ss.; cfr. G. FIANDACA, *sub. Art. 27, c. 3, cit.*, p. 259 ss.

⁷⁰⁷ R. MARTINSON, *What works. Question and Answer about Prison Reform*, 1974

⁷⁰⁸ H. CORNEL, G. KAWAMURA-REINDL, B. MAECKLICHE, B. RÜDEGER SONNEN, *Resozialisierung, Handbuch*, Baden-Baden, 2009, p. 32.

nuti fondamentali al fine di restituire al reo la capacità di condurre una vita senza commettere altri reati. In tal senso i contenuti risocializzativi vengono considerati strumenti che non sono diretti ad esclusivo beneficio dei detenuti, ma producono effetti positivi per l'intera collettività, dal momento che hanno lo scopo di prevenire la commissione di reati⁷⁰⁹.

A risultati diversi giunge, invece, una più aggiornata ricerca svolta in Svizzera sulla percezione sociale della pena. All'interno del composito quadro di finalità che la pena dovrebbe perseguire, si registra un ampio consenso pubblico (86%) sul fatto che la risposta punitiva debba avere contenuti positivi e, più specificamente, sia volta a favorire la reintegrazione sociale del condannato⁷¹⁰.

A prescindere dai controversi risultati che emergono dal variegato panorama di studi scientifici sull'efficacia special-preventiva del sistema sanzionatorio e trattamentale [v. sul punto cap. II, § 4], un eventuale declino dell'ideale rieducativo sembra poter essere al più imputato alla mancanza di strumenti punitivi idonei a tale scopo. Dinanzi ad un assetto del modello repressivo che non ha vissuto cambiamenti radicali, gli sforzi rieducativi si sono limitati a cercare di restituire al volto minaccioso della pena, da sempre segnato da un solco di indelebile sofferenza, tratti più umani e razionali⁷¹¹.

In altri termini, dal più o meno scarso successo ottenuto dalla risocializzazione non può derivare un giudizio di inidoneità in astratto della teoria special-preventiva⁷¹². Al contrario, ciò mette piuttosto in evidenza la sua insufficiente at-

⁷⁰⁹ Bundesministerium des Innern und der Justiz, *Erster periodischer Sicherheitsbericht*, Berlin, 2001, p. 36.

⁷¹⁰ N. LANGUIN, J. KELLERHALS, CH.-N. ROBERT, *L'art de punir. Les représentations sociales d'une «juste» peine*, Genève-Zürich-Bâle, 2006, p. 47.

⁷¹¹ Cfr. G. FIANDACA, *sub. Art. 27, c. 3, cit.*, p. 339.

⁷¹² In tal senso E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato, cit.*, p. 12, il quale, nel riprendere le parole di Vittorio Grevi, osserva che la finalità rieducativa della pena costituisce «una preziosa, irrinunciabile “spinta antitetica rispetto alle ricorrenti tentazioni di imbarbarimento dei sistemi penitenziari”». Così concludeva Grevi, con un rilievo che considero una sorta di testamento spirituale di quel grande studioso: “Fin quando rimane ferma l'idea che nel detenuto, ancorché condannato, debba prevalere la dimensione dell'‘uomo’, come soggetto destinatario – da parte dei competenti organi statali – di un'attività diretta a consentirgli un sia pur graduale recupero verso la società civile, è chiaro come tale idea rappresenti, di per sé, il miglior baluardo dinanzi al rischio di un cedimento a prassi o, peggio ancora, a previsioni normative di contenuto inumano o degradante”»; in termini analoghi si esprimeva lo stesso A. trent'anni prima E. DOLCINI, *La "rieducazione del condannato", cit.*, p. 165 ss.; è piuttosto sul piano attuativo che lo scopo risocializzativo soffre le proprie carenze; cfr. E. DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, cit.*, p. 1107, il quale osserva che «è forte la tentazione di concludere, evocando un celebre slogan nordamericano, che nel sistema sanzionatorio penale italiano «non funziona nulla» (*Nothing works*): non funziona nemmeno il carcere, se dalla pena detentiva si può pretendere qualcosa di più e di diverso dalla intimidazione e dalla neutralizzazione»; V. GREVI, *sub Art. 1*, in F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2011.

tuazione⁷¹³ e l'elevata problematicità di un sistema repressivo che continua ad essere fondato, almeno per quanto riguarda l'Italia, sulla pena detentiva.

In questo percorso storico così brevemente tratteggiato, quello di rieducazione rimane un concetto mobile, dinamico e dai confini incerti⁷¹⁴, il cui contenuto può variare profondamente a seconda del punto di osservazione assunto⁷¹⁵. Basterà pensare ad alcuni personaggi letterari, come *Meursault* o il *principe Myskin*, per rendersi conto di quale complesso e sconfinato intreccio lega l'individuo alle norme sociali e di quali problemi di compatibilità con il rispetto della dignità umana possono generare talune concezioni dell'ideale rieducativo.

Nel restituire un apporto fortemente emozionale e travalicare i limiti della scienza penalistica, la nozione di risocializzazione si propone di controbilanciare il male della pena, offrendo al condannato un apporto positivo per rientrare nel consorzio sociale.

Utilizzata come sinonimo di rieducazione, la nozione di risocializzazione non risulta facilmente ricostruibile⁷¹⁶. Non è chiaro, infatti, se con questo termine debba intendersi il reinserimento sociale, la ricomposizione della frattura sociale causata dal reato, oppure un'opera di primaria o secondaria educazione alle norme del vivere sociale⁷¹⁷. A rimanere in sospeso non è solo il significato del termine risocializzazione, ma la sua effettiva concretizzazione nella prassi punitiva.

Ad un livello astratto “finalità risocializzativa” può essere sinonimo di socializzazione primaria, reinserimento sociale oppure può significare trattamento durevole e intenso della devianza; e ciò indipendentemente dal fatto che con quest'ultimo termine si intenda la malattia, il comportamento antisociale o la criminalità. Risocializzare può implicare un'offerta di competenze e strumenti sociali per ricostruire le condizioni di vita del condannato. Lo stesso concetto di risocializzazione può essere considerato come un lavoro di adeguamento alle norme so-

⁷¹³ H.-L. SCHREIBER, *Widersprüche und Brüche in heutigen Strafkonzptionen*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1982, p. 279 ss., 293.

⁷¹⁴ C. E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 147 ss., dopo aver messo in luce «l'ampia gamma di varianti linguistiche» del concetto di rieducazione utilizzato dalla Corte costituzionale, osserva l'esistenza di «una sorta di «vischiosità» lessicale della «teoria della rieducazione» meticcata con la «teoria della emenda» (p. 155 s.); G. FIANDACA, *sub. Art. 27, c. 3, cit.*, p. 240.

⁷¹⁵ G. FIANDACA, *sub. Art. 27, c. 3, cit.*, p. 333 mette in rilievo l'ambigua varietà di termini impiegati dalla Corte costituzionale per riferirsi, senza peraltro fornirne mai una definizione compiuta, al concetto di rieducazione della pena: «emenda», «recupero sociale», «riadattamento».

⁷¹⁶ cfr. F. BRICOLA, *Crisi del Welfare State, cit.*, p. 1429 fa risalire le incertezze interpretative dell'art. 27, c. 3 Cost. alla «difficoltà a concepire i rapporti tra istituzioni e deviante in termini di *Welfare*».

⁷¹⁷ H. CORNEL, G. KAWAMURA-REINDL, B. MAECKLICHE, B. RÜDEGER SONNEN, *Resozialisierung, cit.*, p. 27; H. CORNEL, *Handbuch der Resozialisierung*, Baden-Baden, 1995.

ciali o giuridiche⁷¹⁸ oppure può, infine, ridursi, fino quasi a cambiare natura, in uno sforzo volto ad evitare esclusivamente la desocializzazione del condannato.

Questo disorientamento semantico, che già rende difficile la determinazione dei confini teorici della nozione di risocializzazione, non può che complicare il compito di attuare tale finalità della pena nella prassi.

Ed allora, più che indicare la definizione di un concetto tecnico, “risocializzare” sembra essere una formula abbreviata o un sinonimo per descrivere un intero programma che contribuisca, in una lettura costituzionalmente orientata⁷¹⁹, a «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini [condannati], impediscono il pieno sviluppo della persona umana» (art. 3, c. 2 Cost.).

L'attenzione non è, dunque, tanto rivolta alla reale efficacia del trattamento risocializzativo, quanto più verso l'idea che un diritto penale in crisi di legittimazione debba aprire il proprio orizzonte ad un approccio più umano e positivo, fino a diventare uno strumento in grado di controbilanciare i non più trascurabili danni derivanti dall'intervento punitivo.

Dinanzi a questa ricostruzione appena abbozzata delle premesse teoriche dell'ideale rieducativo, la realtà effettiva è radicalmente diversa. Al di là delle conseguenze negative che marchiano indelebilmente l'intervento punitivo statale e degli elementi di stigmatizzazione, costrizione e dolore che sembrano lasciare pochi spazi per trasformare la pena in una realtà positiva, ogni obiettivo di risocializzazione del condannato, anche quello minimo della "non-desocializzazione", appare oggi una lontana chimera. Se solo si osserva la situazione di sovraffollamento carcerario italiano, nella quale non sono garantite neppure le condizioni minime per il rispetto dei diritti fondamentali della persona umana⁷²⁰, parlare di finalità rieducativa della pena sembra poco sensato.

Se, in questo contesto, l'obiettivo minimo richiesto al sistema punitivo italiano non può essere altro che il rispetto di quei diritti fondamentali⁷²¹ che, come più

⁷¹⁸ K. LÜDERSSEN, *Abschaffen des Strafers*, Frankfurt am Main, 1995, p. 138 s.

⁷¹⁹ F. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 13 ss.; negli stessi termini G. FIANDACA, *sub. Art. 27, c. 3, cit.*, p. 276 s.

⁷²⁰ CEDU, 16.7.2009, *Sulejmanovic c. Italia* con nota di M. BORTOLATO, *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti (La Cedu condanna l'Italia per le condizioni dei detenuti)*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 111 ss.; da ultimo v. T. PADOVANI, *Lo stato dell'amministrazione penitenziaria, Relazione al Convegno "Giustizia! In nome della legge e del popolo sovrano"*, Roma, 28-29 luglio 2011; A. GARGANI, *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1259 ss.; CEDU, 26.1.2009, *Scoppola c. Italia* con nota di S. BUZZELLI, C. PECORELLA, *Il caso scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 389 ss.

⁷²¹ Sul punto v. L. CASTELLANO, D. STASIO, *Diritti e castighi, Storie di umanità cancellata in carcere*, Milano, 2009, *passim*.

volte ribadito dalla Corte costituzionale, «trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti ad una restrizione della libertà personale i limiti ad essa inerenti, connessi alle finalità che sono proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione»⁷²², la forza propulsiva esercitata dall'ideale rieducativo sulla coscienza sociale rimane il criterio guida per pensare ad un mutamento del paradigma punitivo.

3.2. Sistema sanzionatorio e finalità rieducativa della pena. Più di ogni altro aspetto del meccanismo punitivo è senz'altro la scelta delle forme di reazione al reato quella che risulta maggiormente idonea a dare attuazione al principio rieducativo⁷²³. Proprio dinanzi ad una spada della giustizia penale che all'offesa del reato risponde, in maniera più o meno esplicitamente retributiva, con l'offesa della pena, l'ideale rieducativo, nel segnare un punto di svolta nel metodo d'approccio al reato, introduce una spinta riformatrice che mette in discussione l'intero sistema sanzionatorio e, in particolare, gli strumenti repressivi da quest'ultimo predisposti.

Come è stato, infatti, osservato, «si tratta di ripensare le modalità di risposta edittale ai reati»⁷²⁴.

Nell'ormai ineludibile prospettiva della diversificazione delle risposte punitive sembrano essersi posti sia il progetto elaborato dalla Commissione Grosso [v. *supra* § 2.3.1], sia quello elaborato dalla Commissione Pisapia⁷²⁵.

A tal riguardo la Corte costituzionale, dopo aver a lungo interpretato il finalismo rieducativo come un obiettivo legato esclusivamente al trattamento penitenziario⁷²⁶, nella già più volte citata sentenza n. 313 del 1990 ha affermato che «l'esperienza successiva ha, infatti, dimostrato che la necessità costituzionale che la pena debba "tendere" a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica ten-

⁷²² Corte cost., 8-11.2.1999, n. 26; negli stessi termini Corte cost., 10-22.5.2001, n. 158; Corte cost., 23.10.2006, n. 341.

⁷²³ Cfr. G. FIANDACA, *Repressione penale dell'ubriachezza e violazione del principio di uguaglianza*, in *Foro it.*, 1982, I, 1788 commenta in senso critico il rilievo svolto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 104 del 1982 in base al quale «ciò che rileva non è tanto il tipo di pena previsto quanto il trattamento penitenziario che ne concreta l'esecuzione».

⁷²⁴ Cfr. L. EUSEBI, *Ripensare*, cit., p. 4938 ss.

⁷²⁵ Cfr. *Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1570 ss.; sul punto v. C. FIORE, S. MOCCIA, A. CAVALIERE, *Quale riforma del codice penale?*, Napoli, 2009.

⁷²⁶ A partire da Corte Cost., 4.2.1966, n.12 e con orientamento costante fino alla fine degli anni ottanta (nn. 21/1971; 167/1973; 143/1974; 264/1974; 119/1975; 25/1979; 104/1982; 137/1983; 237/1984; 23/1985 102/1985 e 169 /1985; 1023/1988); in tal senso si orienta anche la Corte costituzionale tedesca a partire dalle pronunce dei primi anni settanta, BVerfGE 33, 1; BVerfGE, 35, 235 s.; BVerfGE, 45, 238 s.; BVerfGE, 98, 200 s. «la Costituzione richiede di allestire l'esecuzione penitenziaria allo scopo di risocializzare il detenuto»; sul punto v. C. ROXIN, *Strafe und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 608 s.

denza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue. Ciò che il verbo "tendere" vuole significare è soltanto la presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione: com'è dimostrato dall'istituto che fa corrispondere benefici di decurtazione della pena ogni qualvolta, e nei limiti temporali, in cui quell'adesione concretamente si manifesti (liberazione anticipata). Se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto».

