

VINCENZO MONGILLO

CRISI IMMANENTE E CENTRALITÀ
CONTINGENTE DEL “PENALE”
TRA POTERE E DIRITTO

 **GIUFFRÈ**
GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

Isbn 9788828842613

Estratto dal volume:

STUDI IN ONORE DI CARLO ENRICO PALIERO

a cura di

CARLO PIERGALLINI, GRAZIA MANNOZZI, CARLO SOTIS, CHIARA PERINI,
MARCO SCOLETTA, FEDERICO CONSULICH

con la collaborazione di Sara Bianca Taveriti

2022

VINCENZO MONGILLO (*)

CRISI IMMANENTE E CENTRALITÀ CONTINGENTE DEL “PENALE” TRA POTERE E DIRITTO

SOMMARIO: 1. Crisi: una locuzione ambigua. — 2. Crisi e atteggiamento critico. — 3. Crisi ideologiche e crisi empiriche. Genealogie della pena. — 4. Crisi contingente e crisi immanente. — 5. Le dimensioni della corrente crisi del diritto penale. — 5.1. Crisi di fini. — 5.2. Crisi di mezzi. — 5.3. Crisi di metodi. — 6. Apogeo politico-sociale del penale in crisi: una contraddizione solo apparente. — 7. Epilogo: uscita dalla crisi?

1. *Crisi: una locuzione ambigua.*

Non c'è snodo della riflessione penalistica moderna che non passi per il concetto di crisi. Negli ultimi decenni è divenuto quello più sfruttato per esprimere il malessere che percorre il versante penale (1). È anzi ricorrente la tesi secondo cui la crisi — del diritto penale, della politica criminale, della giustizia penale — sia divenuta uno stato ordinario e permanente, fin quasi a mettere in discussione l'ipotesi di partenza: che possa realmente parlarsi di crisi (2).

(*) *Professore ordinario di diritto penale, Università degli Studi di Roma Unitelma Sapienza.*

Lo scritto è dedicato, con ammirata riconoscenza, al Prof. Carlo Enrico Paliero, tra i più lucidi interpreti del patrimonio genetico e delle svariate crisi del “penale” — come costante socio-giuridica e come diritto (garanzia, misura, limite) — nella nostra società in vorticoso movimento.

(1) Cfr. D. GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, trad. it., Milano, 2004, p. 83 s.

(2) Cfr., nei primi anni ottanta, G. VASSALLI, *Diritto penale*, in AA.Vv., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1982, p. 426, secondo cui più che di crisi dovrebbe parlarsi del « più o meno acuto riprodursi o ripresentarsi di questo o di quello dei [...] problemi tradizionali » del diritto penale. Sulle diverse venature della crisi del penale, tra le tante autorevoli voci, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 8^a ed., 2004, p. 337, 719 ss., in particolare sulla crisi di forme e garanzie che contraddistinguono il diritto penale; L. EUSEBI, *La pena “in crisi”. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990; M. SBRICCOLI, *Il problema penale*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, 2009, p. 715 (crisi come « dato permanente e ineliminabile »); F. GIUNTA, *Quale giustificazione per la pena? Le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi*

Si giustifica, pertanto, una riflessione dall'angolazione penalistica su una nozione che tende a irradiarsi in modo tentacolare verso ogni manifestazione di umana attività: filosofia, politica, morale, arte, religione, economia, e diritto in generale.

È bene chiarire dappprincipio il significato della parola "crisi", per sua natura polisemica e giunta all'attuale connotazione lungo numerosi tornanti. Occorre evitare, allora, di cogliere solo alcuni aspetti parziali di tale realtà.

L'etimologia è greca. Deriva dal verbo *κρίνω* (separare e — per traslato — distinguere, giudicare, scegliere, decidere) e dal corrispondente sostantivo *κρίσις* (discernimento, separazione, scelta, decisione) (3). Al contempo, nel lemma greco originario era insita l'idea di fase critica. È nei periodi di crisi, dinanzi a un punto di svolta, che subentra la necessità di compiere scelte nette.

Il termine latino *crisis* conserva tale duplice cifra. L'asestamento semantico, attraverso successive stratificazioni, è poi approdato a uno specifico tipo di crisi, quella medica, divenuta preminente (4). La sorgente è la medicina ippocratica (5): qui la crisi indica la trasformazione decisiva che si produce nel punto culminante di una malattia, vale a dire il cambiamento repentino (*oxyrropos*) di stati morbosi, in senso favorevole o sfavorevole. Nei giorni critici la malattia si decide: o precipita nella morte o si affaccia alla guarigione, come compendò Galeno (II-III sec. d.C.).

Agli albori del XVI secolo lo spostamento semantico del lemma si era già compiuto, favorendo la polarizzazione negativa ora prevalente in ambito sociale, economico e politico. È la crisi come momento pericoloso e decisivo, squilibrio traumatico, « turbamento vasto e profondo nella vita di una collettività, di un gruppo, di una società, di uno Stato » (6); « sintomo o conseguenza del maturarsi di profondi mutamenti organici o strutturali » (7).

Il significato corrente del vocabolo non ha smarrito del tutto l'iniziale inflessione che reca con sé l'idea di cambiamento. La crisi è anche occasione, opportunità di trasformazione decisiva e non più declinabile in un determinato quadrante della vita sociale.

preventivi e disincanti scientifici, in *Pol. dir.*, 2000, pp. 265 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3^a ed., Milano, 2004, p. 8, sulla crisi della politica criminale, « quale crisi di destabilizzazione e di disorientamento culturale ».

(3) L'origine è assai più antica e risale a un protoellenico **kriññō*, dal protoindoeuropeo **krey-*, sempre con significato di separare e scegliere.

(4) N. ABBAGNANO, voce *Crisi*, in *Dizionario di filosofia*, 3^a ed., Torino, 1998, p. 245.

(5) IPOCRATE, *Prognosticon*, 6, 23-24; ID., *Epidemie*, I, 8, 22.

