

**La legge del più debole.
La pena e il paradigma del diritto penale minimo**
di
Attilio Alessandro Novellino*

Sommario: 1. I diritti e la pena: scontro e salvezza. – 2. La sanzione penale e il sacro. – 3. Violenza strutturale e diritto penale minimo. – 4. Teorie della pena. Dalla retribuzione al garantismo positivo.

1. I diritti e la pena: scontro e salvezza

La ricerca di un fondamento teorico per il potere di punire da parte dello Stato all'interno di un ordinamento costituzionale inevitabilmente è destinata a incontrare, nel suo svolgersi, la questione relativa alla predisposizione di limiti e garanzie poste a tutela dei diritti che la pena offende.

Questo attrito necessario è il riflesso di una delle tensioni fondamentali che connotano lo stato di diritto nella sua configurazione moderna e che possono condurlo a una scissione.

La ragione decisa, fattasi norma, cieca nei confronti dei diritti individuali e politici diviene violenza istituzionale¹. Un'opposizione costitutiva, quella fra diritti fondamentali riconosciuti e ipotesi legalmente previste di lesione degli stessi, le cui origini rimandano all'accordo o alla statuizione fondamentale che ha reso possibile la convivenza umana istituzionalizzata nello Stato.

*Assegnista di ricerca in Filosofia del diritto, Università di Bergamo: attilioalessandro.novellino@unibg.it

¹ A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in ID., *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1986, 444.

L'esistenza di una simile contraddizione nell'ontologia politica dell'umano associarsi traccia un'apertura, attribuendo diritti, negativi come i diritti di libertà e positivi come i diritti sociali, e al contempo impone una chiusura, quando prescrive che l'intervento punitivo istituzionale si rivolga contro gli stessi diritti riconosciuti come inviolabili dal potere pubblico.

Un simile dissidio non si oppone però all'aggregarsi dell'insieme, ma allude all'intensità del legame. È proprio nel conflitto, ad esempio, che la dicotomia tra mondo e terra in Heidegger trova la sua sintesi.

Apertura e chiusura, mondo e terra, seppur in conflitto, non possono mai essere separati e trovano nella loro opposizione quel particolare legame di appartenenza che si esprime in forma politica nella polis. Il paradigma ontologico assume allora, attraverso il conflitto esistenziale, una connotazione politica.

“La reciproca opposizione di mondo e terra è un conflitto [Streit]. Fraintendiamo troppo facilmente l'essenza del conflitto, se lo confondiamo con la discordia e col litigio e lo conosciamo perciò soltanto come perturbamento o distruzione. Nel conflitto essenziale le parti in conflitto si innalzano, l'una nell'altra, nell'autoaffermazione [Selbstbehauptung] della loro essenza. [...] Tanto più duramente il conflitto si accende e si afferma, tanto più intransigentemente i confliggenti si abbandonano nell'intimità del semplice appartenersi. La terra non può fare a meno dell'aperto del mondo, se deve apparire come terra nell'ingorgo liberato del suo chiudersi. Il mondo d'altra parte non può staccarsi dalla terra, se, come dominante ampiezza e via di ogni destino storico essenziale, deve fondarsi su qualcosa di deciso”².

L'edificio giuridico, che si fonda sul rapporto antinomico fra riconoscimento di diritti (apertura) e pretesa di obbedienza alla legge mediante prescrizioni corredate da sanzioni che aggrediscono le stesse attribuzioni che avevano disvelato (chiusura), può reggersi purché alle forze che lo animano sia impedita la dismisura. Se la libertà dei consociati non può assumere le tetre sembianze della vendetta

² M. HEIDEGGER, *Der ursprung des kunstwerken* (1950), in G. AGAMBEN, *L'aperto. L'uomo e l'animale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2019, 76.

irrituale e la potestà punitiva dello Stato mai sconfinare nell'arbitrio, ciò lo si deve al diritto penale.

2. La sanzione penale e il sacro

Qualsiasi assetto politico e giuridico caratterizzato da una pretesa di autorità, seppur espressa nelle forme dell'autonomia democratica, deve affrontare le problematiche della devianza, della risposta al crimine, come offesa a beni fondamentali, e del conflitto. Si trova perciò a doversi confrontare con il problema dell'impiego o della minaccia dell'uso della forza.

Un elemento di violenza nell'economia dei rapporti umani pare infatti inevitabile.

In ambito penale, la separazione del diritto dalla violenza assume una particolare rilevanza poiché esiste una connessione, rilevabile sul piano storico e antropologico, tra quest'ultima e la dimensione del sacro, che si esprime nella sanzione.

Seguendo le ricostruzioni di Girard³, si potrebbe definire il sistema penale come una tecnologia, un dispositivo, legato inizialmente all'ambito religioso, necessario per sottoporre la violenza e i suoi riflessi mimetici a una procedura di amministrazione⁴. L'offerta alla divinità delle vittime sacrificali tende a mettere fine alla spirale di violenza attraverso un atto violento ma imputato al sacro, contro il quale non è ammessa una replica.

Tradizione teologica e pensiero giuridico in ambito penale denotano una prossimità che lambisce, a tratti, l'indistinguibilità. La sanzione penale, come l'etimologia del termine conferma, è un presidio a protezione di un contenuto sacro e il sistema penale ha assunto le sembianze di un complesso punitivo attraverso un meccanismo di imputazione degli atti basato sul concetto di colpa.

La configurabilità di una sanzione penale non violenta e promozionale passa attraverso la ridefinizione dell'oggetto sacro di tutela, non un dettato normativo o

³ Cfr. R. GIRARD, *Delle cose nascoste fin dalla fondazione del mondo*, Milano, Adelphi, 1983; ID., *La violenza e il sacro*, Adelphi, Milano, 1980.

⁴ Sul problematico rapporto fra diritto e violenza si veda E. RESTA, *La certezza e la speranza*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

un particolare assetto giuridico o ordine etico, ma la persona umana e la sua integrità.

La duplice finalità preventiva del diritto penale, tutela della vittima attraverso la prevenzione generale dei delitti e protezione del reo con divieto di pene private irrituali ed eccessive, può essere raggiunta attraverso pene miti, rispettose della dignità umana e non rivolte all'inflizione di sofferenza.

Queste considerazioni inducono Luigi Ferrajoli a ritenere il sistema penale, corredato da garanzie sostanziali e processuali che lo allontanano da finalità vendicative, maggiormente capace di assicurare la tutela della persona umana e il contenimento della violenza rispetto ai modelli ascrivibili alla prospettiva teorica dell'abolizionismo⁵.

Il problema della definizione degli scopi del diritto penale comprende altresì l'individuazione di un insieme di garanzie penali e processuali idonee a minimizzare la violenza arbitraria nella società. La libertà individuale non è minacciata infatti solamente dalla violenza dei delitti privati ma, come sottolinea Ferrajoli: "anche, e spesso in misura assai maggiore, dalle pene eccessive e dispotiche, dagli arresti e dai processi sommari, dai controlli pervasivi di polizia: in una parola da quell'insieme di interventi che va sotto il nobile nome di giustizia penale e che forse, nella storia dell'umanità, è costata più dolori e ingiustizie dell'insieme dei delitti commessi"⁶.

Le garanzie si rendono necessarie, quindi, per frenare le possibili tentazioni autoritarie nelle quali il potere rischia di cadere qualunque sia la forma istituzionale che assume. Se non è difficile immaginare che il perseguimento di una certa idea di giustizia comportasse pesanti violazioni dei diritti umani in uno stato

⁵ Sul tema si rimanda a in J. BERNAT DE CÉLIS, L. HULSMAN, *Peines perdues. Le système penal en question*, Editions du Centurion, Paris, 1982; N. CHRISTIE, *Il business penitenziario. La via occidentale al gulag*, Elèuthera, Milano, 1996; ID., *Crime control as industry*, Routledge, Londra-New York, 2000; T. MATHIESEN, *Perché il carcere?*, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 1996; M. PAVARINI, *Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo*, in A. BARATTA (a cura di), *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1986.