Sebbene questa valorizzazione a tutto campo dello scopo rieducativo della pena non sia stato seguito dalla giurisprudenza costituzionale successiva, che ha segnato invece il ritorno alla concezione polifunzionale della pena, la sentenza n. 313 del 1990, sia pure nei limiti già evidenziati offre spunti interessanti.

Se il primato della finalità rieducativa nel dibattito politico-criminale deve interessare l'individuazione delle modalità di risposta al reato, ossia la previsione legale astratta delle tipologie sanzionatorie e delle cornici edittali, ad essere messa in dubbio è, innanzitutto, la compatibilità tra lo scopo special-preventivo della pena e lo stesso ricorso alla privazione della libertà.

Da sempre percepita come la vera e propria sanzione criminale e, al contempo, come la «colonna vertebrale» del sistema repressivo⁷²⁷, la pena detentiva, nel «naturalizzare» il potere legale di punire⁷²⁸, rappresenta ancora oggi il parametro di valutazione per giudicare il carattere alternativo di ogni sanzione⁷²⁹. E ciò non solo sul piano della realtà, dove la pena detentiva svolge un ruolo predominante, ma anche dal punto di vista più semplicemente simbolico, che vede nella privazione della libertà il contrappasso "naturale" rispetto alla commissione di un fatto di reato.

Se fin dagli inizi del Ventesimo secolo, sotto la costante spinta riformatrice nata nell'Illuminismo, è stata messa in luce la necessità di ridurre gli effetti negativi generati da un sistema repressivo ipertrofico ed incentrato sulla pena detentiva⁷³⁰,

⁷²⁷ H.-H. JESCHECK, *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate*, cit., p. 1937 ss.; H.-H. JESCHECK, *Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1981, p. 3.

⁷²⁸ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, 1975, p. 310.

⁷²⁹ Cfr. C. E. PALIERO, *Metodologie*, cit., p. 511 mette in rilievo la mancanza di «autonomia categoriale» delle pene alternative.

⁷³⁰ Cfr. F. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1903, p. 76; F. VON LISZT, *Staatsrechtliche Vorträge*, cit., p. 290 ss.; per un'ampia ricostruzione sul punto v. C. E. PALIERO, *Mi-*

con il movimento europeo di riforma del sistema sanzionatorio nato nel dopoguerra e sviluppatosi nei decenni successivi, si radica la convinzione che il carattere di spiccata problematicità della pena detentiva non possa più essere trascurato⁷³¹. Come fonte di esclusione sociale e luogo di violenza fisica e morale⁷³² e di afflizione fisica e psicologica, il carcere non è solo uno strumento di costrizione dello spazio e del tempo di vita, che rappresenta il centro immutabile di gestione dell'illegalità⁷³³ e svela, al contempo, una strategia sociale di esercizio del potere⁷³⁴, ma è anche una soluzione strutturalmente inidonea ad offrire una risposta di contenuto risocializzativo⁷³⁵.

La perdita della libertà, della propria sfera privata, dei legami affettivi e sociali, la permanente esposizione al degrado e agli atti predatori riducono le capacità dei detenuti a ritrovare una collocazione sociale e lavorativa una volta tornati a contatto con il mondo esterno⁷³⁶.

Non solo. Il carcere comporta costi economici molto elevati per la gestione delle strutture penitenziarie. Già alla fine degli anni Novanta negli Stati Uniti si spendevano circa \$ 20.000 all'anno per ogni detenuto; con una popolazione peni-

nima non curat praetor, ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari, Padova, 1985.

⁷³¹ H. MÜLLER-DIETZ, *Der Ort des Strafvollzugs in einem künftigen Sanktionensystem*, in W. FEUERHELM, H.-D. SCHWIND, M. BOCK (a cura di), *Festschrift für Alexander Böhm*, Berlin, 1999, p. 17; K. LÜDERSEN, *Abschaffen des Strafens*, Frankfurt am Main, 1995, p. 259.

⁷³² Cfr. A. SOFRI, *Chi è il mio prossimo*, Palermo, 2007, p. 29; sul punto v. il breve ma denso resoconto dell'esperienza penitenziaria raccontata da E. SCHIELE, *Diario dal carcere*, Wien, Ginevra, Milano, 2010.

⁷³³ M. FOUCAULT, *Alternatives à la prison : diffusion ou décroissance du contrôle social*, in *Criminologie*, 1993, p. 25 «non bisogna mai dimenticare che al cuore della macchina della giustizia, che l'Occidente si è dato con il pretesto di reprimere le illegalità, non bisogna mai dimenticare che al cuore di questa macchina della giustizia, destinata a far rispettare la legge, c'è un macchinario che funziona nell'illegalità permanente. La prigione è la camera oscura della legalità»; cfr. B. JACKSON, *In the Life*, New York, Chicago, San Francisco, 1972, che offre un interessante spaccato della vita carceraria; cfr. ID., *Pictures from a drawer, prison and the art of portraiture*, Philadelphia, 2009, che contiene una raccolta di ritratti fotografici dei detenuti scattati nel 1975 di alcuni penitenziari negli Stati Uniti.

⁷³⁴ Cfr. F. GROS, *Foucault et «la société punitive»*, in *Pouvoirs*, 135, 2010, § 5 ss.

⁷³⁵ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 410 mette in rilievo l'inidoneità preventiva del carcere, non solo in considerazione del suo carattere criminogeno, ma per il fatto che è ormai destinato «a funzionare come scuola di delinquenza e di reclutamento della criminalità organizzata»; l'A. conclude che «il carcere è dunque un'istituzione al tempo stesso illiberale, diseguale, atipica, almeno in parte extra-legale ed extra-giudiziale, lesiva della dignità della persona, penosamente e inutilmente afflittiva. Di questa istituzione sempre più povera sempre più povera di senso, che produce un costo di sofferenze non compensato da apprezzabili vantaggi per nessuno, risulta ormai giustificato il superamento o almeno una drastica riduzione della durata sia minima che massima» (p. 411).

⁷³⁶ cfr. K. LÜDERSEN, *Moderne Wege kriminalpolitischen Denkens – Einführende Bemerkungen zum gesamten Werk*, in *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse, Band I: Legitimationen*, Baden-Baden, 1998, p. 63 afferma che offrire un supporto al reinserimento sociale del condannato attraverso la privazione della libertà non è altro che un ossimoro.

tenziaria superiore ad un milione, il costo complessivo era di circa 25 miliardi di dollari annui⁷³⁷. In Italia la pena detentiva costa tre miliardi di euro all'anno e, dinanzi ad un bilancio dell'Amministrazione penitenziaria sempre più gravato dalla mole debitoria – a fine 2008 era di circa 90 milioni di euro – e dai tagli ai fondi, dei 200 milioni di euro che servirebbero per la ristrutturazione e la manutenzione straordinaria degli istituti penitenziari italiani, solo 80 milioni di euro sono quelli effettivamente stanziati per il triennio 2009-2011⁷³⁸.

A tutto ciò si aggiunga che la privazione della libertà non permette al reo di affrontare attivamente la propria responsabilità per il fatto commesso, perché non offre strumenti di ricostruzione dell'ordine sociale violato né nei confronti della vittima né della società. Come è emerso da alcuni studi criminologici, il ricorso alla pena detentiva produce, inoltre, difficoltà di reinserimento sociale e tassi di recidiva più elevati⁷³⁹ rispetto a pene che non comportano la privazione della libertà⁷⁴⁰. Accanto agli effetti negativi prodotti sui detenuti vengono colpite le loro famiglie, che rimangono spesso prive di supporto emotivo e finanziario⁷⁴¹.

Con particolare riguardo a forme di criminalità medio-bassa, che peraltro costituiscono la maggior parte dei reati commessi, oltre ai menzionati effetti collatera-

⁷³⁷ cfr. A. BLUMSTEIN, A. J. BECK, *Population Growth in U.S. Prisons, 1980-1996*, in *Crime and Justice: A Review of Research*, 1999, p. 17 ss.; C. PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 64 ss., ora in ID., *Diritto penale, vol. I, scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, p. 147 ss.; C. E. PALIERO, *Metodologie, cit.*, 1992, p. 551 ss., riporta i risultati di alcune indagini empiriche svolte in Germania ed Inghilterra, che mettono in rilievo i costi esponenzialmente più elevati della pena detentiva rispetto a forme di *probation*.

⁷³⁸ L. CASTELLANO, D. STASIO, *Diritti e castighi, cit.*, p. 268 ss.

⁷³⁹ L. CASTELLANO, D. STASIO, *ult. op. cit.*, p. 165, 267 mettono in rilievo che «I dati raccolti nel 2006 dal ministero della Giustizia rilevano che nei sette anni precedenti (1999-2005) la recidiva di chi ha usufruito di misure alternative o di benefici penitenziari è stata appena dello 0,3%; nei cinque anni successivi alla fine della pena è stata del 19% per chi ha ottenuto benefici, mentre è salita al 68,5% per chi ne è stato escluso. Nel 2008, il Dap ha rilevato che, su 14 477 misure alternative (affidamento in prova ai servizi sociali, semilibertà, detenzione domiciliare), le revoche sono state 988 (il 6,82%), di cui solo 71 (0,49%) per aver commesso un nuovo reato».

⁷⁴⁰ U. V. BONDESON, *Alternatives to imprisonment, Intentions and Reality*, New Brunswick, 2002, p. 93 ss.; B. BÖRJESON, *Om påföljders verkningar (on the effects of sanctions)*, Uppsala, 1966 citato da U. V. BONDESON, *Global Trends in Corrections*, in *Crime and Justice in Scandinavia*, København, 2005, p. 33; C. BESOZZI, *Rückfall nach Strafvollzug: Eine empirische Untersuchung*, in K.-L. KUNZ (a cura di), *Die Zukunft der Freiheitsstrafe, Kriminologische und rechtsvergleichende Perspektiven*, Bern, Stuttgart, 1989, p. 115 ss.

⁷⁴¹ H. MÜLLER-DIETZ, *Zur sog. "Drittwirkung" des Freiheitsentzugs*, in H. MANFRED, C. JÄGER, B. SCHÜNEMANN (a cura di), *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin, New York, 2011, p. 1159 ss.; cfr. P. MORRIS, *Prisoners and their families*, London, 1965; W. RÖMER, *Die Nebenfolgen der Freiheitsstrafen auf die Kinder der Delinquenten. Die Auswirkungen der Freiheitsstrafe eines Elternteils auf die Kinder, untersucht in Fällen der Jugendgerichtshilfe*, Hamburg, 1967; C. PEDRAZZI, voce *Diritto penale, cit.*, p. 147.

li, le difficoltà spesso insuperabili di ottenere un effetto risocializzativo mediante il ricorso alla pena detentiva diviene un dato criminologico consolidato⁷⁴².

E ciò non solo in relazione all'ormai noto ambito delle pene detentive brevi⁷⁴³ – strumento «inidoneo per la lotta contro la criminalità»⁷⁴⁴ che porta con sé «più danni che vantaggi»⁷⁴⁵; troppo brevi per consentire di ottenere un effetto risocializzativo nei confronti del condannato, ma sufficienti a farlo entrare in contatto con un ambiente criminogeno –, ma più in generale in riferimento alla stessa privazione della libertà.

Dinanzi al vuoto di fantasia della politica criminale, la necessità di individuare risposte punitive alternative⁷⁴⁶, che consentano di ridurre al minimo i costi e le

⁷⁴² C. ROXIN, *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 3 ss., p. 10; C. ROXIN, *Zur Entwicklung*, cit., p. 455.

⁷⁴³ Cfr. C.E. PALIERO, E. DOLCINI, *Il carcere ha alternative?*, Milano, 1989, *passim*.

⁷⁴⁴ C. ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin, New York, 1973, p. 41; T. PADOVANI, *L'utopia*, cit., *passim*.

⁷⁴⁵ C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 2006, p. 120.

⁷⁴⁶ H. SCHÖCH, *Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug?*, in *Verhandlungen des neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Hannover 1992*, vol. 2, München, 1992, Abteilung Strafrecht, p. 157; K. LÜDERSEN, *Die Krise des öffentlichen Strafanspruch*, Frankfurt am Main, 1989, *passim*; un impulso fondamentale al cambiamento legislativo del sistema sanzionatorio può essere ritrovato in sede comunitaria. Almeno a partire dalla Risoluzione (76) 10 elaborata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nel 1976 emerge la necessità di introdurre, in considerazione delle loro spiccate potenzialità risocializzative, nuove sanzioni alternative alla pena detentiva; Alle considerazioni di tipo umanitario si affiancano argomenti di carattere esclusivamente pragmatico. In tal senso, la risoluzione 76 (10) mostra entrambi gli aspetti. Se da un lato, infatti, vi è la volontà di ovviare alle conseguenze negative inevitabilmente legate alla privazione della libertà e di offrire una maggiore attenzione alle vittime, dall'altro lato, si mette in rilievo il peso finanziario insostenibile di una politica criminale completamente incentrata sulla pena detentiva; Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *Resolution (76) 10 on some alternative penal measures to imprisonment adopted on 9 March 1976*, «Considering the tendency, which is observable in all member states, to avoid imposing prison sentences as far as possible on account of their many drawbacks as well as out of respect for individual liberty, and believing that this process could be taken further without endangering public safety; Considering consequently that it is necessary, not only to develop the alternative measures which have existed for a long time (such as suspended sentences and probation) but also to encourage new measures so as to make it possible for courts to choose from amongst several forms of sanctions one suited to the individual case; Considering that alternatives to prison sentences can serve the object of rehabilitating offenders and are less costly than imprisonment»; a questo provvedimento sono seguite numerose altre raccomandazioni del Consiglio d'Europa, che hanno cercato di fornire un cornice di indirizzo politico in tema di sanzioni penali alternative: Consiglio d'Europa, *Recommendation No. R (92) 16 on the European rules on community sanctions and measures*; *Recommendation No. R (97) 12 on staff concerned with the implementation of sanctions or measures*; *Recommendation No. R (99) 19 concerning mediation in penal matters*; *Recommendation No. R (99) 22 concerning prison overcrowding and prison population inflation*; *Recommendation Rec(2000)22 on improving the implementation of the European rules on community sanctions and measures*; per un commento cfr. H. JUNG, *Die "European Rules on community Sanctions and Measures*, in W. FEUERHELM, H.-D. SCHWIND, M. BOCK (a cura di), *Festschrift für Alexander Böhm*, Berlin, 1999, p. 69 ss.

sofferenze causate dal controllo sulla criminalità⁷⁴⁷ e di quelli generati dal reato alla vittima e alla collettività, diviene un obiettivo fondamentale nel dibattito politico-criminale. L'auspicio ancora oggi attuale era quello di introdurre «meccanismi capaci di combattere i danni delle pene detentive brevi, senza minare però la tenuta generale del sistema penale»⁷⁴⁸.