(6) S. BATTAGLIA, *Grande dizionario della lingua italiana*, III, Torino, 1971.

(7) *Dizionario Treccani*, dove quest'accezione si ritrova dopo quella medica. Diversamente il G. DEVOTO-G.C. OLI, *Vocabolario della lingua italiana*, Milano, 2007, pone in primo piano la definizione di « perturbazione acuta nella vita di un individuo o di una collettività ».

2. *Crisi e atteggiamento critico.*

Il greco *krisis* ha la stessa radice dei lemmi “criticare” e “critico” (*kritikos*, der. di *krino*).

Il rapporto tra critica e crisi è plurivoco. La critica può mettere in discussione e indurre la crisi di assetti stabilizzati, rivelandone le incongruenze o inadeguatezze. Al contempo è essa stessa fattore di uscita dalle crisi, verso equilibri più avanzati.

Nella modernità, come sottolineato da Kant nel breve e celebre articolo *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* (8), il “rischiamento” è esattamente il metodo per l’uscita dalla crisi, il passaggio dalla malattia sociale alla guarigione e alla liberazione. Si abbandonano le ombre e le oscurità « per godere pienamente della luce » (9). Il grande filosofo di Königsberg era a suo modo ottimista, nutrendo la convinzione che « il modo di pensare di un capo di stato che favorisca quel tipo di rischiamento va anche oltre, poiché egli comprende che perfino nei riguardi della legislazione da lui statuita non si corre pericolo a permettere ai sudditi di fare uso pubblico della loro ragione e di esporre pubblicamente al mondo le loro idee sopra un migliore assetto della legislazione stessa, perfino criticando apertamente quella esistente ».

Gli ordinamenti evolvono, in effetti, anche mediante la critica alla legge. Dove viene soffocato il valore creativo della contestazione della legge, il diritto resta immobile, non progredisce (10), o più facilmente regredisce. La storia del diritto penale dell’ultimo secolo e mezzo è andata, però, in direzione opposta. Lo mostrano, dapprima, la crisi della legalità e le involuzioni autoritarie di fine Ottocento, scandite dalle leggi di eccezione, dagli stadi d’assedio (11) e (nel campo intellettuale) dagli eccessi del positivismo scientifico; quindi, gli orrori del Novecento, il secolo dei totalitarismi e dei genocidi (12); infine, la crisi del penale dell’Italia repubblicana segnata prima dal succedersi delle emergenze (13) e ora dalle ondate di populismo politico e penale.

(8) Il breve scritto fu pubblicato nel 1784 sulla rivista tedesca *Berlinische Monatsschrift*.

(9) Cfr. U. CURI, *Introduzione. Sapere aude. Filosofia come fuoriuscita*, in *Che cos’è l’Illuminismo*, Sesto San Giovanni, 2021, p. 32 (il volume include il saggio di Kant menzionato nel testo: passo citato a p. 91, e altri di Foucault e Habermas); sull’affermarsi di un atteggiamento critico come « una certa maniera di pensare, di dire e anche di agire » secondo Foucault, *ivi*, pp. 42 ss.

(10) Similmente, L. VIOLANTE, *Antigone*, in M. CARTABIA-L. VIOLANTE, *Giustizia e mito*, Bologna, 2018, p. 112.

(11) M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale* (2002), ora in *Id.*, *Storia del diritto penale*, cit., p. 36.

(12) B. BRUNETEAU, *Il secolo dei genocidi*, Bologna, 2006; M. FLORES, *Il genocidio*, Bologna, 2021.

(13) M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 40, che ricorda i conflitti politici, sindacali, studenteschi degli anni cinquanta e sessanta, il terrorismo interno negli anni settanta, la crimi-

Lo storico olandese Johan Huizinga, pochi anni prima che erompesse tutta la ferocia del Terzo Reich, scrisse parole profetiche sui nessi tra crisi della civiltà, caduta dello spirito critico e generale indebolimento del raziocinio (14). Esse risuonano, di nuovo, come un monito ai nostri giorni. La riflessione critica, questa precisa “postura del pensiero” direbbe Foucault, tende a svanire annebbiando il senso di discernimento, l’equilibrio intellettuale, il ripudio di ogni semplificazione. Si palesano così gli ingredienti di crisi di civiltà già sperimentate: democrazie deboli e nuovi autoritarismi, ricorrenti crisi economico-sociali ora esacerbate anche da una pandemia globale, conflittualità geopolitica, ventate demagogico-populistiche. Specialmente: infiacchimento e talvolta spregio per il pensiero critico.

3. *Crisi ideologiche e crisi empiriche. Genealogie della pena.*

Le crisi della pena e del diritto penale possono essere descritte in termini ideologici o empirico-fattuali.

Sul *piano ideologico*, sono riconducibili al *genus* della crisi delle idee, di determinate dottrine, concezioni filosofiche o visioni del mondo.

Simili crisi possono investire anche le idee penalistiche: scopi, funzioni e teoretiche della pena, paradigmi punitivi o alternativi, concezioni dommatiche e sistematiche, principi, categorie ed elementi del reato, ecc. L’evoluzione del pensiero penalistico rivela un tratto comune a qualsiasi prodotto del pensiero umano. Una dottrina o costruzione penale entra in crisi quando non appare più in sincrono con le credenze dei consociati su valori e obiettivi di riferimento, la cultura dominante o il progresso scientifico, sicché si avverte l’esigenza di rimpiazzarla.

La pena come istituzione è una costante del tessuto sociale (15). L’esperienza punitiva rivela una significativa invariabilità delle strutture e dei problemi di fondo nell’avvicinarsi dei secoli e dei millenni, attestata anche dalla fissità del lessico giuridico-penale (16).

nalità organizzata di stampo mafioso che ha avuto i suoi picchi di recrudescenza tra gli anni ottanta e i primi novanta, la corruzione politico-amministrativa da Tangentopoli in poi.

(14) Il saggio dello storico olandese J. HUIZINGA, *In de schaduwen van morgen*, risale al 1935 ed è stato tradotto per i tipi dell’Einaudi nel 1937 (*La crisi della civiltà*) e di recente dall’editore Aragno nel 2019 (*Nelle ombre del domani*).