⁶ L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, in D. IPPOLITO, S. SPINA (a cura di), Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 59.

nazista o stalinista nello scorso secolo, o che ciò accada attualmente in una serie di paesi dominati da dittature militari, non bisogna illudersi che le moderne democrazie occidentali siano esenti da pericoli analoghi.

L'appiattimento della nozione di democrazia sul concetto di prevalenza del volere della maggioranza, oltre ad essere un'impresione storica e una semplificazione confutabile su un piano di teoria politica, preclude la possibilità di definire un'assiologia garantista del diritto penale. L'idea che la sanzione penale sia un presidio appannaggio esclusivo della maggioranza dei non devianti e che, nell'indirizzarsi alla tutela esclusiva di beni giuridici e diritti di questi ultimi non incontri limiti, è contraria alla declinazione costituzionale della democrazia politica. La democrazia costituzionale sottrae l'uguaglianza e i diritti fondamentali dei cittadini alle possibilità decisionali e dispositive di qualunque maggioranza, sia essa politica, etica o sociale. Uguaglianza, diritto alla vita e libertà personale oltrepassano la soglia del meramente politico e accedono alla dimensione di indecidibilità propria dei valori che sono stati posti.

L'inserimento del criterio che orienta i pubblici poteri verso il perseguimento della felicità del maggior numero di cittadini e il contenimento massimo dell'infelicità nel ventaglio dei valori sottratti a una decisione, può determinare un contrasto su un piano teorico fra una concezione della democrazia come "sistema di comunicazione politica in cui si stabilizzano aspettative"⁷ all'interno di regole procedurali e il suo fungere da meccanismo di innalzamento della soglia di delusione. La minoranza, sul presupposto della transitorietà della propria condizione, confidando sulle regole democratiche che potranno consentirgli di divenire in futuro maggioranza, è indotta a rivedere al ribasso le proprie aspettative e ad abdicare, spesso rinunciando a combattere. Se la norma perde la dimensione epica, ciò che l'aveva caratterizzata alle origini della politica moderna e che le consentiva, "narrando dell'uguaglianza"⁸ e mostrando la propria fonte, un

⁷ E. RESTA, *La dismisura dei sistemi penali*, in *Il diritto penale minimo*, cit., 487.

⁸ *Ibid.*, 483.

profondo radicamento nel *nomos*, offre il suo aspetto nichilistico alle forze che si contendono il governo della società. Espone al politico la sua vulnerabilità.

Un ampliamento smisurato della semantica di legittimazione della norma tendente al sincretismo, all'assimilazione di modelli teorici contrattualistici, utilitaristici, giusnaturalisti, realistici, ritenendo equivalente ogni approccio epistemologico di fatto lo rende quasi ininfluenza e può tradursi nella riduzione della giustificazione a validità.

Il politico così, forte della legittimazione che deriva al sistema dalle stesse norme, riceve un riconoscimento perpetuo, autoreferenziale e sottratto a qualsiasi dibattito. La tautologia in campo penale è particolarmente dannosa.

La consapevolezza che una razionalità orientata ai valori, seppur considerata prevalente rispetto a quella orientata allo scopo, applicata al sistema punitivo non possa arginare completamente l'irruzione dell'utilità all'interno del *nomos*, rafforza l'idea che il sistema giuridico moderno sia connotato inesorabilmente dalle caratteristiche della artificialità e dell'arbitrarietà. Il continuo autoriferimento di una norma che si pone come obbligatoria per via di una decisione, attribuisce un "destino di colpa"⁹, rende palese «la chiusura organizzativa che il diritto moderno opera rispetto a se stesso» quando «si apre a tutti i fini secolarizzandoli e secolarizzandosi»¹⁰.

Nella tradizione occidentale lo spostamento del primato dalla potenza aristotelica a quello della volontà si traduce nella creazione di un vincolo quasi trascendentale tra il soggetto e le azioni che gli vengono imputate.

È singolare che i concetti che rendono possibile questo collegamento, quello di causa e quello di colpa, possano essere considerati dei "concetti soglia dell'edificio del diritto"¹¹, nozioni liminari e prive di una etimologia certa, il dizionario

⁹ W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, in R. SOLMI (a cura di) *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, Torino, Einaudi, (1920) 2014.

¹⁰ E. RESTA, *La dismisura dei sistemi penali*, cit., 480.

¹¹ G. AGAMBEN, *Karman: Breve trattato sull'azione, la colpa e il gesto*, Bollati Boringhieri, Torino, 2017, p. 9.

etimologico della lingua latina di Ernout e Meillet¹² deve riconoscere la non conoscibilità del significato originario dei termini, che delimitano, seguendo l'analisi condotta da Giorgio Agamben in Karman, "una soglia funesta, perché conduce in una regione dove le nostre azioni e i nostri gesti perdono ogni innocenza e si assoggettano a una potenza estranea: la pena, che significa tanto il prezzo da pagare che una sofferenza per la quale non sappiamo darci ragione"¹³.

La causa, come aurora del giuridico, è prima ancora che "processo" ciò "che da origine alla lite", quanto è in questione in una diatriba, "ciò che causa" l'intervento del diritto e chiama in causa il soggetto realizzando l'originaria implicazione del vivente alla Legge. "La prima causa è l'accusa"¹⁴.

Tanto il termine latino causa, come confermano gli studi del romanista Yan Thomas¹⁵, che il suo equivalente greco aitia confermano la polisemia del vocabolo, origine e allo stesso tempo oggetto del processo, e la sua idoneità a individuare una situazione nel momento in cui viene "inclusa nell'ambito del diritto"¹⁶. Che la formulazione giuridica fondamentale sia una chiamata in giudizio formulata in termini di accusa e che essa designi allo stesso tempo "il punto in cui un certo atto o fatto entra nella sfera del giuridico" e l'oggetto della contestazione, potrebbe far ritenere che uno dei concetti principali della tradizione giuridica, politica e teologica dell'Occidente sia pericolosamente prossimo ad una messa in questione dell'esistenza, soggettivazione ottenuta mediante un enunciato performativo che determina la realtà cui si riferisce.

Viene in mente il paradosso kafkiano di un processo che irrompe bruscamente nella vita per assicurarla ad una dimensione burocratica, grazie all'attivazione della colpa nell'uomo operata dalla prescrizione normativa attraverso un meccanismo di imputazione che sembra rispondere alla precisa finalità di trasformare il mistero

¹² A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Klincksieck, Parigi, 2001.

¹³ G. AGAMBEN, *op. cit.*, p. 17.

¹⁴ *Ivi*, p. 12.

¹⁵ Yan Thomas, definito da Agamben come "uno dei più acuti romanisti del xx secolo" (cit. p. 12), ha dedicato allo studio del concetto di colpa la sua tesi di dottorato, dal titolo *Causa. Sens et fonction d'un concept dans la langue du droit romain*, Tesi di dottorato, Université de Paris II, 1976.

¹⁶ G. AGAMBEN, *op. cit.*, p. 16.

innocente dell'esistenza in uno statuto giuridico dell'angoscia, formalizzato, precostituito e senza una via d'uscita. La colpa diviene il presupposto ontologico di cui si avvale la legge per affermare la sua santità.

Alle argomentazioni con le quali Josef K., protagonista del romanzo di Kafka, cerca di resistere all'accusa e far notare l'infondatezza delle contestazioni che gli vengono mosse, segue una replica inesorabile quanto eloquente di una delle due guardie, entrate in case per dichiararlo in arresto e intente a consumare la sua colazione, circa la natura della legge. "Qui non c'è errore. Le nostre autorità, per quanto le conosco, e conosco solo i gradi più bassi, non è che cerchino la colpa nella popolazione, ma, come è detto nella legge, vengono attratte dalla colpa e devono mandare noi guardie. Questa è legge"¹⁷. Josef K. è stato calunniato, perché "senza che avesse fatto niente di male, una mattina fu arrestato"¹⁸. Ma ogni accusa non è forse in qualche modo una calunnia?

La calunnia, etimologicamente la pronuncia di una formula magica d'incantesimo, conducendo l'azione oltre la soglia del crimine la sveste di ogni innocenza e rappresenta il punto d'origine dello sviluppo dei termini *criminatio* e *criminator*¹⁹, usati originariamente col significato di calunnia e calunniatore.