Mosso dalla volontà di circoscrivere il ricorso alla pena detentiva e di migliorare al contempo l'offerta rieducativa per il condannato, cercando in tal modo di dare parziale attuazione all'art. 27 c. 3 Cost., il legislatore italiano, a partire dalla metà degli anni Settanta, ha orientato le proprie scelte di politica criminale in base a quello che, in quel periodo, era «il *leit motiv* di ogni proposta di riforma del sistema sanzionatorio penale»⁷⁴⁹: la fuga dalla pena detentiva.

Per perseguire questo obiettivo, il legislatore si è mosso su più fronti. Da un lato, ha allargato il panorama delle alternative alla pena detentiva, introducendo le misure alternative alla detenzione (l. 26 luglio 1975, n. 354), il cui catalogo e ambito di applicazione è stato successivamente ampliato dalla l. 10 ottobre 1986, n. 663, e le sanzioni sostitutive di pene detentive brevi con la l. 24 novembre 1981, n. 689. Dall'altro lato, ha esteso progressivamente gli spazi di rilevanza della sospensione condizionale della pena (prima con la novella del 1981 e poi con la l. n. 145/2004).

Su un fronte differente ma complementare, la l. 689/1981 non ha solo affrontato il problema delle pene detentive brevi, attraverso la previsione delle sanzioni sostitutive, ma ha altresì valorizzato l'opzione sanzionatoria amministrativa, attraverso una vasta opera di depenalizzazione. Sotto una prospettiva generale, si è trattato di un intervento legisaltivo guidato da una duplice e convergente finalità: ridurre l'ipertrofia del diritto penale⁷⁵⁰ e gli effetti negativi generati dal carcere.

A soli vent'anni di distanza, lo spirito che aveva promosso quelle riforme volte a ridurre l'impatto della pena detentiva si è trasformato in quella che è stata unanimemente avvertita come una fuga dalla sanzione⁷⁵¹. Ciò è avvenuto in modo particolare dopo l'introduzione di «meccanismi del diritto penale sostanziale e

⁷⁴⁷ TÖRNUDD, *Setting Realistic Policy Goals*, in *Facts, Values and visions, Essays in Criminological and Crime Policy*, Helsinki 1996.

⁷⁴⁸ G. MARINUCCI, *Politica criminale*, cit., p. 145 ss.

⁷⁴⁹ F. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una "nuova" politica criminale*, in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1977, p. 363; cfr. F. BRICOLA, *Crisi del Welfare State*, cit., p. 1427 ss.

⁷⁵⁰ C.E. PALIERO, voce «Depenalizzazione», in *Dig. disc. pen.*, 1995, p. 425 ss.

⁷⁵¹ E. DOLCINI, *Le misure alternative oggi*, cit., p. 857 ss.; F. GIUNTA, *L'effettività*, cit., p. 414 ss.; T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale*, cit., p. 419 ss.; C. E. PALIERO, *Metodologie*, cit., p. 510 ss.; D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale*, cit., p. 116 rileva che «da strumento (pensato) di individualizzazione, la sospensione condizionale si sarebbe trasformata nei fatti in strumento di fuga dalla sanzione, in particolare da quella detentiva, i cui costi individuali e sociali sono divenuti via via più chiari e meno accettati»; F. MANTOVANI, *Sanzioni alternative*, cit., p. 92.

processuale che, innescando la disapplicazione del sistema sanzionatorio, *hanno portato il controllo penale in Italia sull'orlo del collasso*⁷⁵². Due erano le fondamentali cause dell'imminente collasso del sistema sanzionatorio che venivano indicate: i meccanismi automatici di accesso alle misure alternative e le modifiche introdotte dalla l. 27 maggio 1998, n. 165⁷⁵³, da una lato, ed il ricorso ai procedimenti speciali.

Se questi erano i principali fattori di disintegrazione del sistema sanzionatorio, dodici anni dopo il quadro sembra essere ulteriormente peggiorato.

Come è stato osservato, dinanzi alla crescita, almeno sulla carta, degli spazi per sanzioni non privative della libertà, non è stata mai «formalmente rinnegata la scelta di principio a favore della pena detentiva»⁷⁵⁴. Anzi l'opzione carceraria è stata ribadita in modo netto da un intervento legislativo relativamente recente che, nel segnare una vera e propria inversione di tendenza politico-criminale innescatasi negli ultimi anni, è forse alla base della crescita della popolazione detenuta negli ultimi anni. Si intende qui fare riferimento alla l. 5 dicembre 2005, n. 251 che, oltre ad incidere in maniera sensibile sulla disciplina della recidiva⁷⁵⁵, ha pesantemente ristretto le possibilità di accesso alle misure alternative.

Senza voler approfondire un tema così complesso e vasto come quello concernente l'effettività del controllo penale, basti qui osservare che il collasso del sistema sanzionatorio si è aggravato, come già rilevato, con la situazione di sovrappollamento negli istituti di pena⁷⁵⁶. Neppure i più recenti provvedimenti clemen-

⁷⁵² G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 164.

⁷⁵³ E. DOLCINI, *Le misure alternative oggi*, cit., p. 872 ss. definisce le misure alternative «sanzioni simboliche» segnate non solo «da un progressivo svuotamento di contenuti: con effetti dirompenti sulla tenuta complessiva del sistema penale; F. PALAZZO, *Esecuzione progressiva e «benefici» penitenziari: che cosa conservare*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 149 ss.; *ex adverso* F. DELLA CASA, *Misure alternative ed effettività della pena: una ricognizione della situazione odierna e delle prospettive di riforma*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 85 ss., 86 ritiene invece che la «questione della certezza della pena va ricollegata, piuttosto, a fattori di diverso tipo, quali le difficoltà di accertamento dei reati e di individuazione dei relativi autori, nonché la capacità del sistema di sottoporli a processo e di formalizzare nei loro confronti una sentenza di condanna».

⁷⁵⁴ E. DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 10 ss., 25 osserva, peraltro, che «l'arretramento della pena detentiva nel quadro del sistema sanzionatorio lascerebbe d'altra parte pochi rimpianti, se a sostituirla fossero chiamate sanzioni utili al reinserimento sociale del condannato e dotate di contenuti sufficientemente afflittivi per soddisfare istanze del sistema punitivo non meno inderogabili di quelle della risocializzazione: le istanze della prevenzione generale nello stadio della comminatoria legale e quelle dell'intimidazione-ammonimento nella fase dell'esecuzione» (p. 27)

⁷⁵⁵ E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 515 ss.

⁷⁵⁶ F. CASCINI, *Il carcere. I numeri, i dati, le prospettive*, in *Quest. giust.*, 2010, p. 52 s.; A. NATALE, *Carceri: capienza (in)tollerabile, cultura della giurisdizione e valore della prassi*, in *Quest. giust.*, 2010, p. 91 ss.; A. MARGARA, *Sorvegliare e punire: storia di 50 anni di carcere*, in *Quest. giust.*, 2010, p. 103 ss.

ziali – l. 1 agosto 2003, n. 207 (c.d. indultino), l. 31 luglio 2006, n. 241 (Concessione di indulto) e l. 26 novembre 2010, n. 199 (Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ad un anno)⁷⁵⁷, il cui ambito di applicazione è stato ampliato in forza dell'art. 3, d.l. 22 dicembre 2011, n. 211 convertito in l. 17 febbraio 2012, n. 9 (Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri) – sembrano sufficienti per garantire, se non per un brevissimo lasso di tempo, quelle condizioni minime di vita e quelle elementari esigenze di tutela dei diritti del condannato, che costituiscono premessa indispensabile per evitare che il sistema penitenziario si trasformi definitivamente nella «camera buia della legalità»⁷⁵⁸.

Accanto alla strutturale e fattuale inadeguatezza della pena detentiva⁷⁵⁹ a perseguire non tanto un (forse) utopico scopo rieducativo⁷⁶⁰ o non-desocializzante, ma neppure a salvaguardare il rispetto dei diritti fondamentali, la pena pecuniaria⁷⁶¹, al di là del profondo vuoto di effettività⁷⁶² e delle carenze strutturali, non sembra promettere risultati soddisfacenti né di prevenzione generale⁷⁶³ né di prevenzione speciale. Il suo contenuto è, infatti, limitato al pagamento di una somma di denaro priva di contenuto rieducativo⁷⁶⁴ e carica al più di un potenziale di intimidazione nei confronti del reo. Un prelievo di denaro che diminuisce peraltro le capacità economiche del reo per risarcire i danni subiti dalla vittima o eliminare le conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato.

⁷⁵⁷ Per una puntuale analisi critica v. F. DELLA CASA, *Approvata la legge c.d. svuotacarceri: un altro "pannicello calso" per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario?*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 5 ss.

⁷⁵⁸ M. FOUCAULT, *Alternatives à la prison*, cit., p. 25.

⁷⁵⁹ Cfr. L. EUSEBI, *Ripensare*, cit., p. 4938 ss. ritiene che esista «una problematicità strutturale del rapporto fra reclusione e rispetto della dignità umana – non superabile evitando il sovraffollamento penitenziario e nemmeno rendendo nei fatti più credibile, come pure dovrebbe essere doveroso, il dichiarato orientamento risocializzativo dell'esecuzione penitenziaria»; C. PEDRAZZI, *La privation de la liberté*, cit., p. 503; l'A. osserva che «ce n'est pas seulement une inutilité de la peine privative de la liberté sur le plan de la rééducation que l'on dénonce, mais aussi et surtout un efficacité négative qui se traduit en une véritable oeuvre de désocialisation».

⁷⁶⁰ Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., p. 263 osserva che «rieduca di più la pena che non si applica (soprattutto quella detentiva)».

⁷⁶¹ Per un'analisi dello stato dell'arte sulla pena pecuniaria v. M. MIEDICO, *La pena pecuniaria: disciplina, prassi e prospettive di riforma*, Milano, 2008, *passim*; L. GOISIS, *La pena pecuniaria: un'indagine storica e comparata*, Milano, 2008, *passim*.

⁷⁶² E. DOLCINI, *La pena in Italia, oggi*, cit., p. 1098 s.; un vuoto di effettività della pena pecuniaria già segnalato nella relazione elaborata dalla *Commissione Grosso - per la riforma del codice penale (1 ottobre 1998) - La riforma del sistema sanzionatorio (allegato alla Relazione del 15 luglio 1999*, in www.giustizia.it.

⁷⁶³ A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., p. 321.

⁷⁶⁴ Lo conferma anche la lettura data dalla ormai risalente sentenza n. 12 del 1966 della Corte costituzionale che ha escluso il contrasto delle sanzioni pecuniarie con l'art. 27, c. 3 Cost. ricorrendo alla concezione polifunzionale della pena.

Dinanzi a questo desolante quadro, la condotta riparatoria potrebbe svolgere il ruolo di strumento in grado, da un lato, di mantenere quei contenuti afflittivi minimi perché si possa continuare a parlare di pena e, dall'altro lato, di soddisfare i bisogni della vittima e della collettività sia sul piano materiale (risarcimento del danno ed eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose), sia su quello simbolico (riconoscimento della vittima e messaggio di riprovazione pubblica del fatto).

Dall'altro lato, la condotta riparatoria può, al contempo, perseguire finalità special-preventive nei confronti del reo attraverso un impegno attivo e solidaristico di quest'ultimo per ricostruire, sia pure in maniera fatalmente tardiva, l'interesse violato e per prendere le distanze dalle modalità di comportamento tenute⁷⁶⁵. Un impegno volto a responsabilizzare il reo che non è tanto dettato da esigenze di umanizzazione nelle risposte punitive, ma da un loro più spiccata caratterizzazione in senso preventivo⁷⁶⁶.

4. Una possibile via d'uscita?

«Le vecchie trappole per mosche erano costruite da una bottiglia la cui larga apertura si stringeva progressivamente a imbuto, permettendo alle mosche di avventurarsi facilmente al suo interno. Ma, vista dall'interno la stretta estremità inferiore dell'imbuto attraverso cui la mosca si era introdotta nella bottiglia, non solo non sembrava la via d'uscita, ma appariva come una pericolosa strettoia ancora più difficile da affrontare della situazione in cui la mosca si trovava intrappolata. Nel senso della metafora di Wittgenstein⁷⁶⁷, sarebbe ora necessario convincere la mosca che l'unica soluzione al suo dilemma è quella che a prima vista sembra la meno probabile e la più irta di pericoli.

In che modo possiamo uscire dalla trappola di un costruzione inadeguata della realtà? Esiste una qualche speranza di liberazione se tutte le soluzioni concepibili

⁷⁶⁵ In termini analoghi si è espresso il Ministro della Giustizia Paola Severino in occasione del discorso sull'amministrazione della giustizia, in www.giustizia.it: «l'aspetto più difficile è quello di un corretto equilibrio tra aspetto afflittivo e rieducativo della pena, tra carattere umanitario del trattamento del condannato e tutela del diritto dei cittadini alla sicurezza, tra riconoscimento dei più elementari principi di civiltà anche a chi è detenuto e pieno soddisfacimento dei diritti delle vittime e dei loro familiari».

⁷⁶⁶ Cfr. in tal senso *Commissione Pisapia - per la riforma del codice penale (27 luglio 2006) - Relazione*, in www.giustizia.it.