(15) D. GARLAND, *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale*, trad. it., Milano, 1999, pp. 321 ss.

(16) Su quest’aspetto, da ultimo, G. MANNOZZI, *Il “castigo”: dimensione terminologica e meta-significati giuridici. Una lettura a partire dalle radici protoindoeuropee della lingua del diritto*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, n. 3/2021, p. 73 ss.

Nondimeno la pena può risentire delle crisi che possono disgregare i sistemi sociali, nel passaggio da una condizione di stabilità a una tumultuosa variabilità negli equilibri politico-istituzionali e culturali (17). Il contesto sociale può attraversare, così, frangenti di forte discontinuità in grado di riverberarsi pure sugli apparati repressivi e gli istituti penali. Crisi ideologiche e crisi empiriche sovente si intrecciano e si alimentano a vicenda.

Le *ricerche genealogiche* di lungo termine sulla pena suggellano questo assunto.

Prima dello spartiacque illuministico — meglio ancora: prima dell'affermarsi di un atteggiamento critico e quindi di un “vero” diritto penale —, la pena ha vissuto periodi più o meno prolungati di crisi. Ma si è trattato essenzialmente di crisi funzionali o effettuali, più che ideologiche. La legittimazione e la necessità della pena non furono mai messe realmente in discussione o anche solo tematizzate. George Fletcher, partendo dal « testo supremo della cultura occidentale » (18), la Genesi biblica, ha svelato un crocevia archetipico nelle nostre concezioni della “colpevolezza”. Da un lato la *guilt* come “contaminazione”, superabile con un sacrificio di purificazione, ossia la matrice ancestrale del modello repressivo-retributivo di giustizia penale. Dall'altro la *guilt* come soggettiva consapevolezza della commissione di un illecito quale viatico di riconciliazione, archetipo di un modello di giustizia dialogico-conciliativo. Dal primo versante, il raffronto tra tre racconti delle vicende dei patriarchi (Sara e Abramo, Abramo e Abimelech, Isacco e Abimelech) (19) rivela non solo la matrice collettivistica e oggettivistica della colpevolezza dal punto di vista arcaico, ma anche la sua primordiale concezione quale contaminazione (*pollution*) insita nelle conseguenze della condotta, a prescindere dalla sua individuale rimproverabilità (20). La macchia (*stain*) della colpa collettiva poteva manifestarsi in sventure ricadenti sul gruppo sociale di appartenenza e il rimedio per

(17) *Crisi* (voce), in *Enc. on line Treccani*, sub *Scienze sociali*.

(18) G.P. FLETCHER, *The Jurisprudence of Genesis*, in *Current Legal Problems*, vol. 56, n. 1, 2003, p. 25; ID., *The Storrs Lectures: Liberals and Romantics at War: The Problem of Collective Guilt*, in *The Yale Law Journal*, 111, 2002, p. 1563. Maggiori dettagli in V. MONGILLO, *Colpevolezza collettiva e colpevolezza individuale nell'universo interculturale fletcheriano*, in A.M. STILE-S. MANACORDA-V. MONGILLO (a cura di), *Common law e civil law: quale “grammatica” per il diritto penale?*, Napoli, 2018, pp. 209 ss.

(19) *Genesi* 12, 17; 20, 3-4; 26, 6-10.

(20) G.P. FLETCHER, *Collective Guilt and Collective Punishment*, in *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 5, 2004, p. 171; ID., *The Grammar of Criminal Law*, vol. I: *Foundations*, New York, 2007, p. 304: « Nel corso della storia [...] il collegamento tra contaminazione e sacrificio è evoluto in quello tra reato e punizione ».

cancellarla erano i rituali di decontaminazione, i tanti riti sacrificali dell'Antico Testamento (21).

Le analogie con la tragedia greca antica sono evidenti. La pestilenza (*λοιμός*) e le carestie che nell'*Edipo Re* di Sofocle sconvolsero la città di Tebe, a cagione dell'incesto e del parricidio inavvertitamente commessi da Edipo, echeggiano le disgrazie abbattutesi nella *Genesi* sull'intera comunità egiziana. Al di là della *hybris* — ergo della "superbia" — nell'affrontare il vaticinio di Apollo, Edipo non ha nulla di cui rimproverarsi, essendo preda di un destino fatale e implacabile (« la potenza del fato è terribile ») (22). La salvezza della *polis* attraverso la cancellazione dell'impurità, ossia del miasma (*μίασμα*) o contaminazione della terra dovuta allo spargimento di sangue (23), è qui perseguita mediante l'esilio, che Edipo descrive come un dolore persino più grande della morte.

Non è facile stabilire quando sia maturata la transizione dell'idea di colpevolezza da questo strato arcaico della coscienza religiosa, da tale immagine di impurità ed oggettiva contaminazione di una collettività, a condizione di rimproverabilità personale; da colpevolezza collettiva a colpevolezza individuale. Come si è notato, « tale trasformazione è troppo profonda e radicale per essere imputata a un singolo processo storico » (24). In altre parole, è frutto dell'intreccio di molti processi storici e altrettante chiavi di lettura.

Di certo, nel corso dei secoli, è gradatamente maturato il passaggio dal nesso sacrale colpa-sacrificio a quello più secolarizzato e moderno reato-pena. Come rilevato da Herbert Morris (25), ad entrambe queste coppie concettuali è immanente una componente ideale di "debito", alla radice delle esperienze punitive primordiali.

(21) Nota ancora G.P. FLETCHER, *Punishment*, cit., p. 347, che il termine impiegato nel capitolo 5 del Levitico per designare un'intera gamma di sacrifici animali — il cui sangue aveva proprio tale funzione "detergente" — è il medesimo utilizzato per indicare la colpa (*asham*), sì da stabilire una corrispondenza biunivoca perfetta tra la colpevolezza come "contaminazione" e il rito sacrificale della "decontaminazione".