La qualificazione giuridica di atti che esistono nella realtà sociale come crimine determina l'abbandono di criteri alternativi per l'attribuzione di significato e la comprensione di atti deplorabili e indesiderati che potrebbero ricevere una valutazione differente se non passassero attraverso una procedura altamente formalizzata, gestita da un ordine di professionisti, destinata a certificare in modo univoco la natura delle azioni considerate. "Il crimine non esiste. Solo gli atti esistono"²⁰. Nils Christie lo sostiene in modo convincente rappresentando il crimine come il risultato di un'operazione di selezione culturale, mentale e sociale, tendente ad espandere illimitatamente la sua operatività, condotta con la specifica finalità di semplificare l'eziologia del conflitto. "Il crimine sgorga da una sorgente

¹⁷ F. KAFKA, *Il processo*, L'Espresso, Roma, 2002, cit. p. 15

¹⁸ *Ivi*, p. 5.

¹⁹ G. AGAMBEN, *op. cit.*, p. 46.

²⁰ N. CHRISTIE, *Una modica quantità di crimine*, Edizioni Colibrì, Milano, 2012, cit. p. 28.

infinita. Gli atti potenzialmente passibili di essere considerati crimini costituiscono una risorsa naturale inesauribile. [...] Gli atti non sono, divengono; i loro significati vengono creati nel momento in cui accadono”²¹.

L'accusa nel suo riferirsi ad un crimine, forma dell'azione "imputata e chiamata in causa nell'ordine della responsabilità e del diritto"²², minaccia una sanzione. L'implicazione dell'azione umana nell'ordine del diritto penale è quindi mediata dalla *sanctio*, ciò che rende "sancutus" il dettato normativo, né sacro, né profano, ma difeso contro ogni violazione da una pena, capace di separare il "sacrum" e invocare il castigo divino nei confronti di chi tenti di infrangerlo. Il paradigma del diritto penale è un paradigma della santità che, dopo aver abbandonato il modello legato alla causalità proprio del diritto romano arcaico, secondo il quale il legame tra soggetto e azione era di tipo fattuale, ad una certa azione veniva collegata direttamente una conseguenza che rendeva lecito il medesimo comportamento in cui era consistita l'offesa, imbocca la strada dell'inviolabilità ontologica. L'ordine giuridico è inteso come lo spazio inviolabile in cui vige la legge e nel quale non possono trovare alcuno spazio gli atti che disattendono il suo comando. Non è più sufficiente punire una trasgressione considerandola ipotesi illegale alla quale debba conseguire una risposta legale, occorre porla definitivamente fuori dal sistema e tutelare l'inviolabilità della parola della Legge, la sua "santità".

La capacità del diritto di saldare la realtà alla quale si riferisce al soggetto attraverso il meccanismo di imputazione della volontà definito dal concetto di colpa era estranea all'originaria formulazione delle XII tavole, la pena veniva semplicemente assegnata, la sua elaborazione, iniziata con leggi di Numa, pur presentandosi tecnicamente come elemento di mitigazione del rimprovero per la commissione di un fatto antigiuridico per negligenza in opposizione al dolo, ha finito per rafforzare il vicolo che lega l'agente all'azione ponendolo nel soggetto colpevole. "La colpa viene cioè spostata dall'azione al soggetto, che se ha agito sciente et volente, ne porta l'intera responsabilità"²³.

²¹ G. AGAMBEN, *op. cit.*, p. 46.

²² *Ibidem*.

²³ *Ivi*, p. 22.

Neanche l'etimologia di uno dei concetti più nefasti della storia della civiltà, quello di peccato, pare rivelare una connessione fra agente e responsabilità così stringente. Pecco secondo la tradizione della Bibbia vuol dire fare un "passo falso", "mancare il bersaglio", esprime la connessione tra un atto e le sue conseguenze ma non implica originariamente un coinvolgimento della volontà del peccatore, che sarà poi invece invocata come fondamento anche della colpa dalla teologia cristiana.

Lo stretto legame esistente tra la previsione di una legge le cui prescrizioni sono garantite da una *sanctio*, *sanctum* era il muro ma non il territorio da esso circoscritto, e la configurabilità del concetto di colpa risulta particolarmente evidente nelle parole di Paolo di Tarso nella Lettera ai Romani: "la legge è venuta perché la colpa abbondasse [...] E un tempo io vivevo senza la Legge, ma quando venne il comandamento, il peccato ha ripreso vita e io sono morto. Il comandamento, che doveva darmi la vita, fu causa di morte. Il peccato infatti, presa l'occasione, mediante il comandamento mi ha sedotto e per mezzo di esso mi ha dato la morte"²⁴.

Sebbene la teologia cristiana abbia poi elaborato, attraverso aggiustamenti strumentali di diverse idee della filosofia classica platonica e aristotelica oggetto di accese dispute, causa di scismi e scontri sanguinosi, un concetto di libertà della volontà, il libero arbitrio, esso si presenta come dispositivo costringitivo che opera attraverso un comando anche in assenza di legge, agisce nelle forme di un volere che si trasforma sempre in un imperativo e può essere bloccato in ogni suo eventuale contro-movimento. Potremmo dire che la concezione cristiana della volontà incorpora la sanzione.

Perché al diritto sia sottratta la tentazione di affermarsi come dover essere attraverso la previsione della sanzione contenuta in un enunciato linguistico produttivo di una realtà a cui si riferisce, all'interno della quale il crimine viene posto come qualcosa di dovuto, la cui esistenza è riconducibile alla stessa norma, attraverso un paradossale rovesciamento della massima "nulla poena sine culpa" in "nulla culpa sine poena", è necessario mettere in luce gli aspetti non coercitivi,

²⁴ Paolo di Tarso, *Lettera ai Romani*, 7.

spontanei, informali, che la regolamentazione della convivenza fra gli uomini può assumere attraverso una modalità di deliberazione orizzontale e non gerarchica .

È stata proprio la giurisprudenza romana a instaurare una corrispondenza tra l'ideale di perfezione della legge è l'assenza di una sanzione.

Ulpiano nelle *Regulae* classifica le leggi secondo un ordine che privilegia la previsione di meccanismi di annullamento dell'evento diversi dalla pena e lega invece la sanzione all'incapacità di eliminare le conseguenze del reato per altre vie: "si chiama perfetta quella legge che vieta che qualcosa sia fatto e, se viene fatto, lo annulla [*perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, rescindit*]... imperfetta è la legge che vieta che qualcosa sia fatto e, se viene fatto, né lo annulla né infligge una pena a colui che ha agito contro la legge [*nec rescindit nec poenam iniungit ei qui contra legem fecit*]... meno che perfetta [*minus quam perfecta*] è la legge che vieta che qualcosa sia fatto e, se viene fatto, non lo annulla, ma infligge una pena a colui che ha agito contro la legge [*non rescindit, sed poenam iniungit ei qui contra legem fecit*]"²⁵.

La sanzione è dunque collegata, almeno in linea di principio, a un'imperfezione o a una minore perfezione della legge.

Nella tradizione occidentale lo spostamento del primato dalla potenza aristotelica a quello della volontà si traduce nella creazione di un vincolo quasi trascendentale tra il soggetto e le azioni che gli vengono imputate.

La sanzione è dunque collegata, almeno in linea di principio, a un'imperfezione o a una minore perfezione della legge. Fedele alla storia, che nel suo divenire ha affidato alla legge le chiavi della giustizia, permettendo così che una differenziazione del politico del sociale avesse luogo, la decisione, come cerniera tra sistemi e moltiplicatore delle possibilità regolative, sopporta il fardello dell'arbitrio e si orienta verso l'apertura cognitiva a valori e diritti. Quasi volesse riscattare l'arbitrio che l'ha generata, la norma in campo penale vuole spogliare la pena da atrocità e sofferenze, sottraendosi alle distorsioni cui interessi di parte possono continuamente condurla.

²⁵ ULPIANO ENEO DOMIZIO, *Regulae* (I, I-2).