⁷⁶⁷ L. WITGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, Frankfurt am Main, 1971, § 309, «Qual è il tuo scopo in filosofia? Indicare alla mosca la via d'uscita dalla trappola»; «*Was ist dein Ziel in der Philosophie? Der Fliege den Ausweg aus dem Fliegenglas zeigen*».

conducono solo ad un rafforzamento della stessa situazione, se una fatalità enantiodromica sembra far sì che esse peggiorino ciò che dovrebbero migliorare?»⁷⁶⁸

La metafora della trappola per le mosche sembra fornire un'efficace descrizione del paradosso dinanzi al quale si trova la politica criminale.

Regolatrice per difetto dei problemi sociali e mal equipaggiata per ricreare una pace durevole tra le parti, la giustizia penale sembra sempre più sterile e caratterizzata da scarse capacità creative; priva di quel «"senso di possibilità"»⁷⁶⁹ che dovrebbe guidare le scelte politico criminali. Alla giustizia penale si finisce, infatti, per attribuire «il compito di risolvere problemi sociali e politici di notevoli dimensioni e complessità, come la droga, l'immigrazione, la mafia, la corruzione dell'attività amministrativa, la tutela dell'ambiente e della salute, la moralizzazione delle competizioni sportive o la promozione del sentimento di sicurezza nelle città»⁷⁷⁰. Tutti compiti da assolvere con il medesimo strumento: la privazione di diritti individuali (libertà personale o patrimonio) che risulti tanto più incisiva quanto più è grave il fatto di reato commesso. Un unico strumento che dovrebbe, peraltro, essere idoneo a raggiungere ogni scopo punitivo e preventivo.

Come è stato osservato, più che individuare un obiettivo razionale attorno al quale costruire strumenti punitivi in grado di attuarlo, «l'accumulazione e il livellamento degli scopi attribuiti alla pena esprimono una non-scelta»⁷⁷¹. Una non-scelta che conserva, tuttavia, un assioma ben preciso: non importa quale sia lo scopo perseguito, la pena è e rimane un male inflitto in risposta al male del reato.

Risultato che sembra rappresentare un autentico paradosso se solo si pensa che il cui fine ultimo dell'interno sistema repressivo dovrebbe essere proprio la tutela di beni giuridici. Tutta quella carica preventiva, finalizzata a proteggere e garantire, si smarrisce dinanzi al commesso reato: la risposta punitiva si risolve in una ferita aggiuntiva che nulla ha a che fare con l'offesa generata dal reato⁷⁷². Una spada, quella del diritto penale, che viene spesso agitata senza risultati, lasciando un vuoto di effettività nella reazione repressiva⁷⁷³. E ciò non di meno, una spada che quando colpisce, lo fa con una carica di violenza aggravata dalle disfunzioni

⁷⁶⁸ P. WATZLAWICK, *La mosca e la trappola per le mosche*, in P. WATZLAWICK (a cura di), *La realtà inventata. Contributi al costruttivismo*, Milano, 2006, p. 213; G. STOLZENBERG, *Può un'indagine sui fondamenti della matematica dirci qualcosa di interessante sulla mente?*, in P. WATZLAWICK (a cura di), *La realtà inventata, cit.*, p. 219 ss.

⁷⁶⁹ G. FORTI, *L'immane concretezza, cit.*, p. 94 che riprende la riflessione di R. MUSIL, *L'uomo senza qualità*, I, Torino, 1957, p. 12.

⁷⁷⁰ M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi, cit.*, p. 656.

⁷⁷¹ T. PECH, *Genèse de la peine neutre*, in A. GARAPON, F. GROS, T. PECH, *Et ce sera Justice, Punir en démocratie*, Paris, 2001, p. 165.

⁷⁷² Cfr. M. DONINI, *Le logiche del pentimento, cit.*, p. 894.

⁷⁷³ M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi, cit.*, p. 637 osserva che «il principio che ispira la politica criminale sembra essere, piuttosto, quello di un diritto penale massimo (ma destinato a restare sulla carta) e di un diritto penale minimo *in the facts*».

del sistema punitivo e che, per questo motivo, genera una profonda impressione di incoerenza ed arbitrarietà.

Dinanzi alla crescente domanda di intervento nella vita sociale⁷⁷⁴, il diritto penale sembra in grado di offrire una risposta prevalente: la punizione del colpevole mediante un pena retributiva coperta da un fragile manto di prevenzione. Anche quando lo scopo annunciato (sul piano teorico) è preventivo, si produce un'immancabile divaricazione tra quest'ultimo e gli effetti concretamente generati dagli strumenti repressivi.

Un più largo ed incisivo ricorso ai classici strumenti sanzionatori, che si limitano a colpire il reo e a strumentalizzare a tal fine la vittima, non sembra essere in grado di ricostruire la pace sociale infranta dal reato⁷⁷⁵.

A volte la scelta apparentemente più "naturale", invece di condurre alla soluzione, è la trappola che mantiene in vita il problema. Davanti all'orizzonte limpido del collasso del sistema sanzionatorio, si può trovare la via d'uscita percorrendo il cammino inverso, in direzione della soluzione apparentemente controintuitiva?

Se il dibattito sullo scopo e sui contenuti della pena sembra intrappolato in un orizzonte segnato dall'idea di una pena come analogo negativo del reato, allora «solo una nuova logica può sconfiggere una logica vetusta»⁷⁷⁶: una logica che trasformi in positivo il rapporto di analogia reato-pena.

Come è stato acutamente rilevato, «se l'economia delle pena classica procede per sottrazione [...], l'economia ricostruttiva è deliberatamente additiva nel ricercare, al contrario, di rendere positiva l'esperienza sociale della delinquenza, nel proporre a ciascuno di innescare un circolo virtuoso»⁷⁷⁷.

⁷⁷⁴ Sul punto v. AA.VV., *Aux frontières de la justice, aux marges de la société, Une analyse en groupes d'acteurs et de chercheurs*, Gent, 2005.

⁷⁷⁵ Cfr. H. KURY, M. BRANDENSTEIN, T. YOSHIDA, *Kriminalpräventive Wirksamkeit härterer Sanktionen*, cit., p. 228 s.; in tal senso, quanto meno sul piano dell'affermazione di principio sembra interessante riportare i criteri guida nella commisurazione della pena fissati dalla *Section 718* del *Criminal Code of Canada*, in base al quale «*The fundamental purpose of sentencing is to contribute, along with crime prevention initiatives, to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives:*

(a) *to denounce unlawful conduct;*
(b) *to deter the offender and other persons from committing offences;*
(c) *to separate offenders from society, where necessary;*
(d) *to assist in rehabilitating offenders;*
(e) *to provide reparations for harm done to victims or to the community; and*
(f) *to promote a sense of responsibility in offenders, and acknowledgment of the harm done to victims and to the community.*».

⁷⁷⁶ P. RICOEUR, *op. cit.*, p. 35.

⁷⁷⁷ A. GARAPON, *La justice reconstructive*, in A. GARAPON, F. GROSS, T. PECH, *Et ce sera Justice, Punir en démocratie*, Paris, 2001, p. 308 s.

Un'idea di pena che sappia innovarsi, perdendo il suo carattere di esclusione e di volontaria inflizione di dolore, per dare spazio ad un intervento repressivo in grado di conciliare meglio la riprovazione del fatto commesso con la ricostruzione del tessuto sociale, potrebbe costituire un punto di partenza alternativo nel discorso sulla pena⁷⁷⁸. Più che segnare il venir meno di ogni scopo della pena, la condotta riparatoria può rappresentare a sua volta uno scopo che non si può certo definire estraneo all'obiettivo ultimo del diritto penale: la tutela di beni giuridici⁷⁷⁹.

La condotta riparatoria, nel recuperare un estremo tentativo di tutela dell'interesse leso, non sembra neppure determinare l'abbandono della funzione punitiva⁷⁸⁰ propria del diritto penale, ma semmai possiede un orientamento teleologico verso un obiettivo pratico quale è quello di riallacciare il nodo della solidarietà e della pace sociale, invece di tagliarlo con l'esclusione del reo dal consorzio umano⁷⁸¹. Una risposta che, in ultima analisi, offra non solo strumenti reali, più vicini alla dimensione umana e utili alla ricomposizione del tessuto sociale⁷⁸², dal momento che richiedono una presa di coscienza critica da parte del reo delle conseguenze sociali scaturite dal fatto reato commesso⁷⁸³, ma anche in grado garanti-

⁷⁷⁸ L. EUSEBI, *Ripensare*, p. 4938 ss. segnala la necessità di concepire una pena «che rappresenti una *chance* positiva per lo stesso autore di un fatto criminoso»; L. WALGRAVE, *Restorative Justice*, op. cit., p. 21; J. BRAITHWAITE, P. PETTIT, *Not Just Deserts. A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford, 1990, p. 127.

⁷⁷⁹ Cfr. L. EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa*, cit., p. 1113 dove sottolinea che «per definire giusta una determinata forma di risposta al reato *non si può prescindere*, in realtà, dalla riflessione intorno ai modi attraverso i quali attuare il *bonum commune* – di cui è parte anche il bene dell'agente di reato e cui non è certamente estraneo l'obiettivo della prevenzione – con riguardo al problema criminale».

⁷⁸⁰ Critico sul punto F. PALAZZO, *Principi fondamentali*, cit., p. 571 s., il quale rileva che «i caratteri fondamentali della sanzione ripristinatoria sono quanto di più lontano si possa immaginare dalle caratteristiche funzionali e di disciplina proprie della sanzione penale: basti pensare per tutti che al fatto che il contenuto afflittivo della sanzione ripristinatoria non è parametrato sulla colpevolezza, rimanendo almeno tendenzialmente indifferente addirittura alla realizzazione colposa o dolosa dell'illecito. Senza contare, poi, che tale contenuto afflittivo è *interamente* condizionato e 'conformato' dalla dimensione e dalle caratteristiche assunte *in concreto* dalla violazione, con una implicita rinuncia del legislatore a 'pre-formare' il contenuto della sanzione, che suona antinomica con le esigenze più profonde e sostanziali della legalità penale».

⁷⁸¹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il «Crucifige!» e la democrazia*, Torino, 1995, propone un'immagine della giustizia che, invece di riequilibrare semplicemente una bilancia, sia in grado di riallacciare con un nodo il tessuto sociale strappato dalla commissione di un fatto di reato; in tal senso anche C. E. PALIERO, *La mediazione penale*, cit., p. 113 indica nella «terza via» riformista, in grado di conciliare diritto penale e giustizia riparativa, quella «orientata alla pura e pragmatica razionalità di scopo che tipicamente orienta – dovrebbe orientare – il sistema penale, quale strumento laicamente orientato ai soli fini di utilità sociale, secondo il criterio [...] «del minimo mezzo per il massimo risultato»; l'A. ritiene che la riparazione possa «*esaurire* il disvalore del fatto e paralizzare la pretesa punitiva» (p. 121).

⁷⁸² L. EUSEBI, *ibidem*.

⁷⁸³ In tal senso il giudice della Corte suprema canadese *C.J. Lamer*, nella sentenza *R. v. Proulx* (2000), 140, C.C.C. (3d) 449, 18, ha osservato che «lo scopo fondamentale della giustizia riparatoria consiste nel porre rimedio agli effetti negativi provocati in seguito alla commissione di atti cri-

re maggiore effettività nella risposta al reato: quella stessa effettività che rappresenta uno degli obiettivi di politica criminale più invocati nell'attuale momento storico⁷⁸⁴.

minosi, in modo da soddisfare le esigenze di tutte le parti coinvolte e tutelate dal sistema di giustizia penale: la vittima, la comunità e lo stesso autore del reato. Tale obiettivo viene realizzato attraverso la riabilitazione del condannato e il connesso riconoscimento, da parte del soggetto, della propria responsabilità in ordine al danno arrecato alla vittima o alla comunità, e mediante la equa riparazione del torto subito dalla vittima e dalla società» così come citato e tradotto da A. SCERBO, *Culture e discipline*, cit., p. 166; sul punto cfr. L. BISORI, *Gli istituti ripristinatori*, cit., p. 597 ss.

⁷⁸⁴ Cfr. D. PULITANÒ, *Per una nuova 'politica del diritto penale', oltre la logica dello scontro tra magistratura e classe politica*, in www.penalecontemporaneo.it, osserva che «sul piano del diritto penale sostanziale, le linee di fondo dovrebbero essere, da un lato, la riduzione dell'area del penalmente rilevante e soprattutto la riduzione della pena carceraria; dall'altro lato una maggiore effettività delle risposte al reato, non solo quelle specificamente penalistiche, ma anche quelle mirate al risarcimento del danno e alla riparazione dell'offesa».

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI.