(22) M. CARTABIA, *Edipo Re*, in *Giustizia e mito*, cit., pp. 31 ss., 37 ss. Ciò nonostante Edipo reagisce accecandosi alla scoperta del parricidio e dell'incesto con la madre Giocasta: evidentemente, nel mondo antico greco sussiste un nesso tra colpa oggettiva e senso di vergogna per ciò che si è (involontariamente) commesso, assente nel testo biblico.

(23) R. PARKER, *Miasma. Pollution and Purification in early Greek Religion*, Oxford, 1983. Molte le vicende analoghe all'*Edipo re* nella letteratura tragica: ad es., ESCHILO, *Eumenidi*, 280; SOFOCLE, *Antigone*, 170; EURIPIDE, *Medea*, 1267-1270; EURIPIDE, *Ifigenia in Tauride*, 946, 1177, 1226. L'archetipo della contaminazione come miasma si trova già in OMERO, *Iliade*, I, 9-100, in particolare nella narrazione della peste con cui Apollo colpisce gli Achei.

(24) G.P. FLETCHER, *The Storrs Lectures*, cit., p. 1565.

(25) H. MORRIS, *On Guilt and Innocence*, Berkeley, 1976, p. 120.

Da questa angolatura, l'intuizione di Nietzsche (26), esposta nella seconda dissertazione della *Genealogia della morale*, continua a sorprendere: « il basilare concetto morale di “colpa” ha preso origine dal concetto molto materiale di “debito” ». Tale legame economico arcaico è evidente nel lessico tedesco, stante la comune radice — colta dal filosofo di Röcken — dei termini *Schuld* (colpa, colpevolezza) e *Schulden* (debito), inteso quest'ultimo nella sua concretezza economico-giuridica (27).

Fletcher ha riscontrato un'associazione simile, in ebraico, tra *chaiyav* (responsabile) e *chov* (debito) (28). Nella sua visione, la punizione espiatoria è lo strumento mediante il quale, da un certo momento in poi, con un salto logico di non poco conto, si ottiene quella decontaminazione che un tempo era ricercata con il rito sacrificale. La punizione serve, simbolicamente, « a pulire le macchie del passato » (29); in questo senso, è quasi una rivalsa contro il tempo che non può tornare. Simmetricamente, dall'idea secondo cui il danneggiante/colpevole assume un debito da saldare scontando una pena discende l'intima vocazione retributiva del concetto di “colpa” e, correlativamente, la lunga marcia nella storia della pena retributiva.

Sul piano filologico, questa duplicità di prospettive è racchiusa anche nell'espressione greca *poiné*, intesa, da un lato, come mercede, riparazione, corrispettivo, compensazione, contraccambio, e dall'altro come punizione o pena. Da un certo frangente della storia, l'ambivalenza di significato di *poiné* si consolida fino ad assorbire — specularmente all'evoluzione conosciuta dal termine *poena* dal latino classico al latino tardo — il significato di afflizione, dolore, tormento, punizione/contraccambio che implica sofferenza (30). Il termine restituisce, altresì, l'idea del purgare, purificare, ripristinare una pu-

(26) Va segnalato, però, che nel confezionare la tesi sull'origine della pena, il filosofo tedesco attinse agli studi di storia del diritto di J. KOHLER, *Das Recht als Kulturerscheinung*, 1885, da cui riprese anche la descrizione dei rapporti arcaici di obbligazione giuridica: cfr. M. BRUSOTTI, *Die „Selbstverkleinerung des Menschen“ in der Moderne. Studie zu Nietzsches „Zur Genealogie der Moral“*, in *Nietzsche-Studien* 21, 1992, p. 93 s.

(27) F. NIETZSCHE, *Genealogia della morale*, Milano, 1984, p. 51, 58. Anche per Nietzsche la comparsa degli elementi soggettivi del reato incidenti sulla commisurazione della pena, così come l'idea secondo cui « il delinquente merita la pena poiché avrebbe potuto agire altrimenti », corrispondono a « una forma assolutamente tardiva, anzi raffinata del giudicare e dell'inferire umano », atteso che per lungo tempo si è punito per ira di un danno sofferto. V. da ultimo la lettura del pensiero di Nietzsche in M. DONINI, *Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche. La decostruzione del rimprovero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, spec. pp. 1726 ss.

(28) G.P. FLETCHER, *Collective Guilt*, cit., p. 168.

(29) G.P. FLETCHER, *Punishment*, cit., p. 356.

(30) U. CURI, *Il colore dell'Inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Torino, 2019, spec. pp. 47, 103 ss.; Id., *I paradossi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1074 ss. Cfr. anche D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, trad. it., Milano, 2018, p. 58 s.

rezza violata. Rispetto a questa cadenza, l'assonanza più evidente è con il termine "castigo", che deriva dal latino *castus* (puro, integro) e che pure veicola il senso di sofferenza inflitta per redimere, sebbene a differenza della parola *poiné* non evochi un'esigenza di misura o equilibrio quantitativo (31).

Siamo giunti al vero nodo irrisolto della pena: l'assioma del valore positivo, curativo della sofferenza, del dolore arrecato mediante la punizione. Una logica del male che tende a confondersi con l'assenza di logica.

Il conato di smascherare le false verità e i falsi valori della morale occidentale spinse Nietzsche anche a indagare il nesso primigenio tra debito e sofferenza. Agli albori dell'esperienza punitiva vi sarebbe, infatti, il postulato secondo cui qualsiasi danno sia indennizzabile mediante l'inflizione di dolore (« equivalenza di danno e dolore »). Il castigo, e prima ancora il « sentimento della colpa », è sorto proprio dal « più antico e originario rapporto tra persone che esista »: « il rapporto contrattuale tra creditore e debitore », quale relazione di scambio economico (32).

Ma perché ricorrere proprio all'esazione di sofferenza, in modo finanche cruento, per riparare/compensare il danno/debito? In altre parole: da cosa discende l'amalgama tra pena e dolore, divenuto col tempo un intreccio indissolubile già sul piano strettamente linguistico?