Per far ciò è necessario però, volgendo lo sguardo al di fuori del sistema punitivo, che il principio di legalità sostenga la complessiva architettura dello Stato di diritto. La procedimentalizzazione può costituire la barriera, necessaria ma non sufficiente, a garantire la reciproca autonomia della sfera politica e penale, a mettere al riparo le moderne democrazie dalla possibilità che sul piano penale vengano rappresentati gli interessi dei gruppi dominanti, posti al vertice delle gerarchie sociali. Il pericolo, come sottolinea giustamente Baratta, è che il diritto penale si presti ad essere utilizzato come un “sottosistema funzionale alla riproduzione materiale e ideologica (legittimazione) del sistema sociale globale, cioè dei rapporti di potere e proprietà esistenti, piuttosto che come uno strumento di tutela di interessi e diritti particolari degli individui”²⁶.

L'impostazione pesantemente inquisitoria che riduce il diritto penale a strumento politico utilizzato per ottenere consenso cavalcando sentimenti di insicurezza, spesso alimentati ad arte, rappresenta un altro rischio concreto che, secondo Ferrajoli, determina un deterioramento del tessuto civile²⁷ e rispecchia la crisi della legittimità del sistema penale italiano contemporaneo. “È in crisi il modello penale garantista, aggredito nei diritti di libertà dalla demagogia securitaria e dalla cultura della permanente emergenza e, nei diritti sociali, dalle politiche antisociali imposte dalla globalizzazione a un ceto politico tanto impotente, perché subalterno nei confronti dei mercati, quanto onnipotente, nei confronti dei soggetti deboli e dei loro diritti”²⁸.

Il così detto populismo penale si esprime “nella duplice forma di manifestazione legislativa e giudiziaria” attraverso la canalizzazione delle frustrazioni e dei sentimenti negativi propri dei periodi di crisi sociale ed economica nella sanzione penale²⁹ e nella sua “strumentalizzazione politica secondo i paradigmi di un illiberale “diritto penale del nemico”³⁰.

²⁶ A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo*, cit., 445.

²⁷ L. FERRAJOLI, *Cos'è il garantismo*, in *Criminalia* 2014, Pisa, ETS, 2015, 138 ss.

²⁸ L. FERRAJOLI, *Illuminismo e garantismo. Riflessioni a partire da alcuni studi recenti*, in *Filosofia politica*, 3, dicembre 2013, 540.

²⁹ Il populismo penale non è una semplice etichetta ma evoca secondo Anastasia “il peso della trasformazione dei sistemi politici e dei regimi democratici post-novecenteschi sui relativi

3. Violenza strutturale e diritto penale minimo

La progressione del sistema punitivo verso modelli tecnocratici determina un allentamento delle possibilità democratiche del diritto penale. Favorisce, altresì, politiche volte alla selezione della popolazione carceraria all'interno delle fasce più deboli tramite la criminalizzazione di comportamenti diffusi in specifici contesti sociali e mostrando un particolare accanimento nella persecuzione di un tipo di criminalità differente da quella che riguarda gruppi dominanti, organismi statali, organizzazioni economiche pubbliche o private³¹.

Le forme espressive della violenza trovano le loro ragioni profonde in strutture non immediatamente visibili e necessarie per il mantenimento di un ordine dominante, realizzando quella mediazione che Galtung definisce "violenza strutturale"³² e che deve il suo successo alla capacità di operare in un contesto invisibile. Stabilire cioè

sistemi penali e non segue un unico indirizzo politico ma può presentarsi in una declinazione "di destra" e una "di sinistra" a seconda del target contro cui si indirizza e delle funzioni che intende assolvere. S. ANASTASIA, *Le pene e il carcere*, Mondadori, Milano, 2022, 58. Riguardo all'inclusione dell'uso simbolico della criminalità nell'attività di governo si sostiene che: "l'esercizio dell'azione di governo non avviene più nonostante la devianza, ma attraverso la criminalità", ID., *op. cit.*, 53.

³⁰ G. FIANDACA, *Luigi Ferrajoli e il diritto penale*, in *Ragion pratica*, 2, dicembre 2020, 432. Sul punto si guardino anche ID., *Scarcerazioni per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica*, in *Sistema penale*, 19 maggio 2020, 1-16; ID., *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia 2013*, Pisa, ETS, 2014, 95-121; L. FERRAJOLI, *Democrazia e paura*, in M. BOVERO, V. PAZÉ (a cura di), *La democrazia in nove lezioni*, Laterza, Roma-Bari, 2010, 115-135. Anastasia individua nella "centralità della giustizia penale nel dibattito pubblico" e nel "ritorno della forma detentiva come modalità principale di governo della marginalità sociale" le caratteristiche fondamentali della vicenda penale dell'Italia della seconda repubblica. Dalla fine degli anni ottanta, in risposta al disorientamento e alla fragilità delle istituzioni della tarda modernità, colpa e pena prendono il posto di interessi contrapposti e valori nel dibattito pubblico, cresce la domanda di controllo e sanzione penale e le politiche criminali vengono condotte secondo il principio della massima severità penale con ampliamento delle fattispecie e aggravamento delle pene. S. ANASTASIA, *op. cit.*, 21.

³¹ Riguardo ai crimini legati alla corruzione strutturale della sfera pubblica Ferrajoli scrive che: "la criminalità che si impone oggi alla giustizia penale" è "la criminalità dei pubblici poteri, anch'essa di solito organizzata, dalle svariate forme di corruzione e di appropriazione della cosa pubblica alla grande criminalità economica e finanziaria" e implicante "processi di dislocazione del potere politico tra le diverse posizioni, in sedi invisibili sottratte ai controlli politici e giurisdizionali". L. FERRAJOLI, *Per un programma di diritto penale minimo*, in L. PEPINO (a cura di), *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, Franco Angeli, Milano, 1993, 60; L. FERRAJOLI, *Giurisdizione e democrazia*, in *Democrazia e diritto*, 1, 1997, 288.

³² J. GALTUNG, *Strutturale Gewalt. Beiträge Zur Friedens-und Konfliktforschung*, Reinb, Amburgo, 1975.

rapporti di forze, rapporti sociali, distribuzione di opportunità e di risorse in modo iniquo, impedisce alle vittime di tali ingiustizie di raggiungere una piena realizzazione “somatica e spirituale”³³, di acquisire una reale coscienza dei meccanismi di regolazione del potere e di pensare a una organizzazione delle forze in senso contrario. Impedita qualsiasi forma di resistenza, il dominio può operare al riparo da occhi indiscreti. Sul punto Byung-Chul Han: “La violenza strutturale non è violenza nel senso rigoroso del termine, è piuttosto una tecnica di dominio. Essa rende possibile un dominio discreto, molto più efficiente di quello violento”³⁴. Lo stato di diritto, pur predisponendo un apparato sanzionatorio in grado rispondere alla violazione delle leggi, dispone di un potere che, come sottolinea Han, non ha bisogno di ricorrere alla minaccia della sanzione, facendo assurgere la stessa a preconditione della sua esistenza, per ottenere l’obbedienza³⁵.

Un sistema rigoroso di giustificazione del diritto penale che voglia provare a contrastare gli aspetti istituzionali³⁶ o strutturali della violenza³⁷, oltre a proporre un paradigma meta-teorico di giustificazione delle pene, deve predisporre un complesso sistema di garanzie penali e processuali a tutela di beni e diritti

³³ *Ibid.*, 9.

³⁴ B. C.HAN, *Che cos’è il potere?*, trad. it. di Simone Buttazzi, Milano, Edizioni Nottetempo, 2019, 114 (ed. or. *Was ist Macht?*, Ditzingen, Philipp Reclam jun. Verlag, 2005). Sulla medesima tematica si guardi anche ID., *Topologia della violenza*, Edizioni Nottetempo, Milano, 2020 (ed. or. *Topologie der Gewalt*, Berlino, Matthes & Seitz Berlin, trad. it. di Simone Buttazzi).