- AA. VV., *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*, WODC, Den Haag, 2010
- AA. VV., (a cura di G. FIANDACA, C. VISCONTI), *Punire Mediare Riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Torino, 2009
- AA.VV., *Aux frontières de la justice, aux marges de la société, Une analyse en groupes d'acteurs et de chercheurs*, Gent, 2005
- AA. VV. (a cura di L. EUSEBI), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989
- M. F. AEBI, M. KILLIAS, C. TAVARES, *Comparing crime rates: the International Crime (Victim) Survey, The European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics and Interpol Statistics*, in *International Journal of Comparative Criminology*, 2002, p. 22
- H. J. ALBRECHT, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, eine vergleichende theoretische und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmaßes*, Berlin, 1994
- H. J. ALBRECHT, *Legalbewährung bei zu Geldstrafe und Freiheitsstrafe Verurteilten*, Freiburg, 1982
- H.-J. ALBRECHT, A. VAN KALMTHOUT (a cura di), *Community sanctions and Measures in Europe and North America*, Freiburg, 2002
- A. ALESSANDRI (a cura di), *Un'indagine empirica presso il Tribunale di Milano: le false comunicazioni sociali*, Milano, 2011
- A. ALESSANDRI, *Delitti e pene nello scenario della crisi*, in *Giur. comm.*, 2010, p. 671
- A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010
- A. ALESSANDRI, *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro, un'introduzione*, in AA. VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009, 15
- A. ALESSANDRI, *Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, in *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, p. 925
- A. ALESSANDRI, *Parte generale*, in PEDRAZZI, ALESSANDRI, FOFFANI, SEMINARA, SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa, parte generale e reati fallimentari*, 2003, p. 1
- A. ALESSANDRI, *Alcune considerazioni generali sulla riforma*, in ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società, D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Milano, 2002, p. 3
- A. ALESSANDRI, *Il ruolo del danno patrimoniale dei nuovi reati societari*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 797

- A. ALESSANDRI, *Riflessioni sulla nuova disciplina penalistica*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, Milano, 2002, p. 25
- A. ALESSANDRI, *La legge delega n. 366 del 2001: un congedo dal diritto penale societario*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1545
- A. ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984
- F. A. ALLEN, *The Decline of the Rehabilitative Ideal*, New Haven, 1981
- G. AMARELLI, *L'oblazione discrezionale non è "alternativa" al meccanismo estintivo delle contravvenzioni lavoristiche*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2998
- G. AMARELLI, *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza del lavoro*, Napoli, 2008
- G. AMARELLI, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino, 2006
- G. AMATO, *La sostituzione della pena con il lavoro di pubblica utilità alla prova della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 325
- M. ANCEL, *La nuova difesa sociale*, Milano, 1966
- J. ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione*, in M. ROMANO, F. STELLA (in a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 33
- J. ANDENAES, *Punishment and deterrence*, Ann Arbor, 1974
- J. ANDENAES, *The moral or educative influence of criminal law*, in *Punishment and Deterrence*, The University of Michigan, 1974, p. 122
- N. K. ANDROULAKIS, *Über den Primat der Strafe*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1996, p. 305
- F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003
- H. ARENDT, *Responsabilità e giudizio*, Torino, 2003
- A. BARATTA, *Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal*, in *Déviance et société*, 1991, p. 17
- R. BARTOLI, *Contributo alla riforma degli istituti sospensivi della pena (alla luce degli ultimi progetti per un nuovo codice penale)*, in F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Certezza o flessibilità della pena?, verso la riforma della sospensione condizionale*, Torino, 2007, p. 26
- R. BARTOLI, contraddittore a D. FONDAROLI *Profili problematici del risarcimento e della riparazione come strumenti penalistici "alternativi"*, in E. VENAFRO, C. PIEMONTESE (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2005, p. 151
- R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il Giudice di Pace nella giurisdizione penale*, Torino, 2001, p. 377
- R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 173

- K.-H. BAUMANN, W. MAETZE, H.-G. MEY, *Zur Rückfälligkeit nach Strafvollzug. Le-galbewährung von männlichen Strafgefangenen nach Durchlaufen des Einweisungsver-fahrens gemäß § 152 Abs. 2 Strafvollzugsgesetz in Nordrhein-Westfalen*, in *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1983, p. 133 ss.
- C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1987
- U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000
- G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Milano, 1939
- W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, in ID. *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, Torino, 1995, p. 5
- J. BENTHAM, *An introduction to the principles of morals and legislation*, New York, 1948
- G. B. BERTOLINI, *Obblighi imposti ai sensi dell'art. 165 c.p. e principio di legalità*, in *Giur. merito*, 1995, p. 105
- M. BERTOLINO, *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1070
- C. BESOZZI, *Rückfall nach Strafvollzug: Eine empirische Untersuchung*, in K.-L. KUNZ (a cura di), *Die Zukunft der Freiheitsstrafe, Kriminologische und rechtsvergleichende Perspektiven*, Bern, Stuttgart, 1989, p. 115
- G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1978
- G. BETTIOL, *Dal diritto penale al diritto premiale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 701
- D. BEYLEVELD, *Identifying, Explaining and Predicting Deterrence*, in *British Journal of Criminology*, 1979, p. 205
- K. BINDING, *Grundriss des Deutschen Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Leipzig, 1907
- L. BISORI, *Gli istituti ripristinatori nel diritto penale ambientale*, in S. GRASSI, M. CEC-CHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto, II*, Firenze, 1999, p. 597
- A. BLUMSTEIN, A. J. BECK, *Population Growth in U.S. Prisons, 1980-1996*, in *Crime and Justice: A Review of Research*, 1999, p. 17
- N. BOBBIO, *Sulle sanzioni positive*, in *Scritti dedicati ad Alessandro Raselli*, Milano, 1971, vol. I, p. 227
- N. BOBBIO, *Sanzione*, in *Nov. Dig. It.*, vol. XVI, Torino, 1969, p. 531
- D. BODDE, C. MORRIS, *Law in Imperial China*, Cambridge, 1967
- U. V. BONDESON, *Global Trends in Corrections*, in U. V. BONDESON (a cura di), *Crime and Justice in Scandinavia*, København, 2005, p. 33
- U. V. BONDESON, *Alternatives to imprisonment, Intentions and Reality*, New Brunswick, 2002

- L. BONTEMPI, sub *Art. 162-bis*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2011
- M. BORTOLATO, *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradinganti (La Cedu condanna l'Italia per le condizioni dei detenuti)*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 111
- J. BRAITHWAITE, P. PETTIT, *Not Just Deserts. A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford, 1990
- B. F. BRÄGGER, sub *Art. 38-40*, in M. A. NIGGLI, H. WIPRÄCHTIGER (a cura di), *Straf-recht I, Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz, Basler Kommentar*, Basel, 2007, p. 695
- R. BRICHETTI, *Le fattispecie di non punibilità conseguenti alle restituzioni od al risarcimento del danno*, in A. GIARDA, S. SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, p. 757
- F. BRICOLA, *La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista*, in F. D. BUSNELLI, G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 27 ss.
- F. BRICOLA, *Diritto premiale e sistema penale*, in *Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penali* (Como 26-27 giugno 1981), Milano, 1983, p. 121 ss.; ora anche in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I/II, 1997, p. 1459
- F. BRICOLA, *Crisi del welfare state e sistema punitivo*, in *Pol. dir.*, 1982, p. 65 ss.; ora anche in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I/II, 1997, p. 1429
- F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale*, in M. DE ACUTIS, G. PALOMBARINI, *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, Atti del Convegno, Abano terme, 10-12 dicembre 1982, Padova, 1984, p. 3 ss.; ora anche in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I/II, 1997, p. 1475
- F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 445 ss.; ora anche in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I/II, 1997, p. 1407
- F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, 2° e 3° comma, Cost. rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.*, 1980, p. 179 ss.; ora in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I/II, Milano, 1997
- F. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una "nuova" politica criminale*, in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1977, p. 363
- F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, 1973
- F. BRICOLA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della sanzione criminale (natura e profili costituzionali)*, in *Monitor dei tribunali*, 1968; ora in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I/I, Milano, 1997, p. 463
- F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale, nozione e aspetti*, Milano, 1965
- G. BRITZ, *Strafe und Schmerz – eine Annäherung*, in *Grundfragen staatlichen Strafes, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, München 2001, p. 73 ss.

- J. BOSCH, *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in Italien*, in H. H. JESCHECK (a cura di), *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht*, Vol. 1, Baden-Baden, 1984, p. 328
- D. BRUNELLI, *Il congedo della pena detentiva nel microsistema integrato del diritto penale "mite"*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace, un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, 2001, p. 401
- J. BUNG, *Nietzsche über die Strafe*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2007, p. 120 ss.
- P. BUSCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Costituzioni straniere contemporanee*, vol. I, *Le Costituzioni di dieci Stati di "democrazia stabilizzata"*, Milano, 1994
- S. BUZZELLI, C. PECORELLA, *Il caso scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 389
- G. CANEPA, *Perizia psichiatrica e perizia criminologica*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Milano, 2000, p. 905
- F. CAPRIOLI, *Processo penale e commisurazione della pena*, in M. PAVARINI (a cura di), *Silète poenologi in munere alieno!, teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Bologna, 2006, p. 135
- M. CAPUTO, *Le circostanze attenuanti generiche tra declino e camouflage*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 182
- M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009
- F. CASCINI, *Il carcere. I numeri, i dati, le prospettive*, in *Quest. giust.*, 2010, p. 50
- A. CASTALDO, *Contenuto sanzionatorio e «trattamento» nella «nuova» sospensione condizionale: un'applicazione in tema di reati edilizi*, in *Arch. pen.*, 1984, p. 551
- L. CASTELLANO, D. STASIO, *Diritti e castighi, Storie di umanità cancellata in carcere*, Milano, 2009
- J.-F. CAUCHIE, *Peines de travail, Justice pénale en innovation*, Bruxelles, 2009
- A. CERETTI, F. DI CIÒ, G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze pratiche a confronto*, in F. SCAPARRO (a cura di), *Il coraggio di mediare. Contesti, teorie e pratiche di risoluzione alternative delle controversie*, Milano, 2001, p. 307
- A. CERETTI, L. NATALI, *Cosmologie violente, Percorsi di vite criminali*, Milano, 2009
- L. D. CERQUA, *La rilevanza delle condotte riparatorie dell'imputato con riferimento ai reati di pericolo*, in *Il Giudice di pace*, 2009, p. 79
- N. CHRISTIE, *Utility and Social Values in Court Decisions on punishment*, in R. G. HOOD (a cura di), *Crime, Criminology and Public Policy. Essays in Honour of Sir Leon Radznowicz*, London, 1974, p. 290
- J. CID, E. LARRAURI, *Spanien*, in F. DÜNKEL, T. LAPPI-SEPPÄLÄ, C. MORGENSTERN, D. VAN ZYL SMIT (a cura di), *Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktions-*

- praxis und Gefangenenraten im europäischen Vergleich*, vol. 2, Mönchengladbach, 2010, p. 779
- R. G. V. CLARKE, *Situational Crime Prevention*, in *Crime and Justice: A Review of Research*, 1995, p. 91
- G. COCCO, *Manuale di diritto penale, parte generale - II, punibilità e pene*, Padova, 2009
- S. CORBETTA, *op La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 134
- H. CORNEL, *Gemeinnützige Arbeit Abwendung der Vollstreckung con Ersatzfreiheitsstrafen und als selbständige Sanktion*, in W. PRITZWITZ, M. BAURMANN, K. GÜNTHER (a cura di), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden Baden, 2002, p. 821
- H. CORNEL, *Psychoanalytische Soziotherapie – Konzeption, Praxis und Evaluation*, in *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse, Band IV: Legalbewährung und Ich-Struktur*, Baden-Baden, 1998, p. 120
- H. CORNEL, G. KAWAMURA-REINDL, B. MAECKLICHE, B. RÜDEGER SONNEN, *Resozialisierung, Handbuch*, Baden-Baden, 2009
- R. CORNELLI, *L'andamento dei furti in Italia*, in A. CERETTI, R. CORNELLI (a cura di), *Proprietà e sicurezza, La centralità del furto per la comprensione del sistema penale tar-do-moderno*, Torino, 2007
- F. COZZI, A. TRINCI, *La sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità per i reati di guida in stato di ebbrezza o di intossicazione da sostanze stupefacenti*, in www.penalecontemporaneo.it
- A. CRESPI, *Le argomentazioni “en forme de poire” e i nuovi itinerari della pecunia doloris*, in *Riv. società*, 2007, 1359 ss.
- C. DE MAGLIE, *sub Art. 165*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2011
- C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *La riforma del codice penale, la parte generale*, in *Quaderni di Cassazione penale*, Milano, 2002
- J. DE SOUSA E BRITO, *Strafzwecke im Rechtsstaat*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, p. 306
- G. DE VERO, *Prevenzione generale e “condanna dell’innocente”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 990
- G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2004
- P. DÉCARPES, *Frankreich*, in F. DÜNKEL, T. LAPPI-SEPPÄLÄ, C. MORGENSTERN, D. VAN ZYL SMIT (a cura di), *Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis und Gefangenenraten im europäischen Vergleich*, vol. 1, Mönchengladbach, 2010, p. 367
- G. DEL VECCHIO, *Sul fondamento della giustizia penale e sulla riparazione del danno*, Milano, 1958
- G. DEL VECCHIO, *Sul fondamento della giustizia penale*, in *Arch. pen.*, 1945, p. 93

- A. DELLA BELLA, *Three Strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 832
- A. DELLA BELLA, *Il ruolo dell'affidamento in prova nella crisi di certezza e di effettività della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1492
- F. DELLA CASA, *Approvata la legge c.d. svuotacarceri: un altro "pannicello calso" per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario?*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 5
- F. DELLA CASA, *Affidamento in prova al servizio sociale o (pura e semplice) "pay-back sanction"? Equivoci sul significato dell'art. 47 comma 7 ord. penit.*, in *Legisl. pen.*, 2004, p. 381
- F. DELLA CASA, *Misure alternative ed effettività della pena: una ricognizione della situazione odierna e delle prospettive di riforma*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 85
- G. P. DEMURO, *Diritto penale e risarcimento del danno: la tutela del bene giuridico concretamente leso*, in *Riv. pen.*, 1994, p. 1201
- A. DI MARTINO, *La sequenza infranta, profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998
- I. DIAMANTI, *È ora di restituire lo Stato ai cittadini*, in *la Repubblica*, 9.1.2012, p. 1
- J. DIGNAN, M. CAVADINO, *England/Wales*, in F. DÜNKEL, T. LAPPI-SEPPÄLÄ, C. MORGENSTERN, D. VAN ZYL SMIT (a cura di), *Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis und Gefangenenraten im europäischen Vergleich*, vol. 1, München/Ladbach, 2010, p. 235
- E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato: un'irrinunciabile utopia?*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 dicembre 2011
- E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 515
- E. DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1073
- E. DOLCINI, *Riflessioni sull'evoluzione della pena in Italia*, in A. CERETTI (a cura di), *Pena controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland, Atti del convegno in onore di David Garland, Università di Milano-Bicocca, 1 marzo 2004*, Milano, 2005, p. 113
- E. DOLCINI, *Il castigo sia moderato, ma certo*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 31 ss.
- E. DOLCINI, *La riforma della parte generale del codice e rifondazione del sistema sanzionatorio penale*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *La riforma del codice penale, la parte generale*, Milano, 2002, p. 197
- E. DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 10