Nella visione dell'antropologo e sociologo francese Didier Fassin, la metamorfosi della pena da un'economia affettiva del debito all'inflizione di sofferenza quale dispositivo per riscattare la colpa, purificare e redimere e al contempo riequilibrare, fu il prodotto di una moralizzazione della pena ispirata al pensiero religioso-cristiano, in particolare alla « concezione del dolore critica e martirologica » (33). Del resto, è noto come al fondo della tenace sopravvivenza del modo di intendere la punizione quale giusta retribuzione della colpa non sia assente, quantomeno come potenziale semantico, l'accezione sacralizzata della pena di matrice religiosa (34).

La risposta nietzschiana si colora, però, in chiave funzionale e psicologico-emotiva e consente di attingere a fasi primordiali in cui è assente nella pena qualsiasi nota di *blame* personale. Anzitutto, osserva il filosofo, il dolore è il « coadiuvante più potente della mnemonica », una tecnica per imprimere una memoria a un essere oblioso e renderlo finalmente autocosciente, un *souveraine*

(31) Per una recente approfondita analisi linguistica del termine "castigo" a partire dalle radici protoindoeuropee, nonché sulla sua origine sacrale e le sovrapposizioni solo parziali con la *poiné*, v. G. MANNOZZI, *Il "castigo"*, cit.

(32) F. NIETZSCHE, *Genealogia*, cit., p. 51, 54, 58.

(33) D. FASSIN, *Punire*, cit., pp. 59 ss., 68 ss., 73.

(34) Così U. CURI, *Il colore*, cit., p. 181.

Individuum coerente alla regola e calcolabile. Il dolore, in breve, serve a « mantenere presenti a quegli schiavi istantanei degli affetti e delle brame un paio di primitive esigenze della convivenza sociale » (35). In secondo luogo, nelle pene atroci delle epoche trascorse, dall'antichità all'*Ancien Régime* passando per il Medioevo, è presente anche un tratto di pura irrazionalità (36): il binomio inscindibile tra (diritto alla) crudeltà e festività (che per i greci antichi era un gioco divino). Insomma, un'«aria di festa», dai lineamenti carnevaleschi, pervasa dalla voluttà *de faire le mal pour le plaisir de le faire* (37).

D'altro canto, già l'embrione arcaico di diritto penale, sorto con l'affidamento dello *ius puniendi* a una autorità superiore alle parti in causa, fu l'espedito per l'uscita dalla spirale perversa — ben raffigurata anche nella trilogia dell'*Oresteia* (458 a.C.) di Sofocle — che attanagliava le società antiche: le dispute rovinose e insanabili tra clan e tra singoli, l'*escalation* circolare di azioni offensive e rappresaglie vendicative, la sete perversa di sangue che chiama altro sangue. Veniva così tracciato, per la prima volta, un limite al *ressentiment*, al disfrenarsi del *pathos* reattivo, alla mancanza di misura della pura vendetta (38), a quella forza istintiva che Nietzsche reputava « l'elemento genealogico del nostro pensiero, il principio trascendentale del nostro modo di pensare » (39). La pubblicizzazione del potere punitivo fu, in questi termini, un elemento di riequilibrio sociale. Del resto, già in *Antigone*, quindi nuovamente nella lettura greca antica, emerge un'idea preventiva, terrena, non metafisica

(35) F. NIETZSCHE, *Genealogia*, cit., pp. 46 ss. Che la sofferenza possa avere anche una funzione positiva è una convinzione atavica, come risulta anche dalla tragedia greca antica, in cui è descritta come fonte di apprendimento e conoscenza, insegnamento e concessione divina: U. CURI, *Il colore dell'Inferno*, cit., pp. 20 ss.

(36) F. NIETZSCHE, *Genealogia*, cit., p. 50, ricorda le antiche punizioni tedesche: lapidazione, condanna alla ruota, supplizio del palo, squartamento, bollitura del criminale vivo nell'olio o nel vino, scuoiamento, abbandono del malfattore cosparso di miele sotto il sole ardente, ecc.

(37) F. NIETZSCHE, *Genealogia*, cit., p. 51, pp. 52-54, 55 (« Veder soffrire fa bene, cagionare la sofferenza ancora meglio [...]. Senza crudeltà non v'è festa: così insegna la più antica, la più lunga storia dell'uomo — e anche nella pena v'è tanta aria di festa! »), 58 (« il danneggiato barattava il danno [...] per uno straordinario contro-godimento »), 70 (« pena come soverchiamento e derisione di un nemico finalmente battuto »).

(38) La tesi della contrapposizione tra diritto e vendetta, nonché tra *Strafe* e *Rache*, in F. NIETZSCHE, *Genealogia*, cit., p. 64, rappresenta un superamento della sua precedente identificazione tra pena e vendetta, e fu verosimilmente influenzata dagli studi giuridici ed etnoantropologici di P. RÉE, *Die Entstehung des Gewissens*, Berlin, 1885, p. 52 s., secondo cui « la punizione non si è sviluppata dalla vendetta, ma è succeduta alla vendetta, usurpandole il suo dominio sull'epoca » (cfr. la Lettera di Paul Rée a F. Nietzsche del 23.04.1879, in E. PFEIFFER-M. CARPITELLA (a cura di), *Triangolo di lettere. Carteggio di Friedrich Nietzsche, Paul Rée, Lou von Salomé*, Milano, 1999, p. 45).

(39) Cfr. G. DELEUZE, *Il pensiero tragico*, in *Nietzsche e la filosofia* (1962), trad. it., Torino, 2002, p. 53.

della legge penale della *polis*, tesa a obiettivi di pacifica convivenza: « Male maggiore invece non esiste della mancanza d'ordine; per questa vanno in rovina le città, disperse le case, le schiere alleate fuggono infrante dalla lotta. Invece la disciplina dà vittoria e salva ai più la vita. È necessario dunque difendere le leggi » (40).