³⁵ “Si evita il crimine in prima battuta non per paura della punizione, bensì come segno di riconoscimento dell’ordinamento giuridico, vale a dire perché il diritto è la mia stessa azione, la mia libertà”. B. C. HAN, *Che cos’è il potere?*, cit., 25.

³⁶ Il contributo del sistema penale alla costruzione dell’architettura sociale, tramite la repressione, la fabbricazione e la perpetuazione di un particolare tipo di delinquenza, funzionale al mantenimento dei rapporti di produzione e alla conservazione della ineguale distribuzione delle risorse è sottolineata da Foucault in diversi dei suoi lavori relativi alla pena, alla detenzione e alle istituzioni carcerarie, tra cui: M. FOUCAULT, *La verità e le forme giuridiche* (1993), in DAL LAGO A. (a cura di), *Prigione e dintorni, Detti e scritti tratti dall’«Archivio Foucault»*, Milano, Feltrinelli, 1997; ID., *Sorvegliare e punire*, Einaudi, Torino (ed. or. *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Editions Gallimard, Parigi, 1975); ID., *L’illegalismo e l’arte di punire*, in *Discipline, Poteri, Verità. Detti e scritti* (1970-1984), in M. BERTANI, V. ZINI (a cura di), Marietti, Milano-Genova, 2008. Si guardino anche A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, il Mulino, Bologna, 1982; ID; *Problemi sociali e percezione della criminalità*, in *Dei delitti e delle pene. Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale*, I, 1, 1983.

³⁷ Interessanti osservazioni sulla marginalizzazione del dissenso e l’estendersi della violenza politica in ambito democratico sono contenute in L. FERRAJOLI L., D. ZOLO, *Democrazia autoritaria e capitalismo maturo*, Feltrinelli, Milano, 1978.

fondamentali individuali e collettivi. Profilare quindi un garantismo positivo, inteso come “un sistema di garanzie di verità, oltre che di libertà, che realizza la sola efficienza penale sensatamente perseguibile”³⁸, capace di proteggere la democrazia, respingendo qualsiasi istanza emergenziale, autoritaria e poliziesca.

Quel particolare paradigma teorico e normativo che consente di utilizzare il diritto penale come strumento di garanzia e di contenimento della violenza, sociale e istituzionale, va sotto il nome di diritto penale minimo³⁹.

Si deve a Luigi Ferrajoli la formalizzazione di un tale modello, articolantesi in paradigma binario: meta-teorico di giustificazione e teorico-normativo del diritto penale.

Facendo proprio l’insegnamento di Cesare Beccaria⁴⁰ secondo il quale: “perché ogni pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, dev’essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata a’ delitti, dettata dalle leggi!”⁴¹, Ferrajoli individua una dottrina che riconosce al diritto penale una giustificazione meta-teorica solo nella misura in cui esso sia in grado di prevenire o minimizzare le offese a beni e diritti fondamentali e di prevenire o ridurre al minimo le punizioni arbitrarie. Da un punto di vista normativo, la locuzione “diritto penale minimo” si riferisce a un complesso sistema di garanzie penali e processuali che utilizza proibizioni, pene e processi per tutelare beni e diritti fondamentali individuali di immunità, di libertà e di sicurezza delle parti offese dai reati e proteggere altresì i diritti dei possibili imputati, degli imputati e dei condannati contro eventuali abusi polizieschi, giudiziari e delle autorità carcerarie.

La legge penale diviene in questo quadro «legge del più debole»⁴² non essendo limitata la sua funzione esclusivamente alla difesa degli interessi sociali aggrediti, ma orientandosi alla tutela del soggetto più debole che, secondo una linearità

³⁸ L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, in D. IPPOLITO, S. SPINA (a cura di), Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 22.

³⁹ *Ibid.*, 19.

⁴⁰ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in F. VENTURI F. (a cura di), Einaudi, Torino, 1981 (1766).

⁴¹ L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista*, cit., 19.

⁴² *Ibid.* 48.

conseguenziale innescata dalla possibilità del crimine o dalla sua effettiva commissione, si identifica prima nel soggetto offeso o minacciato da reato, poi nel soggetto a cui può rivolgersi un atto di vendetta⁴³ e alla fine nel condannato.

La pena si pone quindi come “male minore” ossia come strumento che consente il contenimento massimo della violenza che caratterizza delitti, vendette, punizioni arbitrarie e persecutorie. Un male che per essere legittimo deve dimostrarsi, nel complesso, meno afflittivo rispetto a reazioni non controllabili che si muovono al di fuori di un sentiero giuridico. Il monopolio statale dell’uso della forza ha la finalità principale di opporsi alla violenza del più forte e accetta che uno stringente complesso di vincoli e limiti disciplini e mitighi la sua azione punitiva.

Dare conto delle ragioni che rendono legittimo irrogare una pena, vuol dire interrogarsi sulla sua funzione, affrontare quindi una problematica scientifica le cui risposte possono essere formulate nella forma di proposizioni assertive, suscettibili di falsificazione, e che attengono propriamente al sapere storico e sociografico.

Oltre ad enunciati assertivi tendenti a chiarire il perché dell’esistenza della pena, l’interrogazione sulle motivazioni alla base della sanzione penale può produrre risposte di ordine filosofico, espresse nelle forme di proposizioni normative sulle quali non è possibile esprimersi in termini di verità o di falsità, ma occorre fornire un giudizio di accettabilità o inaccettabilità assiologica. Questo chiarimento preliminare è necessario per distinguere, seguendo l’impostazione di Ferrajoli, all’interno della categoria generale delle teorie della pena, quelle esplicative o spiegazioni, idonee a definire la funzione della pena attraverso una descrizione storiografica e sociologica, da quelle assiologiche, dottrine normative, norme o modelli normativi, formulate attraverso il riferimento a valori e capaci di pronunciarsi rispetto a uno scopo.

4. Teorie della pena. Dalla retribuzione al garantismo positivo.

⁴³ Per alcuni rilievi critici si guardi D. NELKEN, *La giustificazione della pena e i diritti dell'imputato*, in L. GIANFORMAGGIO, *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Toribò, 1993, 275-307.

Tracciato il percorso epistemologico che conduce all'essere (funzione) e al dover essere (scopo) della pena, è possibile analizzare criticamente i tre filoni fondamentali nei quali si articola la teoria della pena: retribuzione, prevenzione generale, prevenzione speciale o individuale. Si può altresì utilizzare come filtro per le ideologie il principio di Hume, che vieta di ricavare attraverso un ragionamento logico conclusioni prescrittive o morali da premesse descrittive o fattuali e anche l'operazione inversa. È ideologia, secondo Ferrajoli, ogni teoria che, contravvenendo al principio meta-etico appena enunciato, confonde tra essere e dover essere, incorrendo nella fallacia naturalistica quando contrabbanda un fatto per uno scopo, nella fallacia idealistica quando propone uno scopo come idoneo a realizzare una funzione senza però preoccuparsi di compiere una verifica empirica a posteriori, al fine di accertarne la corrispondenza.

Individuare criteri che consentono di ritenere dei mezzi penali accettabili rispetto a uno scopo dato, vuol dire discorrere sulla giustificazione della pena (ciò è proprio delle dottrine che si muovono su un livello meta-teorico), mentre preoccuparsi di verificare la concreta idoneità dei mezzi penali a svolgere la funzione postulata dallo scopo, significa parlare di giustificazione (fornire un giudizio diretto sul diritto penale e sulle pene). Il termine "pena" appare, sin dalla sua comparsa negli antichi testi omerici⁴⁴, caratterizzato da un'ambivalenza semantica; *poinë* indica tanto la mercede, l'oggetto che viene offerto in cambio di qualcosa a titolo di riparazione, il ricambio sul presupposto dell'equivalenza, quanto il castigo, la punizione per un male che è stato cagionato. In epoca successiva il termine *poinë* e la sua variante *pónos* assumeranno il significato di dolore, sofferenza "inflitta per compensare una precedente e fondamentalmente analoga sofferenza"⁴⁵, e in

⁴⁴ Come osservato da Curi. Cfr. U Curi, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Bollati Boringhieri, Torino, 2019, 103 ss. In proposito si guardino anche: OMERO, *Iliade*, M. G. Ciani (trad. it. e a cura di), Marsilio, Venezia, 1990; ID., *Odissea*, M. G. Ciani (trad. it. e a cura di), Marsilio, Venezia, 1994; ESCHILO, *Agamennone*, in G. MORANI, M. MORANI (trad. it. e a cura di), *Tragedie e frammenti*, UTET, Torino, 1987, 469; ID., *Eumenidi*, in *Tragedie e frammenti*, G. MORANI, M. MORANI (trad. it. e a cura di), UTET, Torino, 1987, 579; EURIPIDE, *Troiane*, in *Tragedie*, O. MUSSO (trad. it. e a cura di), UTET, Torino, 1980, 467;

⁴⁵ U. CURI, *op. cit.*, 104. Sul tema si guardi anche: U. CURI, G. PALOMABRINI, *Diritto penale minimo*, Donzeli, Roma, 2002.

quest'accezione di compensazione necessariamente dolorosa ma anche capace di "rendere puro", "purificare" quanto è stato contaminato dalla colpa, si radica nelle lingue neolatine.