- E. DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 857
- E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 55
- E. DOLCINI, *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 261
- E. DOLCINI, *La commisurazione della pena, la pena detentiva*, Padova, 1979
- E. DOLCINI, *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 469; ora in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, p. 165
- E. DOLCINI, *Lavoro libero e controllo sociale: profili comparatistici e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 479
- M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, p. 889
- M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2003
- M. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in ID., *Alla ricerca di un disegno, Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 386
- M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in ID., *Alla ricerca di un disegno, Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 358
- M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996
- F. DOSTOEVSKIJ, *Memorie di una casa morta*, Milano, 2004
- R. A. DUFF, D. GARLAND, *Introduction: thinking about punishment*, in R.A. DUFF, D. GARLAND (a cura di), *A Reader on Punishment*, Oxford, 1994, p. 6
- R. A. DUFF, *Punishment, Expression and Penance*, in H. JUNG (a cura di), *Recht und Moral, Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden-Baden, 1991, p. 236
- F. DÜNKEL, C. MORGENSTERN, *Deutschland*, in F. DÜNKEL, T. LAPPI-SEPPÄLÄ, C. MORGENSTERN, D. VAN ZYL SMIT (a cura di), *Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis und Gefangeneneraten im europäischen Vergleich*, vol. 1, Mönchengladbach, 2010, p. 97
- F. DÜNKEL, G. GENG, *Fakten zur Überlegung im Strafvollzug und Wege zur Reduzierung von Gefangeneneraten*, in *Neue Kriminalpolitik*, 2003, p. 148
- E. DURKHEIM, *La division du travail social. Etude sue l'organisation de sociétés supérieures*, Paris, 1973
- U. EBERT, *Talion und Vergeltung im Strafrecht – ethische, psychologische und historische Aspekte*, in H. JUNG (a cura di), *Recht und Moral, Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden-Baden, 1991, p. 249
- N. ELIAS, *Über den Prozeß der Zivilisation*, Frankfurt am Main, 1969

- H. ELLGER, *Der Erziehungszweck im Strafvollzug*, Halle, 1922
- L. EUSEBI, *Quale oggetto dell'abolizionismo penale? Appunti nel solco di una visione alternativa della giustizia*, in *Studi sulla questione criminale*, 2011, p. 81
- L. EUSEBI, *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato: un obiettivo rilevante per l'ordinamento giuridico?*, in *Criminalia*, 2010, p. 637
- L. EUSEBI, *Ripensare le modalità della risposta ai reati traendo spunto da C. Eur. Dir. Uomo 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4938
- L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in M. PAVARINI (a cura di), *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Bologna, 2006, p. 67 ss., anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1157 ss.
- L. EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1109 ss.
- L. EUSEBI, *Giustizia conciliativa e discrezionalità nel sistema penale*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Milano, 2005, p. 55
- L. EUSEBI, *La privazione della libertà nel diritto penale e la Costituzione (sull'esigenza di un ripensamento delle strategie preventive)*, in *Quest. giust.*, 2004, p. 473
- L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in A. STILE (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale: la posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2003, p. 514 ss.; anche in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa", Il volto delineato dalla legge sulla competenza del giudice di pace*, Milano, 2002, p. 17
- L. EUSEBI, *Forme e problemi della premialità nel diritto penale*, in *Studium iuris*, 2001, p. 273
- L. EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 811
- L. EUSEBI, *La pena «in crisi». Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990
- L. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 93
- L. EUSEBI, *Prescrizioni a carico del condannato e sospensione condizionale della pena. Spunti di riflessione dai modelli tedesco occidentale ed austriaco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 1148
- J. FEINBERG, *The expressive function of punishment*, in R.A. DUFF, D. GARLAND (a cura di), *A Reader on Punishment*, Oxford, 1994, p. 73 ss.
- L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2000

- G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2012
- G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2008
- G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 131
- G. FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in *Questione giustizia*, 1991, p. 46
- G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi Nuvolone*, vol. I, Milano, 1991, p. 167
- G. FIANDACA, *sub Art. 27, c. 3*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, p. 222
- G. FIANDACA, *Repressione penale dell'ubriachezza e violazione del principio di uguaglianza*, in *Foro it.*, 1982, I, 1788
- G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003
- C. FIORE, S. MOCCIA, A. CAVALIERE, *Quale riforma del codice penale?*, Napoli, 2009
- L. FOFFANI, *Rilievi critici in tema di riforma del diritto societario*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1197
- D. FONDAROLI, *Illecito Risarcimento e/o riparazione del danno e/o dell'offesa nel diritto penale: una questione di inalterata attualità*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, p. 1015
- D. FONDAROLI, *Profili problematici del risarcimento e della riparazione come strumenti penalistici "alternativi"*, in E. VENAFFRO, C. PIEMONTESE (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2005, p. 137
- D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999
- M. FORMICA, *sub Disposizioni penali e di procedura penale*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *La nuova sicurezza sul lavoro, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche*, vol. III, *Norme penali e processuali*, Bologna, 2011, p. 305
- G. FORTI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 597
- G. FORTI, *La riforma del codice penale nella spirale dell'insicurezza: i difficili equilibri tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 39
- G. FORTI, *L'immane concretezza, metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000

- G. FORTI, *Tra criminologia e diritto penale: «cifre nere» e funzione generalpreventiva della pena*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 53
- G. FUMASOLI, *Ursprünge und Anfänge der Schellenwerke. Ein Beitrag zur Frühgeschichte des Zuchthauswesens*, Zurich, 1981
- M. FOUCAULT, *Alternatives à la prison : diffusion ou décroissance du contrôle social*, in *Criminologie*, 1993, p. 25
- M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, 1975
- N. FRIZE, *Le sens de la peine. État de l'idéologie carcérale*, Paris, 2004
- U. GALIMBERTI, *I miti del nostro tempo*, Milano, 2009
- M. GALLO, *L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 3203
- A. GARAPON, *La justice reconstructive*, in A. GARAPON, F. GROSS, T. PECH, *Et ce sera Justice, Punir en démocratie*, Paris, 2001, p. 308
- J. GARDE-SCHMITZ, *Täter-Opfer-Ausgleich, Wiedergutmachung und Strafe im Strafrecht*, Hamburg, 2006
- A. GARGANI, *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1259
- D. GARLAND (trad. a cura di A. Ceretti), *La cultura del controllo, Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano, 2004
- D. GARLAND, *Punishment and Modern Society*, Oxford, 1990, p. 196
- G. GATTA, *L'obbligo del lavoro nella sospensione condizionale riformata*, in *Corr. merito*, 2006, p. 329
- G. GEMMA, *Principio costituzionale di eguaglianza e remissione della sanzione, clemenza e autorizzazione a procedere alla luce dell'art. 3 della Costituzione*, Milano, 1983
- T. GIACOMETTI, *La tutela penale del capitale sociale*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Reati in materia economica*, in F. PALAZZO, C. E. PALIERO (a cura di), *Trattato teorico pratico di diritto penale*, vol. VIII, Torino, 2012, in corso di pubblicazione
- E. GIAVAZZI, *Le sanzioni interdittive e la pubblicazione della sentenza penale di condanna*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti, D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2002, p. 117
- F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 343
- F. GIUNTA, *I nuovi orizzonti della sospensione condizionale della pena alla luce della legge 11 giugno 2004, n. 145*, in *Studium iuris*, 2004, p. 1335
- F. GIUNTA, *Le sanzioni*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il Giudice di Pace nella giurisdizione penale*, Torino, 2001, p. 399

- F. GIUNTA, *La giurisdizione penale di pace. Profili di diritto sostanziale*, in *Studium iuris*, 2001, p. 395
- F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 414
- F. GIUNTA, voce *Sospensione condizionale della pena*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990, p. 87
- L. GOISIS, *La pena pecuniaria: un'indagine storica e comparata*, Milano, 2008
- D. GOLASH, *The Case against Punishment, Retribution, Crime Prevention and the Law*, New York, 2005
- E. GRANDE, *Il terzo stike, La prigionia in America*, Palermo, 2007
- G. GRASSO, *La riforma del sistema sanzionatorio: le nuove pene sostitutive della detenzione di breve durata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 1411
- D. F. GREENBERG, *Novos ordo saecolorum?*, in D. GARLAND (a cura di), *Mass Imprisonment. Social Causes and Consequences*, London, 2001, p. 70
- D. F. GREENBERG, *Punishment, Division of Labor, and Social Solidarity*, in W. S. LAUFER, F. ADLER (a cura di), *The Criminology of Criminal Law. Advances in Criminological Theory*, vol. 8, Piscataway, 1999, p. 283
- V. GREVI, sub *Art. 1*, in F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2011
- V. GREVI (a cura di), *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Bologna, 1982
- F. GROS, *Foucault et «la société punitive»*, in *Pouvoirs*, 135, 2010, § 5
- F. GROSS, *Punir c'est rappeler la loi*, in A. GARAPON, F. GROSS, T. PECH, *Et ce sera Justice, Punir en démocratie*, Paris, 2001, p. 137
- S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace, un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, 2001, p. 497
- K. GÜNTHER, *Die Symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe, Eine neue Stratheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?*, in W. PRITTWITZ, M. BAURMANN, K. GÜNTHER (a cura di), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden Baden, 2002, p. 205
- G. HAFFKE, *Die Legitimation des staatlichen Strafrechts zwischen Effizienz, Freiheitsverbürgung und Symbolik*, in B. SCHÜNEMANN, H. ACHENBACH, B. HAFFKE (a cura di) *Festschrift für Klaus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2001, p. 955
- B. HAFFKE, *Problemaufriss; Die Bedeutung der sozialpsychologischen Funktion der Schuld und Schuldunfähigkeit für die strafrechtliche Schuldlehre*, in W. HASSEMER, K. LÜDERSSEN, *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, München, 1978, p. 153
- H. L. A. HART, *Prologomena zu einer Theorie der Strafe*, in H. L. A. HART (a cura di), *Recht und Moral*, 1971, p. 58
- H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, 1968, (trad. a cura di M. Jori), *Responsabilità e pena*, Milano, 1981

- H. L. A. HART, *The concept of law*, Oxford, 1994
- W. HASSEMER, *Warum Strafe sein muss*, Berlin, 2009
- W. HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht*, in *Strafverteidiger*, 2006, p. 322
- W. HASSEMER, *Darf der strafende Staat Verurteilte bessern wollen? Resozialisierung im Rahmen positiver Generalprävention*, in W. PRITTWITZ, M. BAURMANN, K. GÜNTER (a cura di), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden Baden, 2002, p. 225
- W. HASSEMER, *Freiheitliches Strafrecht*, Berlin, 2001
- W. HASSEMER, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 1992, 398
- W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1981
- G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Hamburg, 1955
- W. HEINZ, *Was ist strafe? Eine empirische Annäherung*, in H. MÜLLER-DIETZ, E. MÜLLER, K.-L. KUNZ, H. RADTKE, G. BRITZ, C. MOMSEN, H. KORIATH (a cura di), *Festschrift für Heike Jung*, Baden-Baden, 2007, p. 273
- W. HEINZ, *Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882 - 2004*, www.uni-konstanz.de/rtf/kis/sanks04.htm
- R. D. HERZBERG, *Grund und Grenzen der Strafbefreiung vom Rücktritt com Versuch – von der Strafzwecklehre zur Schuldverfüllungstheorie*, F. KÜPER, I. PUPPE, J. TENC-KHOFF (a cura di), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Berlin, New York, 1987, p. 325
- J.-B. HERZOG, *Le programme minimum de la Société Internationale de Défense Sociale*, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1954, p. 807
- G. HÜSLER, J. LOCHER, *Kurze Freiheitsstrafen und Alternativen. Analyse der Sanktionspraxis und Rückfall-Vergleichsuntersuchung*, Bern, Stuttgart, 1991
- A. INGRASSIA, *Il tortuoso percorso della giurisprudenza di legittimità sulla omessa bonifica: dal "silenzio inevitabile" della norma penale simbolica al "canto delle sirene" della "giustizia tutta intera"*, in *Riv. giur. dell'ambiente*, 2011, p. 270
- A. INGRASSIA, *Lavoro di pubblica utilità: una prima significativa svolta nella prassi milanese*, in www.penalecontemporaneo.it, 2012
- B. JACKSON, *Pictures from a drawer, prison and the art of portraiture*, Philadelphia, 2009
- B. JACKSON, *In the Life*, New York, Chicago, San Francisco, 1972
- G. JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004
- G. JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, Opladen, 1993
- G. JAKOBS, *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1995, p. 843

- J.-M. JEHLE, H.-J. ALBRECHT, S. HOHMANN-FRICKE, C. TETAL, (in collaborazione con il Bundesamt für Justiz), *Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine Bundesweite Rückfalluntersuchung 2004 bis 2007*, Berlin, 2010
- H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996
- H.-H. JESCHECK, *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in rechtsvergleichender Darstellung*, in H.-H. JESCHECK (a cura di), *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht*, vol. 3, Baden-Baden, 1984, p. 1937
- H.-H. JESCHECK, *Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1981, p. 3
- C. G. JUNG, (traduzione it. a cura di B. VENEZIANI), *Psicologia e religione*, Milano, 1948
- H. JUNG, *Was ist Strafe?*, Baden-Baden, 2002
- H. JUNG, *Die "European Rules on community Sanctions and Measures"*, in W. FEUERHELM, H.-D. SCHWIND, M. BOCK (a cura di), *Festschrift für Alexander Böhm*, Berlin, 1999, p. 69
- H. JUNG, *Sanktionensysteme und Menschenrechte*, Bern, Stuttgart, Wien, 1992
- G. KAISER, *Kriminologie*, Heidelberg, 1996
- E. KANT, *Metaphysik der Sitten*, in *Kant Werke, Band 7, Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie, Zweiter Teil*, Darmstadt, 1983, E. KANT (trad. it. a cura di G. Vidari), *La metafisica dei costumi*, Roma-Bari, 2004
- G. KELLENS, *La mesure de la peine. Précis de pénologie et de droit des sanctions pénales*, Liège, 1991
- M. KILLIAS, A. KUHN, N. DONGOIS, M. F. AEBI, *Précis de droit pénal général*, Bern, 2008
- F. KING, *sub Art. 132*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2011
- F. KING, *sub Art. 133*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2011
- K. KÜHL, *Zum Missbilligungscharakter der Strafe*, in J. ARNOLD (a cura di), *Menschenrechtliches Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München, 2005, p. 149
- K. KÜHL, *Die ethisch-moralischen Grundlagen des Strafrechts*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2004, p. 870
- K.-L. KUNZ, *Zwei Schritte vor und (mindestens) einen zurück*, in H. MÜLLER-DIETZ, E. MÜLLER, K.-L. KUNZ, H. RADTKE, G. BRITZ, C. MOMSEN, H. KORIATH (a cura di), *Festschrift für Heike Jung*, Baden-Baden, 2007, p. 470
- K.-L. KUNZ, *Muss Strafe wirklich sein? Einige Überlegungen zur Beantwortbarkeit der Frage und zu den Konsequenzen daraus*, in AA. VV., *Muss Strafe sein? Kolloquium zum 60. Geburtstag von Herrn Professor Dr. Dr. h. c. Heike Jung*, Baden-Baden, 2004, p. 71