L'Illuminismo penale segna la reale cesura. Il vero spartiacque. A dare l'abbrivo alla svolta sono i profondi mutamenti culturali e i nuovi assetti sociali e di governo: dalla marcata dislocazione di potere dalla nobiltà alla borghesia fino all'eliminazione delle entità intermedie tra sovrano e individui. Cominciano di riflesso a crepitare fino a disgregarsi tutti i pilastri del vecchio edificio punitivo: il modello di giustizia criminale dell'*Ancien Régime*, il metodo delle *Practicae*, il sistema inquisitorio basato sulla tortura, l'idea genetica di pena-afflizione quale freno al circolo vizioso della reazione vindice.

Il tentativo illuministico di razionalizzare la pena ha, però, avuto un esito anfibologico. Ha rappresentato l'epifania del diritto penale in senso proprio, in luogo del mero potere punitivo come strumento di dominio e annientamento dei nemici del potere politico. Paradossalmente, però, è principitata qui la crisi ideologica, prima ancora che empirica, della pena e del nascento diritto penale. Una condizione di crisi che ha assunto negli ultimi due secoli insostenibili e contraddittori tratti di persistenza.

4. *Crisi contingente e crisi immanente.*

Occorre pertanto introdurre un'ulteriore distinzione: quella tra crisi *contingente/trascendente* e crisi *permanente/immanente*.

Come abbiamo visto, nella latitudine semantica della parola "crisi" alberga l'idea di cambiamento, di svolta, di scelte decisive da compiere dinanzi a un bivio.

Ovviamente, le *crisi contingenti* possono avere diverse carature e scale.

Si pensi, per fare un esempio, a una crisi congiunturale da grave sovraffollamento del sistema carcerario. Il legislatore potrebbe cercare di ovviarvi con riforme mirate, volte a deflazionare il numero dei detenuti. Tali misure potrebbero avere una valenza strutturale o rivelarsi interventi tampone, come purtroppo il più delle volte accade.

Vi sono, però, anche crisi di più vasta portata. Lo storico Jacob Burckhardt considerava "crisi autentiche" solo quelle capaci di sconvolgere i fondamenti di

(40) SOFOCLE, *Antigone*, a cura di E. Romagnoli, Bologna, 1933, vv. 672-677.

una società con impressionante rapidità: « Il processo mondiale assume all'improvviso una rapidità spaventosa, evoluzioni che solitamente hanno bisogno di secoli, paiono passar via come fugaci fantasmi in mesi e settimane, e così scomparire » (41).

Crisi repentine e radicali possono impegnare anche singoli settori della vita in società. Il sub-sistema sociale di controllo penale spesso è la cartina di tornasole di processi trasformativi più ampi.

La crisi delle ideologie penalistiche che divampò nel recinto intellettuale verso la fine dell'Ottocento, scandita dalla veemente contrapposizione tra la Scuola classica e la Scuola positiva, fu segnata dal conflitto tra due paradigmi "critici": uno filosofico-teologico, l'altro scientifico-positivista. Da questa agitazione intellettuale discese un'acuta crisi di sistema: nella scienza penale, prima che nelle pratiche penali. Dov'era la figura giuridica del reato venne collocato il delinquente, studiato con sempre più minuzioso ma a tratti ingenuo dettaglio. Dove i "classici" lavoravano per principi e categorie giuridiche, i "positivisti" mettevano al centro l'osservazione dei fatti e l'analisi dei delinquenti. Dove i primi scorgevano il libero arbitrio, i secondi collocavano il determinismo dell'agire umano, ravvisando l'intera ragione del punire nella necessità di difesa sociale. Ma al fondo della dura reazione positivista alla tradizione, di questa « rivoluzione *ab imis fundamentis* » come la definì Enrico Pessina (42), vi fu il tentativo di applicare alle questioni penali e alla scienza criminale il metodo delle scienze naturali. L'esito non fu la riviviscenza idealistica e il nostalgico ritorno a Kant (*Zurück zu Kant!*) caldeggiato dall'illustre penalista napoletano; ma non fu neppure un netto rovesciamento dei paradigmi pregressi. Sul piano legislativo la diatriba tra scuole condusse, nella cornice codicistica del 1930, al meccanismo compromissorio del doppio binario pene/misure di sicurezza, che di fatto sublimava la funzione repressiva di entrambe (43). Sul piano della scienza penale culminò, invece, con l'ascesa di un nuovo indirizzo metodologico, quel tecnicismo giuridico propugnato dal principale artefice del codice fascista, Arturo Rocco, quale uscita dalla crisi di identità della scienza penale di inizio Novecento (44), che stava smarrendo la sua naturale vocazione di scienza

(41) J. BURCKHARDT, *Considerazioni sulla storia universale*, trad. it., Milano, 1996, pp. 174-176.

(42) Cfr. la prolusione al corso di diritto penale del 1905-1906 nell'Università di Napoli: E. PESSINA, *La crisi del diritto penale nell'ultimo trentennio del secolo XIX*, in *Rivista giuridica e sociale*, 1906, pp. 3 ss.

(43) F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2020, p. 780.

(44) M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, ora in Id., *Storia del diritto penale*, cit., p. 574; Id., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, *ivi*, p. 636.

giuridica all'interno di un informe magma sociologico (45). Una crisi reale, ammessa da molti, e nondimeno contestata da uno dei principali antagonisti ideologici di Rocco, Giuseppe Maggiore, che gli rimproverò di averla inopinatamente "esagerata" (46).

La vera crisi strutturale del penale — che, lo si è già detto, ha poi assunto tratti endemici — è il prodotto della *critique* illuministica. L'anelito di rischiare (*aufklären*) fa il paio con il tentativo di svincolarsi dagli assetti premoderni. Parliamo di un sommovimento che riecheggia lo stato di crisi permanente colto, su più vasta scala, dal positivista Comte, quale tratto distintivo dell'età moderna, "la grande crisi moderna" (47).