La pena diventa lo strumento per ovviare allo squilibrio indotto dalla condotta colpevole, un rimedio necessariamente doloroso, capace di ristabilire un equilibrio perso, reintegrare l'ordine cosmico violato: "proprio perché è costitutivamente anche *sofferenza*, la pena-punizione può agire anche come *purificazione*: il dolore è veicolo e tramite per il riscatto individuale di colui che abbia meritato la *pena*, ed è inoltre mezzo efficace per ripristinare l'equilibrio preesistente"⁴⁶.

Il dispositivo penale che governa gli uomini, assicurando che il perseguimento del bene attraverso le norme ispirate a criteri di giustizia, nella tradizione giudaico-cristiana, è direttamente imputato alla volontà divina, quale è chiaramente espressa nelle Sacre Scritture, da cui si evince che al male che si realizza mediante offese è necessario rispondere con un male equivalente e indirizzato in senso opposto, capace di ripristinare l'ordine violato e far prevalere il bene secondo la volontà di Dio⁴⁷.

Non si fatica a comprendere allora che le teorie correzionali di ispirazione cattolica identifichino nel mezzo punitivo uno strumento terapeutico⁴⁸, idoneo a curare quella malattia dell'anima che il delitto rappresenta, aprendo la strada ad una confusione tra diritto e morale. In questa cornice la pena, castigo o retribuzione divina, non contempla limitazioni di intensità o di durata, potendo aprirsi

⁴⁶ U. CURI, *op. cit.*, 107.

⁴⁷ Molteplici i passi del Vecchio Testamento nei quali si prospetta la pena come comportamento di restituzione del male esattamente corrispondente a quello ricevuto o nei termini di un risarcimento per equivalente. Paradigmatici a questo proposito: "Ma se segue una disgrazia, allora pagherai vita per vita: occhio per occhio, dente per dente, mano per mano, piede per piede, bruciatura per bruciatura, ferita per ferita, livido per livido" (Esodo, 21, 23-25; La BIBBIA, *Nuova versione ufficiale della Conferenza Episcopale Italiana*, Cinisello Balsamo, San Paolo, 159) e "Chi percuote a morte qualsiasi uomo dovrà essere messo a morte. Chi percuote a morte un capo di bestiame, dovrà risarcirlo: vita per vita" (Levitico, 24, 19-21; *op. cit.*, 239).

⁴⁸ La concezione della punizione come "*poena medicinalis*" in Tommaso d'Aquino arriva a legittimare anche il sacrificio della vita di colui che lede il bene supremo della sicurezza pubblica tramite la pena di morte. Cfr. TOMMASO D'AQUINO, *La Somma Teologica. Testo latino a fronte*, vol.2, Edizioni Studio Domenicano Bologna, 2014, (1485), II-II, q. 64, a.

all'inflizione di ogni sofferenza necessaria alla restaurazione della giustizia violata ma rimanendo estranea alle logiche del taglione.

Non dissimili le conclusioni cui pervengono, pur seguendo strade diverse, le dottrine che intendono la pena come retribuzione etica, corrispettivo di una violazione, necessario per ripristinare l'ordine giuridico e morale violato.

In Kant, ad esempio, nonostante una certa influenza iniziale esercitata dall'illuminismo utilitarista e dalla concezione preventiva della sanzione sul suo pensiero, la pena opera come castigo che accompagna l'infrangimento dell'imperativo categorico; sicché la punizione giuridica, distinta da quella naturale, non rappresenta un mezzo impiegato per il conseguimento di un bene, ma deve essere inflitta al reo dal sovrano per il semplice fatto dei aver commesso un crimine. Questa intransigente visione non esita a prescrivere l'estremo rimedio della pena capitale: "anche quando la società civile si dissolvesse col consenso di tutti i suoi membri, l'ultimo assassino che si trovasse in prigione dovrebbe essere giustiziato, affinché ciascuno porti la pena della sua condotta e il sangue versato non ricada sul popolo che non ha reclamato quella punizione"⁴⁹.

Kant, nell'invocare la pena di morte per tutti coloro che hanno commesso un omicidio, l'abbiano ordinato o vi abbiano concorso in qualsiasi modo, offre una definizione eloquente della concezione filosofica che fonda la sua idea di giustizia: "così vuole la giustizia come idea del potere giudiziario secondo leggi universali fondate a priori"⁵⁰. Questa posizione deve essere interpretata alla luce dell'idea kantiana della moralità universale, autonoma e indipendente dal dato materiale dell'esperienza, secondo cui la dignità umana non può mai essere strumentalizzata per finalità esterne.

La retribuzione etica, che ricorre anche nelle teorie di Platone e Leibniz, assume connotazioni giuridiche in Hegel attraverso la configurazione di una pena che sia capace di riaffermare il diritto violato dal reato, sostanza etica e valore morale, attraverso una violenza opposta. "Le diverse considerazioni che attengono alla

⁴⁹ I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, in N. BOBBIO, L. FIRPO, V. MATHIEU, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2009 (1797), 166-167.

⁵⁰ I. KANT, *op. cit.*, 168.

pena come apparenza [...] presuppongono la fondazione che il punire sia giusto in sé e per sé. In questa discussione importa unicamente che il delitto, e non inteso come la produzione di un male, bensì come lesione del diritto come diritto, dev'esser tolto"⁵¹.

Il reato offende, nella visione hegeliana, la coscienza collettiva della validità della legge, espressione dell'universale, perciò la pena si presenta come strumento per ricondurre la coscienza del reo, che nel delitto aveva deciso di assecondare le pulsioni della volontà individuale, a una più alta dimensione. La coercizione come retribuzione giuridica, riferendosi ad un diritto non completamente distinto dalla morale⁵², assicura l'affermazione dell'essenza universale all'interno della volontà del singolo. Il ripristino dell'universale in una forma equivalente a quella oggetto della lesione, infrangimento della coscienza collettiva e allo stesso tempo violazione della legge, è possibile grazie alla pena. Sebbene una connotazione retributiva sia senz'altro presente, e forse prevalga, nella configurazione hegeliana della pena, non sono estranee alla stessa venature rieducative e special-preventive. Il rimprovero mosso attraverso l'irrogazione di una pena può essere, infatti, compreso dal reo, il quale ha l'occasione di redimersi e decidere di orientare la propria condotta verso un modello non deviante. Probabilmente, è il deciso favore espresso da Hegel nei confronti della pena di morte che porta a considerare prevalente, tra le diverse facce che la sua teoria della pena può mostrare a seconda dell'angolazione dalla quale la si osserva, l'aspetto retributivo.

L'affrancamento della punizione dal paradigma della legge del taglione che secondo Hegel "onora" il reo considerandolo come soggetto razionale porta ad attribuire la connotazione di "retribuzionismo politico"⁵³ alla teoria hegeliana in contrapposizione a quello morale di Kant.

⁵¹ G. W. F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Rusconi, Milano, 1996 (1821), 89.

⁵² Per una trattazione del problema della confusione tra diritto e morale che affligge le teorie della retribuzione si guardi M. A. CATTANEO, *Il problema filosofico della pena*, Editrice Università, Ferrara, 1978.