- H. KURY, M. BRANDENSTEIN, T. YOSHIDA, *Kriminalpräventive Wirksamkeit härterer Sanktionen – Zur neuen Punitivität im Ausland (USA, Finnland und Japan)*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2009, p. 190
- P. A. LANGAN, D. P. FARRINGTON, *Crime and Justice in the United States and England and Wales, 1981-96*, 1998
- N. LANGUIN, J. KELLERHALS, CH.-N. ROBERT, *L'art de punir. Les représentations sociales d'une «juste» peine*, Genève-Zürich-Bâle, 2006
- T. LAPPI-SEPPÄLÄ, *Finnland*, in F. DÜNKEL, T. LAPPI-SEPPÄLÄ, C. MORGENSTERN, D. VAN ZYL SMIT (a cura di), *Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis und Gefangenenraten im europäischen Vergleich*, vol. 1, Mönchengladbach, 2010, p. 299 ss.
- T. LAPPI-SEPPÄLÄ, *Vertrauen, Wohlfahrt und politikwissenschaftliche Aspekte - Vergleichende Perspektiven zur Punitivität*, in F. DÜNKEL, T. LAPPI-SEPPÄLÄ, C. MORGENSTERN, D. VAN ZYL SMIT (a cura di), *Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis und Gefangenenraten im europäischen Vergleich*, vol. 2, Mönchengladbach, 2010, p. 947
- T. LAPPI-SEPPÄLÄ, *Reducing the Prison Population – Long-term Experiences from Finland*, in U. V. BONDESON (a cura di), *Crime and Justice in Scandinavia*, København, 2005, p. 386 ss.
- S. LARIZZA, *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 122
- F. LEONARDI, *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale e abbattimento della recidiva*, in *Rass. pen. crim. e crim.*, 2007, p. 7
- I. LEONCINI, *L'obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace, un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, 2001, p. 441
- N. A. LEYENDECKER, *(Re)Sozialisierung und Verfassungsrecht*, Berlin, 2002
- K. LIEBKNECHT, *Gegen die Freiheitsstrafe. Ein Entwurf*, in *Gesammelte Reden und Schriften*, Band IX, Berlin, 1982, p. 395
- K. LÜDERSSEN, *Im Zweifel gegen den Täter?*, in *F.A.Z.*, 16.6.2011, p. 10
- K. LÜDERSSEN, *Muss Strafe sein? Das Strafrecht auf dem Weg in die Zivilgesellschaft*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, 2010, p. 468
- K. LÜDERSSEN, *Moderne Wege kriminalpolitischen Denkens – Einführende Bemerkungen zum gesamten Werk*, in *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse, Band I: Legitimationen*, Baden-Baden, 1998, p. 63
- K. LÜDERSSEN, *Abschaffen des Strafens*, Frankfurt am Main, 1995
- K. LÜDERSSEN, *Die Krise des öffentlichen Strafanspruch*, Frankfurt am Main, 1989

- V. MAGRO SERVET, *La ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, in Las penas y sus alternativas*, Madrid, 2005, p. 13
- A. MANNA, *Il risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, in *Ind. pen.*, 1991, p. 591
- G. MANNOZZI, *La giustizia riparativa: percorsi evolutivi culturali, giuridici e sociali*, in F. PALAZZO, R. BARTOLI (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, 2011, p. 27
- G. MANNOZZI, *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1129
- G. MANNOZZI, *La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme*, in G. MANNOZZI (a cura di), *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Milano, 2004, p. 42
- G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, 2003
- G. MANNOZZI, *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena, Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, Padova, 1996
- F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2009
- F. MANTOVANI, *La «perenne crisi» e la «perenne vitalità» della pena. E la «crisi di solitudine» del diritto penale*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1171
- F. MANTOVANI, *Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale*, in M. ROMANO, F. STELLA (in a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 69
- I. MARCHETTI, C. MAZZUCATO, *La pena in castigo: un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano, 2006
- A. MARGARA, *Sorvegliare e punire: storia di 50 anni di carcere*, in *Quest. giust.*, 2010, p. 103
- G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di un adeguamento della regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 29
- G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 160
- G. MARINUCCI, *Riforma o collasso del controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1063
- G. MARINUCCI, *Gestione d'impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 424
- G. MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco tra rassegnazione e utopia*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 327
- G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in G. MARINUCCI E. DOLCINI, *Studi di diritto penale*, 1991, p. 45 ss.
- G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2009

- G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001
- G. MARTIELLO, *La tutela penale del capitale sociale nelle società per azioni*, Firenze, 2007
- R. MARTINSON, *What works. Question and Answer about Prison Reform*, 1974
- M. MAURER, *Komparative Strafzumessung. Ein Beitrag zur Fortentwicklung des Sanktionenrechts*, Berlin, 2005
- C. MAZZUCATO, *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico-pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia riparativa*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Milano, 2005, p. 139
- C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa", Il volto delineato dalla legge sulla competenza del giudice di pace*, Milano, 2002, p. 85
- D. MICHELETTI, *d.lg. 3 aprile 2006, n. 152, Norme in materia ambientale, sub Articolo 257, Bonifica dei siti, in generale*, in F. PALAZZO, C. E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, p. 329 ss.
- M. MIEDICO, *La pena pecuniaria: disciplina, prassi e prospettive di riforma*, Milano, 2008
- V. MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982
- I. W. MILLER, *Occhio per occhio*, Torino, 2008
- S. MOCCIA, *Ideologie e diritto nel sistema sanzionatorio del codice Zanardelli*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova, 1999, p. 573
- S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 47
- S. MOCCIA, *Contributo ad uno studio della teoria della penale di G.W.F. Hegel*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 131
- L. MONACO, *Sul recesso dal delitto tentato*, in *Studi Urbinati*, 1978-79, p. 219
- L. MONACO, C. E. PALIERO, *Variazioni in tema di "crisi della sanzione": la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 421
- C.-L. DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, 1871
- P. MORRIS, *Prisoners and their families*, London, 1965
- F. MUCCIARELLI, *La tutela penale del capitale sociale e delle riserve obbligatorie per legge*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società, D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Milano, 2002, p. 287
- E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2002
- E. MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 595

- C. MURRAY, *Does prison work?*, London, 1997
- S. MÜLLER, *Sanktionen und Strafauswahl in Frankreich*, Freiburg, 2003
- H. MÜLLER-DIETZ, *Zur sog. "Drittwirkung" des Freiheitsentzugs*, in H. MANFRED, C. JÄGER, B. SCHÜNEMANN (a cura di), *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin, New York, 2011, p. 1159
- H. MÜLLER-DIETZ, *Der Ort des Strafvollzugs in einem künftigen Sanktionensystem*, in W. FEUERHELM, H.-D. SCHWIND, M. BOCK (a cura di), *Festschrift für Alexander Böhm*, Berlin, 1999, p. 17
- H. MÜLLER-DIETZ, *Integrationsprävention und Strafrecht, Zum positiven Aspekt der Generalprävention*, in *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, vol. 2, Berlin, 1985, p. 813
- A. NATALE, *Carceri: capienza (in)tollerabile, cultura della giurisdizione e valore della prassi*, in *Quest. giust.*, 2010, p. 91
- W. NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, Neuwied, Kriftel, 2000
- F. NIETZSCHE, *Genealogia della morale, uno scritto polemico*, Milano, 2006
- R. ORLANDI, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, in *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo, Atti del convegno, Urbino, 23-24 settembre 2005*, Milano, 2007, p. 165
- R. ORTMANN, *Zur Sozialtherapie im Strafvollzug, eine experimentelle Längsschnittstudie zu den Wirkungen von Strafvollzugsmaßnahmen auf Legal- und Sozialbewährung*, Freiburg, 2002
- E. OSENBRÜGGEN, *Das Alemannische Strafrecht im deutschen Mittelalter*, Schaffhausen, 1860
- H. L. PACKER, *The limits of the Criminal Sanction*, Stanford, 1968
- T. PADOVANI, *Lo stato dell'amministrazione penitenziaria, Relazione al Convegno "Giustizia! In nome della legge e del popolo sovrano"*, Roma, 28-29 luglio 2011
- T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2004
- T. PADOVANI, *sub artt. 19-24 d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758*, in *Leg. pen.*, 1995, p. 375 ss.
- T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 419
- T. PADOVANI, *L'attenuante del risarcimento del danno e l'indennizzo assicurativo*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1185
- T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. «Premio e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 407
- T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 534

- T. PADOVANI, L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2006
- A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003
- A. PAGLIARO, *Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 447
- A. PAGLIARO, *Pluridimensionalità della pena*, in *Il problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, p. 325
- F. PALAZZO, *Mezzi di comunicazione e giustizia penale*, in *Pol. dir.*, 2009, p. 193
- F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale*, Torino, 2008
- F. PALAZZO, *Esecuzione progressiva e «benefici» penitenziari: che cosa conservare*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 149
- F. PALAZZO, *Principi fondamentali e opzioni politico criminali nella tutela penale dell'ambiente*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto, II*, Firenze, 1999, p. 545
- F. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 340
- F. PALAZZO, *Analisi empiriche ed indicazioni di riforma in materia di sanzioni sostitutive ex officio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 681
- F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, Padova, 1979
- C. E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, in *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo, Atti del convegno, Urbino, 23-24 settembre 2005*, Milano, 2007, p. 111
- C. E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 147
- C. E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 467
- C. E. PALIERO, voce «*Depenalizzazione*», in *Dig. disc. pen.*, 1995, 425
- C. E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 510
- C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 430
- C. E. PALIERO, *Il lavoro libero nella prassi sanzionatoria italiana: cronaca di un fallimento annunciato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 116
- C. E. PALIERO, *Minima non curat praetor, ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985
- C.E. PALIERO, E. DOLCINI, *Il carcere ha alternative?*, Milano, 1989

- F. PANIZZO, *Primi dati sull'applicazione dell'art. 35 d.lgs. n. 274/2000*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Milano, 2005, p. 249
- M. PAVARINI, *I nuovi confini della penalità*, Bologna, 1994
- M. PAWLIK, *Person, Subject und Bürger, Zur Legitimation von Strafe*, Berlin, 2004
- T. PECH, *Genèse de la peine neutre*, in A. GARAPON, F. GROS, T. PECH, *Et ce sera Justice, Punir en démocratie*, Paris, 2001, p. 165
- C. PECORELLA, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 853
- C. PEDRAZZI, *La disciplina penale delle società commerciali*, in *D. disc. pen.*, 4^a ed., vol. XIII, Torino, 1998, 347; ora in ID., *Diritto penale, vol. III, scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, 293
- C. PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 64; ora in ID., *Diritto penale, Scritti di parte generale, vol. I*, Milano, 2003, p. 147
- C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in AA. VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979; ora in ID., *Diritto penale, vol. III, scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, 129
- C. PEDRAZZI, *La privation de la liberté dans les perspectives de la lutte contre le crime, particulièrement à l'égard des ses nouvelles formes*, in *Relazione di sintesi al Colloquio di Bellagio in preparazione del 5° Congresso delle Nazioni Unite per la prevenzione dei reati e il trattamento dei delinquenti (Toronto 1-12 settembre)*, Milano, CNPDS, 1975, p. 82 ss.; ora in ID., *Diritto penale, Scritti di parte generale, vol. I*, Milano, 2003, p. 499
- A. PERINI, *Le operazioni in pregiudizio dei creditori*, in L. D. CERQUA (a cura di), *Diritto penale delle società. Profili sostanziali e processuali, Tomo I*, Padova, 2009, p. 369
- A. PERINI, *Indebita restituzione dei conferimenti*, in L. D. CERQUA (a cura di), *Diritto penale delle società. Profili sostanziali e processuali, Tomo I*, Padova, 2009, p. 235
- B. PETROCELLI, *Reato e punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 670 ss.
- M. PFOHL, *Entwicklung und Perspektiven der gemeinnützigen Arbeit als strafrechtliche Sanktion*, in *Bewährungshilfe*, 1985, p. 110
- M. PFOHL, *Gemeinnützige Arbeit als strafrechtliche Sanktion*, Berlin, 1983
- L. PICOTTI, A. DI NICOLA, E. MATTEVI, B. VETTORI, *Italia*, in F. DÜNKEL, T. LAPPISEPPÄLÄ, C. MORGENSTERN, D. VAN ZYL SMIT (a cura di), *Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis und Gefangenenraten im europäischen Vergleich*, vol. 1, Mönchengladbach, 2010, p. 469 ss.
- C. PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1653