Il punto di vista critico dell'Illuminismo segna il tentativo di superare il terrorismo punitivo, l'incertezza giuridica premoderna e l'arbitrarietà applicativa delle "pene straordinarie". Il cambio di paradigma fu realmente epocale, da ogni punto di vista. Archiviata la colpa collettiva delle *universitates*, si radica la responsabilità penale (esclusivamente) individuale, totalmente libera dai condizionamenti del gruppo e della fatalità. Sul piano delle manifestazioni punitive, gli atroci supplizi indirizzati sul corpo del condannato sono rimpiazzati dal carcere, fattore di umanizzazione del castigo secondo gli ideali dei Lumi. Dalle istanze di certezza giuridica della classe borghese prende forma l'esperienza delle moderne codificazioni sistematizzanti, ben oltre mere compilazioni o consolidazioni. Sul versante istituzionale si realizza il trapasso della *coercitio* penale da esercizio di puro dominio e manifestazione di *potestas* (48), tendenzialmente arbitraria, ad autentico diritto penale quale limite e garanzia, fondato sull'impero della legge.

La pena, in questo senso, « 'nasce' prima del diritto » (49). In effetti, si ha *vero* diritto quando la parte debole può far valere le sue pretese nei confronti della parte forte, l'autorità pubblica, opponendo diritti, garanzie e vincoli predeterminati all'esternazione, necessariamente formalizzata, della *vis* punitiva.

Tuttavia, proprio l'azione del rischiare ha avuto il risultato di mettere a nudo le contraddizioni genetiche della pena quale istituzione giuridico-sociale

(45) AR. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1910, pp. 497 ss.

(46) G. MAGGIORE, *Arturo Rocco e il metodo "tecnico giuridico"*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, I, Milano, 1952, pp. 9 s.

(47) *Discours sur l'esprit positif*, Paris, 1844.

(48) F. FORZATI, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo*, Napoli, 2020, pp. 126 ss.; ID., *Il diritto penale dell'obbedienza fra fondamento etico-religioso dell'offesa e funzione potestativa della pena*, in *Arch. pen.*, 3, 2017, pp. 1 ss.

(49) Secondo l'acuta congettura di C.E. PALIERO, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 451.

intrisa d'irrazionalità: teatralità, esemplarità, malcelata vendicatività, somministrazione di sofferenza.

Sul piano utilitaristico, la teorizzazione della pena conforme a logica, razionalità ed empiria rappresenta un teorema ancora indimostrato. La teoresi post-illuministica non è riuscita a fornire una legittimazione razionale della penalità; al più una sua narrazione retorica (50). La pena appare una costante da presupporre *a priori* e segnatamente un dispensatore istituzionalizzato di afflizione per scopi preventivi (tuttora) empiricamente indimostrati, in termini di riduzione vuoi della criminalità vuoi dei tassi di recidiva. E ciò vale persino per la pena più drastica e irreversibile, quella di morte, bandita dalla maggior parte degli ordinamenti civili. O per il carcere duro, i continui inasprimenti punitivi, le politiche repressive di estremo rigore.

Inoltre, se è vero — come si è notato — che l'attribuzione della potestà punitiva a un'autorità indipendente, incaricata di infliggere le pene secondo forme predefinite, è nata per contrastare il fenomeno primordiale della vendetta di sangue (o della più ritualizzata faida (51)), in concreto non si è mai riuscito a estirpare dall'alveo più recondito della pena la logica archetipica della rivalsa vindice. Come osservato da Ricoeur, « anche le operazioni più civilizzate della giustizia, in particolare nella sfera penale, mantengono ancora il segno visibile di quella violenza originale che è la vendetta » (52). Del pari, secondo Girard la penalità giudiziaria rappresenta la razionalizzazione, più che la soppressione, della vendetta, in quanto « limitata a una rappresaglia unica il cui esercizio è affidato a un'autorità suprema e specializzata nel campo », e per questo resa un mezzo curativo assai più efficace (53). A conclusioni analoghe è approdato anche il recente "scavo archeologico" condotto da Paliero lungo i tre binari mitologico-letterario, etno-antropologico primitivo e storico-giuridico: tutte le ragioni del "perché si punisce" possono essere ancora rintracciate in un bisogno di pena di matrice vendicatoria (54).

Si aggiunga che non è neppure estranea alla mentalità odierna dei consociati una prospettiva arcaica di natura mitologico-religiosa, vale a dire l'assunto secondo cui « il reato inquina l'ordine morale e la punizione serve a ripristinare

(50) È l'opinione di C.E. PALIERO, *Il sogno*, cit., pp. 447 ss., 514.

(51) M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 5.

(52) P. RICOEUR, *Il giusto*, trad. it., Torino, 1998, p. 163.

(53) R. GIRARD, *La violenza e il sacro* (1972), trad. it., Milano, 1992, p. 32. Cfr. anche E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale* (1893), trad. it., Milano, 1971, p. 108: « La pena è rimasta, almeno in parte, un atto di vendetta ».

(54) C.E. PALIERO, *Il sogno*, cit., spec. pp. 480 ss., 495 ss., 505 ss., 509 ss., 518 (« nucleo vendicatorio dell'*in sé* della pena, parte insolubile dell'inconscio collettivo [...] »).

il diritto e il mondo così come dovrebbe essere » (55). Si vuole, in qualche modo, che la società sia depurata da misfatti contaminanti e socialmente contagiosi, e finanche dai rispettivi tipi di autore, retaggio dell'aurorale soggettivizzazione del tabù violato. Un tempo soprattutto colpevoli di fatti omicidari o incestuosi, oggi mafiosi, pedofili, spacciatori, criminali economici, corrotti ("spazzacorrotti"!), ecc.

Ma v'è sullo sfondo della crisi della pena un dilemma filosofico ancora più radicale, iscritto nella sua stessa essenza. Come conservare l'umanità dell'individuo nell'esercizio della forza, nella reattività violenta pur sempre insita nella pena anche nelle civiltà contemporanee? È possibile farlo se — come osservava Simone Weil — ogni espressione di forza e di violenza, in qualche modo, oggettiva l'essere, lo rende cosa, lo pietrifica? (56)

Tale nodo — la violenza della pena per combattere il male del reato, *ergo* l'idea della necessaria inflizione di sofferenza quale risposta al crimine — resta la grande aporia (57) (insolubile?) e il paradosso della pena, quantunque rischiarata dai Lumi.