⁵³ T. BROOKS, *Hegel's Political Philosophy: A Systematic Reading of the Philosophy of Right*, Edinburgh University Press, Edimburgo, 2012.

Una concezione retributiva caratterizza anche la visione di Nietzsche che, in "Genealogia della morale", risolve la pena nella vendetta del creditore insoddisfatto portata sul debitore, all'interno di una compravendita, rapporto economico fondamentale del commercio al quale è informato l'intero sistema civile, con l'intento espresso di ripristinare l'ordine violato. La sofferenza inflitta al trasgressore, però, oltre a ristabilire un equilibrio fattuale, costituiva espressione del desiderio umano di offendere un nemico attraverso modalità atroci, che nella fase antecedente all'avvento della morale cattolica, secondo il filosofo tedesco, non veniva nascosta dietro alcun pudore o remora morale e poteva esprimersi nelle forme più efferate, lasciando il reale senso della pena.

Il legame della violenza con la giustizia si manifestava, nell'epoca della "Morale aristocratica", in tutta la sua evidenza attraverso le esecuzioni e le torture più efferate, squartamento, scuoiamento, lapidazione, bollitura dei corpi nell'olio o nel vino. Operazioni che esprimono l'aspetto "drammatico" della pena, considerata in quanto atto nel suo manifestarsi come "una certa severa sequenza di procedure"⁵⁴. È l'avvento della "nuova Morale" a determinare una sublimazione del sentimento di colpa e del risentimento umano nei confronti di Dio per la miseria della propria condizione e ad ammantare la pena con un velo di altruistica tensione verso la protezione della comunità e la rieducazione del reo. La pena, formalmente non più diretta esplicitamente a soddisfare il creditore, si iscrive in un rapporto più vasto, quello fra l'uomo e Dio, concorre alla riparazione del debito che l'uomo ha nei confronti della figura divina che lo sovrasta e che determina la sua condizione di miseria, ma non riesce a riscattarlo da questo scacco ontologico ed eliminare il senso di colpa che deriva dalla percezione della menomazione esistenziale che inibisce la "volontà di potenza".

L'affidamento della potestà punitiva ad un'autorità terza e la sottrazione all'offeso della possibilità di infliggere una sofferenza direttamente compensativa del male subito, determinano la scomparsa pressoché totale della figura del creditore dalla

⁵⁴ F. W. NIETZSCHE, *Genealogia della morale. Uno scritto polemico*, Edizione digitale, disponibile in <https://rodoni.ch/NIETZSCHE/genealogia.pdf>, 1887, 34.

liturgia giudiziaria. Attraverso un'efficace metafora, Nietzsche paragona la condizione di espropriazione dell'uomo di fronte alla morale cattolica a quella degli animali acquatici, forzati ad adeguarsi alla vita sulla terraferma per non morire, costretti a rinunciare a istinti che non possono cancellare ma che devono inibire e a muoversi su zampe non in grado di sorreggerli. A queste creature somigliano gli esseri umani in marcia forzata verso "la cattiva coscienza", ossia l'introyezione di "tutti quegli istinti dell'uomo libero e randagio"⁵⁵ che, non trovando espressione esterna, si rivolgono "contro l'uomo stesso" e finiscono per ferirlo gravemente. La pena, perso l'originario scopo retributivo ed espressivo degli istinti legati all'animalità, diviene solamente strumento di mortificazione dell'uomo rivolto contro un altro uomo, espressione del desiderio di infliggere sofferenza: "la storia precedente della pena, la storia della sua utilizzazione agli scopi più diversi, finisce per cristallizzarsi in una specie di unità difficile da districare, difficile da analizzare, e lo si deve ribadire, assolutamente non definibile. (Oggi non è possibile dire con certezza "per quale ragione" si applichi una pena: ogni concetto, in cui si concentri semioticamente tutto un processo, si sottrae alla definizione; è definibile solo ciò che non ha storia)"⁵⁶.

Nelle teorie retributive, la pena, come retribuzione etica, corrispettivo di una violazione necessario per ripristinare l'ordine giuridico e morale violato⁵⁷, risponde ad un imperativo categorico che non tollera considerazioni utilitaristiche, attua un ideale di giustizia che non accetta alcun confronto con la realtà e, nel far questo, denuncia la natura ideologica delle dottrine di riferimento.

Siamo di fronte alla già citata fallacia naturalistica di teorie che, identificando mezzo punitivo e scopo, scambiando motivazione con giustificazione, provano a dedurre il dover essere (la pena deve retribuire) dall'essere (la pena retribuisce).

⁵⁵F. W. NIETZSCHE, *op. cit.*, 37.

⁵⁶F. W. NIETZSCHE, *op. cit.*, 34.

⁵⁷ Riguardo all'inflizione di dolore ulteriore rispetto a quello che si accompagna alla privazione di libertà propria della detenzione anche in un sistema costituzionale, Anastasia osserva: "il nucleo duro della pena, la sua ragione intima, la sua radice ineliminabile è l'idea di degradazione del condannato, dell'autore di reato, del deviante che ha offeso la comunità". S. ANASTASIA, *op. cit.*, 11.

Nelle teorie retributive, la pena, come retribuzione etica, corrispettivo di una violazione necessario per ripristinare l'ordine giuridico e morale violato⁵⁸, risponde ad un imperativo categorico che non tollera considerazioni utilitaristiche, attua un ideale di giustizia che non accetta alcun confronto con la realtà e, nel far questo, denuncia la natura ideologica delle dottrine di riferimento.

Siamo di fronte alla già citata fallacia naturalistica di teorie che, identificando mezzo punitivo e scopo, scambiando motivazione con giustificazione, provano a dedurre il dover essere (la pena deve retribuire) dall'essere (la pena retribuisce).

Le teorie della prevenzione invece, speciale e generale, sono descrittive della funzione, forniscono cioè degli schemi esplicativi relativi alla finalità della pena. Qualora queste descrizioni, come di frequente succede, vengano utilizzate come modelli prescrittivi o giustificativi diventano anch'esse ideologie.

Ciò accade quando, dal fatto che alla pena sia assegnato il compito di prevenire i delitti (dover essere) queste teorie, in violazione della legge di Hume, pretendono di poter affermare che lo scopo sia realizzato (essere) per il fatto stesso di venire previsto come tale (fallacia idealistica), ritenendo superfluo un invece necessario controllo fattuale tratto dall'osservazione empirica. La teoria special-preventiva assegna alla pena il compito di prevenire che l'autore di un reato possa commettere ulteriori crimini in futuro attraverso l'intimidazione o, nei casi in cui ci sia la possibilità che il condannato riesca a reinserirsi nella società rispettando la legge, nelle forme della risocializzazione. Quando il destinatario della pena non appaia "suscettibile né di risocializzazione né di intimidazione"⁵⁹ non resta allora che neutralizzarlo, rendendolo inoffensivo o rendendogli più difficile la commissione di ulteriori reati.

Una simile teoria correzionale condivide con le dottrine assolute della retribuzione l'idea secondo la quale: "la pena (come del resto la proibizione) non è giustificata

⁵⁸ Riguardo all'inflizione di dolore ulteriore rispetto a quello che si accompagna alla privazione di libertà propria della detenzione anche in un sistema costituzionale, Anastasia osserva: "il nucleo duro della pena, la sua ragione intima, la sua radice ineliminabile è l'idea di degradazione del condannato, dell'autore di reato, del deviante che ha offeso la comunità". S. ANASTASIA, *op. cit.*, 11.

⁵⁹ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2003, 4.

da scopi extra-punitivi, ma dal valore intrinseco associato alla sua irrogazione, configurata come un bene in sé e come un fine a se medesima s causa del valore intrinseco e non extra-penale parimenti associato alla proibizione”⁶⁰.