- A. PILGRAM, *Die erste österreichische Rückfallstatistik – ein Mittel zur Evaluation regionaler Strafenpolitik*, in *Österreichische Juristenzeitung*, 1991, p. 577
- M. PISANI, *Documento n. 8, La riforma del sistema sanzionatorio*, in C. F. GROSSO (a cura di), *Per un nuovo codice penale II, Relazione della commissione Grosso (1999)*, Padova, 2000, p. 201
- P. PITTARO, *L'effettività della sanzione penale: un'introduzione*, in F. GIUNTA, (a cura di), *L'effettività della sanzione penale*, Milano, 1998, p. 3
- C. PONGILUPPI, *Le cornici edittali al banco di prova di un sistema sanzionatorio differenziato*, 2007, p. 947
- S. PORTELLI, *Les alternatives à la prison*, in *Pouvoirs*, 135, 2010, § 15
- D. POTETTI, *L'attività non retribuita a favore della collettività nell'ambito dell'art. 165 c.p. (mod. con l. n. 145 del 2004)*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 995
- J. PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, 2010
- S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982
- A. PROSPERI, *Giustizia bendata, Percorsi storici di un'immagine*, Torino, 2008
- D. PULITANÒ, *Per una nuova 'politica del diritto penale', oltre la logica dello scontro tra magistratura e classe politica*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2012
- D. PULITANÒ, *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 108
- D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2009
- D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale della pena: problemi e prospettive*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 115
- D. PULITANÒ, *La riforma del diritto penale societario, fra dictum del legislatore e ragioni del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 934
- D. PULITANÒ, *La riforma del codice penale: un cammino possibile?*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *La riforma del codice penale, la parte generale*, in *Quaderni di Cassazione penale*, Milano, 2002, p. 245
- D. PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 1006
- D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 3
- D. PULITANÒ, *"Obblighi costituzionali di tutela penale?"*, in AA. VV., *Studi in memoria di G. Delitala*, vol. II, Milano, 1984, p. 1257
- D. PULITANÒ, *La «non punibilità» di fronte alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1983, p. 1801
- D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976
- D. PULITANÒ, *Il principio di colpevolezza*, in *Jus*, 1974, p. 522

- I. PUPPE, *Strafrecht als Kommunikation – Leistungen und Gefahren eines neuen Paradigmas in der Strafrechtsdogmatik* –, in H. SAMSON (a cura di), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Baden Baden, 1999, p. 469
- I. PUPPE, *Der halbherzige Rücktritt*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1984, p. 488
- G. RADBRUCH, *Der Erziehungsgedanke im Strafwesen*, in *Der Mensch im Recht*, Göttingen, 1957, p. 57
- J. RAWLS, *Two Concept of Rules*, in H. B. ACTON (a cura di), *The Philosophy of Punishment*, London, 1969, p. 105
- J. RAWLS, *Two concepts of rules*, in *The Philosophical Review*, 1955, p. 4
- J. H. REIMAN, *The rich get richer and the poor get prison: Ideology, class and criminal justice*, New York, 1984
- P. RICOEUR, *Interprétation du Mythe de la peine*, in AA. VV., *Il mito della pena*, Padova, 1967, p. 23
- R. RODORF, *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, in *Società*, 2005, 813
- M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Il Commentario sistematico del codice penale, III, art. 150-240*, Milano, 2011
- M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. 1, Milano, 2004
- M. ROMANO, *Razionalità, codice e sanzioni penali*, in AA. VV., *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di A. Cavanna*, vol. III, Milano, 2003, p. 1893 ss.
- M. ROMANO, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 875
- M. ROMANO, *«Meritevolezza di pena», «bisogno di pena» e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 39
- M. ROMANO, F. STELLA, *Introduzione*, in M. ROMANO, F. STELLA (in a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980
- M. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in M. ROMANO, F. STELLA (in a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 151
- W. RÖMER, *Die Nebenfolgen der Freiheitsstrafen auf die Kinder der Delinquenten. Die Auswirkungen der Freiheitsstrafe eines Elternteils auf die Kinder, untersucht in Fällen der Jugendgerichtshilfe*, Hamburg, 1967
- C. ROXIN, *Strafre und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in W. HASSEMER, E. KEMPF, S. MOCCIA (a cura di), *Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag. In dubio pro libertate*, München, 2008, p. 601
- C. ROXIN, *Strafrecht, Allegeiner Teil, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, vol. I, München, 2006

- C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, vol. II, München, 2003
- C. ROXIN, *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 3
- C. ROXIN, *Wandlungen der Strafzwecklehre*, in *Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, München, 2001
- C. ROXIN, *Zur Entwicklung des Strafrechts im kommenden Jahrhundert*, in E. W. PLY-WACZEWSKI (a cura di), *Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie*, Bialystok, 1998, p. 443
- C. ROXIN, *Zur Wiedergutmachung als einer "dritten Spur" im Sanktionensystem*, in G. ARZT (a cura di), *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, 1992, p. 243
- C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena (Trad. it. a cura di L. Eusebi)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 15
- C. ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin, New York, 1973, p. 41
- R. RUDELL, *Social disruption, state priorities, and minority threat. A cross-national study of imprisonment*, in *Punishment & Society*, 2005, p. 7 ss.
- C. RUGA RIVA, *La bonifica dei siti inquinati, tra interpretazione a fortiori e analogia in malam partem*, in corso di pubblicazione
- C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2011
- C. RUGA RIVA, *Sanatorie, condoni, «indultino»: forme e limiti costituzionali dell'impunità retroattiva*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, Milano, 2004, p. 191
- C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002
- A. SCERBO, *Culture e discipline costituzionali in tema di pena: Italia, Stati Uniti e Canada a confronto*, in *Quest. giust.*, 2010, p. 152
- H. SCHÖCH, *Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug?*, in *Verhandlungen des neunundfünfzigsten Deutschenjuristentages, Hannover 1992*, vol. 2, München, 1992, Abteilung Strafrecht, p. 157
- H. SCHOTT, *Gesetzliche Strafrahmen und ihre trichterliche Handhabung. Eine empirische Untersuchung zu Gesetzssystematik und Rechtstatsächlichkeit bei ausgewählten Deliktsbereichen*, Baden-Baden, 2004
- H.-L. SCHREIBER, *Widersprüche und Brüche in heutigen Strafkonzptionen*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1982, p. 279
- F. C. SCHRÖDER, *Die neuere Entwicklung des Strafrechts in Deutschland*, in H. KURY, E. KARIMOV (a cura di), *Kriminalität und Kriminalprevention in Länder des Umbruchs*, Bochum, 2006, p. 225
- K. SEELMANN, *Strafzwecke und Wiedergutmachung*, in *Zeitschrift für evangelische Ethik*, 1981, p. 44
- T. J. SELLIN, *Slavery and the penal system*, New York, 1976

- A. SERRANO-MAILLO, *Punitività und Gesetzgebung – Die Situation in Spanien*, in H. KURY, E. KARIMOV (a cura di), *Kriminalität und Kriminalprevention in Länder des Umbruchs*, Bochum, 2006, p. 245
- K. SESSAR, *Schadenswiedergutmachung in einer künftigen Kriminalpolitik*, in H.-J. KERNER, H. GÖPPINGER, F. STRENG (a cura di), *Festschrift für H. Lefrenz*, Heidelberg, 1983, p. 145
- P. SEVERINO DI BENEDETTO, *I profili penali connessi alla bonifica di siti inquinati*, in *Ambiente*, 2000, p. 417
- F. SGUBBI, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, in *Ind. pen.*, 1983, p. 253
- B. SLATTERY, *The Myth of Retributive Justice*, in *Retributivism and its Critics, Canadian Section of the International Society for Philosophy of Law and Social Philosophy, Papers of the Special Nordic Conference, University of Toronto, 25-27 June 1990*, in *ARSP (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie)*, 47, 1992, p. 27
- A. SOFRI, *Chi è il mio prossimo*, Palermo, 2007
- L. SPAVENTI, *Vittime dei reati e risarcimento del danno*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 757
- F. SPEIS, *Gemeinnützige Arbeit als selbständige Hauptstrafe im Erwachsenenstrafrecht*, Hamburg, 2008
- F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, 2006
- F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la protezione delle vittime*, Milano, 2003
- F. STELLA, *La tutela penale della società*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, (a cura di) *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 75 ss.
- F. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, (a cura di) *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 309 ss.
- A. STILE, *La riforma della sospensione condizionale della pena nella prospettiva di un nuovo sistema sanzionatorio*, in *Arch. pen.*, 1985, p. 491
- G. STOLZENBERG, *Può un'indagine sui fondamenti della matematica dirci qualcosa di interessante sulla mente?*, in P. WATZLAWICK (a cura di), *La realtà inventata. Contributi al costruttivismo*, Milano, 2006, p. 219
- L. STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla "punibilità"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 397
- L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 626
- F. STRENG, *sub § 46*, in F. STRENG U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H.-U. PAEFFGEN (a cura di), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Berlin, 2010, p. 1664
- F. STRENG, *Die Wirksamkeit strafrechtlicher Sanktionen – Zur Tragfähigkeit der Austauschbarkeitsthese*, in F. LÖSEL, D. BENDER, J.-M. JEHLE (a cura di), *Kriminologie und*

- wissensbasierte Kriminalpolitik. *Entwicklungs- und Evaluationsforschung*, Mönchengladbach, 2007, p. 65
- F. STRENG, *Strafzumessungsvorstellungen von Laien*, in *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 2004, p. 127
- F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, Stuttgart, Berlin, Köln, 2002
- E. H. SUTHERLAND, D. R. CRESSEY, *Principles of Criminology*, Madison, 1966
- J. SUTTON, *The political Economy of Imprisonment in Affluent Western Democracies 1960-1990*, in *American Sociological Review*, 2004, p. 170 ss.
- P. J. P. TAK, *Community Service Orders in Western Europe, A Comparative Survey*, in H.-J. ALBRECHT, W. SCHÄDLER (a cura di), *Community Service, Gemeinnützige Arbeit, Dienstverlening, Travail D'Interet General, a new option in punishing offenders in Europe*, Freiburg, 1986, 1
- G. TAMBURINO, *Misure alternative e pene sostitutive*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 47 ss.
- P. TÖRNUDD, *Facts, Values and visions, Essays in Criminological and Crime Policy*, Helsinki 1996
- P. TÖRNUDD, *Fifteen Years of Decreasing Prisoners Rates in Finland*, in *National Research Institute of Legal Policy, Research Communication*, 1993, p. 12 ss.
- M. TORNY, *Thinking about crime: Sense and sensibility in American penal culture*, Oxford, 2004
- L. TUMMINELLO, *Il volto del reo, l'individuazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010
- F. TURLON, *Restorative justice e oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 99
- G. UBERTIS, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, in *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Atti del convegno, Urbino, 23-24 settembre 2005, Milano, 2007, p. 143
- V. GREVE, *Criminal Law: A Technical Tool or a Cultural Manifestation On Uniformity and Subsidiarity*, in *Scandinavian Studies in Law, Criminal Law*, vol. 54, 2009, p. 51 ss.
- V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012
- V. VALENTINI, *Il meccanismo "ripristinatorio" ex artt. 19 ss. d.lgs. 758/1994, in materia di sicurezza del lavoro*, in N. MAZZACUVA, E. AMATIA (a cura di), *Il diritto penale del lavoro*, Torino, 2007, p. 429
- V. VALENTINI, *Il tasso di effettività del meccanismo estintivo e "ripristinatorio" in materia di sicurezza del lavoro*, in M. DONINI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *La riforma dei*

reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti, Padova, 2007, p. 103

V. VALENTINI, *La riforma dei meccanismi premiali in ambito giuslavoristico: profili sostanziali e sistematici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, p. 595

V. VALENTINI, *Improcedibilità, estinzione del reato e non punibilità sopravvenuta. In margine ai “condoni tributari 2003”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1111

M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sense de la peine, entre mythe et mystification*, Bruxelles, 2009

M. VAN DE KERCHOVE, *Le sens de la peine dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2008, p. 1

M. VAN DE KERCHOVE, *Quand dire c'est punir, essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, 2005

G. VASSALLI, *Funzioni ed insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 296 ss.; ora in G. VASSALLI, *Scritti giuridici*, vol. 1, Milano, 1997 p. 1361

P. VENEZIANI, *D. legisl. 19 settembre 1994, n. 758*, in F. PALAZZO, C. E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, p. 1703

P. VENEZIANI, *Spunti per una teoria del reato condizionata*, Padova, 1992

E. VENAFRO, *Meritevolezza di pena e logiche deflattive. Un breve schizzo introduttivo*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, Torino, 2002, p. 9

A. L. VERGINE, *Il reato di omessa bonifica: inquietanti segnali dalla Cassazione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2010, p. 645

F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in AA. VV. *Scritti in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2645

M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 633

K. VOLK, *Der Begriff der Strafe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1971, p. 405 ss.

A. VON FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Glessen, 1847

H. VON HENTING, *Die Strafe, die modernen Erscheinungsformen*, Vol. 2, Heidelberg, 1955

A. VON HIRSCH, *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlung*, Berlin, 2005

A. VON HIRSCH, *Censure and Sanction*, Oxford, 1993

A. VON HIRSCH, *Proportionality in the Philosophy of Punishment*, *Criminal Law Forum*, 1990, p. 251

- A. VON HIRSCH, *Doing Justice. The choice of Punishment*, New York, 1976
- H. VON HOFER, *Crime and Punishment in Scandinavia*, in U. V. BONDESON (a cura di), *Crime and Justice in Scandinavia*, København, 2005, p. 61 ss.
- H. VON HOFER, Notes on *crime and punishment in Sweden and Scandinavia*, in *Annual Report for 1999 an resources material series no. 57*, Tokyo, 2001, p. 284 ss.
- H. VON HOFER, *Prison populations as Political Constructs: The Case of Finland, Holland and Sweden*, in *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 2003, p. 21 ss.
- R. VON JHERING (trad. a cura di M. G. Losano), *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972
- R. VON JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen, 1867
- F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962
- F. VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin, 1919
- F. VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin, 1932
- F. VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, Berlin, 1905
- F. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Stafrechts*, Berlin, 1903
- L. WALGRAVE, *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, Cullompton, 2008
- P. WATZLAWICK, *La mosca e la trappola per le mosche*, in P. WATZLAWICK (a cura di), *La realtà inventata. Contributi al costruttivismo*, Milano, 2006, p. 213
- L. WALGRAVE, *Community service as a cornerstone of a system ristorative response to (juvenile) crime*, in G. BAZEMORE, L. WALGRAVE (a cura di), *Restorative Justice for Juvenile. Repairing the Harm by Youth Crime*, Monsey, 1999, p. 139
- I. E. WEINHOLD, *Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch*, Baden-Baden, 1990
- J. WEIZEL, *Strafe und Strafverfahren in der Merowingerzeit*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, 1994, p. 66 ss.
- L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, Frankfurt am Main, 1971
- G. ZAGREBELSKY, *Il «Crucifige!» e la democrazia*, Torino, 1995