Entrambe, come già anticipato, si dimostrano incapaci di soddisfare i requisiti dello schema meta-etico proposto da Ferrajoli per la giustificazione di un sistema di diritto penale⁶¹. È necessario che lo scopo della norma penale sia riconosciuto come un bene extra-giuridico, esterno, situato al di fuori del diritto penale stesso, qualora si vogliano evitare costruzioni fondate su auto-justificazioni ideologiche del diritto penale. Il mezzo utilizzato per perseguire questo scopo deve essere considerato come un male, costo umano, sofferenza inflitta, limitazione di diritti riconosciuti, necessario ma da giustificare e contenere. La fondazione etico-politica dei beni meritevoli di protezione non è compatibile con la netta separazione tra ambito giuridico e morale che postula il diritto penale minimo. I mezzi e i fini devono essere giustificati e individuati facendo riferimento al complesso valoriale e normativo che emerge dalla Carta costituzionale e dalle fonti di diritto ad essa subordinate. Tra mezzi e fini deve sussistere poi un rapporto di congruenza, gli scopi, cioè, debbono essere realizzabili effettivamente e necessariamente attraverso le pene, e di omogeneità, perché sia possibile una comparazione tra bene perseguito come fine e male inferto tramite sanzioni o un giudizio quantitativo sullo stesso che renda possibile qualificarlo come “male minore rispetto alla mancata realizzazione del fine”⁶².

Il diritto penale minimo rappresenta quindi una dottrina che individua giustificazioni del diritto penale relative, condizionate e offerte *a posteriori*, sulla base della realizzazione del bene giuridico individuato come scopo e della valutazione circa l’adeguatezza dei mezzi impiegati per raggiungerlo.

⁶⁰ L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista*, cit., 36.

⁶¹ Per una risposta alle critiche avanzate proprio da Marinucci e Dolcini al paradigma del diritto penale minimo si guardi: L. FERRAJOLI, *Sul diritto penale minimo (risposta a Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini)*, *Il Foro Italiano*, aprile, Vol. 123, No. 4, Società Editrice Il Foro Italiano ARL, 2000, 125-126, 131-132.

⁶² L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista*, cit., 34. Si guardi anche G. FIANDACA, *Quando proibire e perché punire? Ragioni di “concordia discors” con Luigi Ferrajoli*, in L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 1993, 263-274.

Le teorie utilitaristiche della prevenzione generale, secondo le quali la pena è un mezzo per “orientare le scelte di comportamento della generalità dei suoi destinatari”⁶³ tramite l’intimidazione contenuta nella minaccia della sanzione, alla quale viene attribuita una “funzione di contropinta psicologica, tale da neutralizzare le spinte a delinquere dei consociati”⁶⁴, hanno la capacità di realizzare una dissociazione tra mezzi penali, considerati come mali, e scopi, posti al di fuori del sistema penale.

Una promozione positiva di valori, funzionale all’implementazione della fiducia dei cittadini nell’ordinamento giuridico, quella promossa dalla prevenzione generale, capace di adattarsi alla teoria della pena offerta dalla cultura giuridica contemporanea secondo diverse prospettive⁶⁵ e idonea a soddisfare anche i requisiti meta-etici e normativi del modello predisposto da Ferrajoli.

⁶³ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, 4. Come nota Curi, già nella Bibbia, in particolare nel Deuteronomo, in occasione della condanna di un testimone che affermava il falso nel corso di un processo, la pena sembra assumere una connotazione in qualche misura general-preventiva. Della comminazione della sanzione «gli altri verranno a saperlo e avranno paura e non commetteranno più in mezzo a te una tale azione malvagia» (19, 20). U. CURI, *op. cit.*, 117.

⁶⁴ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, 4.

⁶⁵ Si prendano rapidamente in esame le posizioni sul punto di due protagonisti del dibattito giusfilosofico contemporaneo di scuola anglosassone quali Herbert Hart e Anthony Duff. Ogni teoria della pena secondo Hart deve arrestarsi dinnanzi ai limiti derivanti dai principi fondamentali del diritto penale. L’uso della pena funzionale al raggiungimento di uno obiettivo particolare, attraverso una razionalità orientata allo scopo, non preclude, una volta che il bersaglio sia stato effettivamente raggiunto, che l’applicazione di un criterio ispirato ai valori possa limitare la persecuzione ulteriore del fine che aveva ispirato l’applicazione della sanzione. Anche il fine più alto che viene posto alla base del diritto penale soggiace al principio di legalità e trova un argine nel complesso di garanzie che definiscono i diritti fondamentali dell’uomo. Le dottrine retributivistiche secondo il filosofo inglese non riescono a distinguere con sufficiente chiarezza fra il problema dello scopo giustificante della pena, che deve necessariamente essere basato su valutazioni utilitaristiche e investire il futuro e quello della distribuzione delle pene che riguarda il passato, qualificandosi in questo caso come propriamente retributivo. Distinguendo tra utilità e retribuzione Hart sembra aver tentato una riconciliazione fra le due prospettive elaborando un quadro teorico nel quale trovano posto entrambe. La riflessione di Anthony Duff ci offre poi la possibilità di cogliere un’ulteriore sfumatura insita nella pratica punitiva che contraddistingue le risposte che una società oppone al crimine, mettendone in luce le connotazioni propriamente politiche. La risposta punitiva deve essere collocata all’interno di una pratica collettiva complessa, inscindibile dalla nozione di cittadinanza attorno alla quale tutti i cittadini sono chiamati a collaborare alla gestione della sfera pubblica e che, presuppone la necessità che il reo faccia ammenda nei confronti delle vittime mostrando consapevolezza di essere venuto meno alle sue funzioni attraverso la sua condotta lesiva. Prima che dalle istituzioni penali è “chiamato in causa” da suo *status* di cittadino e dalla conseguente responsabilità nei confronti di una comunità. L’infrazione di un precetto penale è anche

Il pericolo che minaccia queste teorie è però quello di far leva su una versione dell'utilitarismo che il giurista e filosofo fiorentino definisce dimezzata. Un costrutto teorico, cioè, che si pone come finalità unicamente quella di perseguire la massimizzazione del benessere o, meglio, dell'utilità per i non devianti, trascurando invece la versione più ampia che oltre allo scopo si riferisce anche agli interessi dei destinatari della sanzione. Se il fine diventa infliggere la minima sofferenza necessaria alla minoranza dei devianti, oltre alle funzioni di pubblica sicurezza il sistema penale viene informato anche alla tutela della persona del reo. Vengono introdotte così delle garanzie sostanziali e processuali, che operano come limite al potere punitivo dello Stato e presidio dell'incolumità del soggetto sottoposto a sanzione. La versione classica dell'utilitarismo non permette, quindi, di individuare il limite minimo della pena, al di sotto del quale essa non è ammessa, impedisce una comparazione basata sulla omogeneità dei mezzi e dei fini e si pone in contrasto con le due celebri massime kantiane nelle quali la dignità umana viene innalzata a fondamento assiologico dell'agire umano e a valore intrinseco, non suscettibile di degradazioni utilitaristiche: "agisci secondo una massima che possa farsi al tempo stesso legge universale"⁶⁶ e "l'uomo, e ogni essere razionale in genere, esiste come scopo in se stesso, e non solo come mezzo perché sia usato da questa o quella volontà; in tutte le sue azioni, dirette, sia verso se stesso, sia verso altri esseri razionali, esso dev'essere sempre considerato, al tempo stesso, anche come un fine"⁶⁷. In relazione alla teoria del diritto penale minimo Ferrajoli parla invece di "utilitarismo riformato", quella particolare posizione giusfilosofica che si preoccupa di prevenire non solamente i reati, come da tradizione illuminista, ma anche le offese informali e vendicative che potrebbero colpire il reo.

violazione del sentimento di comunione civica che lega i membri di una *polis*, intesa come comunità normativa. La pena svolge una funzione comunicativa. H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford University Press, New York, 2008 (1961); A. DUFF A., *Punishment, communication, and community (Studies in crime and public policy)*, Oxford University Press, New York, 1991; ID., *Punishment, expression and penance*, in H. JUNG (a cura di), *Recht und Moral, Bei- träge zu einer Standortbestimmung*, Nomos, Baden-Baden, 2003.

⁶⁶ I. KANT, *op. cit.*, 202.

⁶⁷ *Ibid.*, 152.