D'altro canto, il definitivo declino del progetto illuministico, il venir meno dell'aspirazione a razionalizzare e umanizzare un'istituzione da sempre intrisa d'illogicità, perlomeno come tensione positiva, come un incedere costante verso l'obiettivo, non produrrebbe un miglioramento dei sistemi penali, ma un regresso pericoloso e ingiusto.

Nella faglia tra desiderato e vissuto, tra ottimismo e disincanto, tra grande idea e miseri ostacoli della realtà, tra progettualità e istinti atavici, può scorgersi l'autentica cifra della crisi moderna del diritto penale.

5. *Le dimensioni della corrente crisi del diritto penale.*

Nell'epoca in cui viviamo, le dimensioni della crisi — sia ideologica che empirica — del diritto penale sono molteplici.

Al di là, dunque, dei connotati di crisi permanente della penalità moderna, intendiamo ora concentrarci sui tratti della crisi contemporanea e contingente del diritto penale, i cui primi germi hanno cominciato a manifestarsi dagli anni

(55) G.P. FLETCHER, *Collective Guilt*, cit., p. 172.

(56) S. WEIL, *L'Iliade o il poema della forza*, in EAD., *Il libro del potere*, trad. it., Milano, 2016, pp. 3 ss., 32.

(57) Sul concetto di « aporia della razionalità della pena », v. P. RICOEUR, *Interpretazione del mito della pena*, in ID., *Il conflitto delle interpretazioni*, Milano, 1972, p. 367.

sessanta, a cagione delle trasformazioni della società, delle disfunzioni politico-istituzionali e del succedersi delle emergenze.

5.1. *Crisi di fini.*

Come notava quarant'anni fa Pietro Nuvolone, « una crisi irrisolta domina ancora la tematica della pena »: crisi di forma e contenuti delle pene « in rapporto alle finalità che la coscienza sociale attribuisce di volta in volta alla loro esecuzione » (58).

Già l'architrave su cui dovrebbe poggiare l'intero edificio penalistico rimane instabile e precario. Resta così inevaso il nodo centrale del sistema penale, di una corretta scienza della legislazione/codificazione e di una buona politica criminale: quale debba essere l'indirizzo teleologico di fondo; detto altrimenti, quali finalità/funzioni vadano attribuite alle sanzioni penali, dalla minaccia legale alla esecuzione, passando per la commisurazione (59).

È una questione serissima, perché senza principi-guida e scopi da perseguire (60), senza imprimere alla fiumana del diritto penale una direzione verso cui far convogliare i vari affluenti, esso rischia di divenire, per così dire, materia amorfa, fattualità “nichilista”.

Astrattamente, sono tantissime le possibili ragioni del punire, anche al di là del dualismo di fondo tra utilitarismo e retributivismo, tra giustizia progettuale votata al futuro e giustizia reattiva con lo sguardo rivolto al passato. Lo stesso Nietzsche è stato in grado di stilare un inventario amplissimo di scopi, che — avvertiva il filosofo — tendono ingenuamente a essere intesi come origine o *causa fiendi* della pena (61).

La pena non ha scopi *in sé*; ogni scopo è assegnato. Tuttavia, perché vi sia congruenza e non elargizione fraudolenta di etichette, l'effetto, l'impatto reale della sanzione, deve essere coerente con i *teloi* preminenti, che in una scienza

(58) P. NUVOLONE, voce *Pena (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, 1982, pp. 787 ss.

(59) Resta attuale L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli, 1984, p. 49 e *passim*, nella cui visione la commisurazione « è il naturale punto di arrivo di una politica della pena orientata alla prevenzione ». Per la centralità del momento commisurativo e la primazia — perlomeno dichiarata — della finalità rieducativa, resta fondamentale Corte cost., sent. 26 giugno-2 luglio 1990, n. 313.

(60) Cfr. S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale: l'Alternativ-Entwurf e l'esempio della Repubblica Federale Tedesca*, Napoli, 1984, p. 89; G. MARINUCCI, *Profili di una riforma del diritto penale*, in *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano, 1987, p. 19.

(61) F. NIETZSCHE, *Genealogia*, cit., pp. 65 s., 69 s.

normativa si ricavano da fonti normative, in particolare di rango superiore o costituzionale (62).

Tra gli esponenti della scienza penale, prevalgono oggi le dottrine preventive della pena ancorate ai valori costituzionali del personalismo-solidarismo.

Al riguardo, affiora tuttavia un primo delicato problema: le profonde discrasie che, nell'attuale congiuntura storica, dividono le convinzioni dei giuristi di estrazione universitaria e quelle del ceto politico o dei consociati. Le prime si formano *in primis* sulla Costituzione, sulle carte dei diritti sovranazionali e sui testi dottrinali; le seconde invece si nutrono prevalentemente del sensazionalismo massmediatico e inclinano verso una concezione *à rebours* vendicativa, demagogica ed esemplare della pena.

Un certo eclettismo politico-ideologico e una nota di smarrimento si avvertono, però, anche nei circuiti accademici. Tra gli stessi teorici dell'orientamento preventivo sussiste, infatti, una grande varietà di posizioni. Le alterne fortune del principio della rieducazione sono emblematiche (63). Molti studiosi, inoltre, non sono disposti a rinunciare *in toto* alle geometrie retributive, con varie motivazioni: certezza della pena, proporzione, pura logica.

Abbiamo assimilato i pregevoli tentativi di "unificazione dialettica" di scopi nelle varie fasi della dinamica punitiva e in funzione di reciproco limite (64). Nondimeno, l'offerta di plurimi punti di vista teleologici spinge, nell'attuale temperie spirituale, il legislatore e non di rado la stessa magistratura ad assegnare un ruolo egemonico alle finalità preventive negative di deterrenza e neutralizzazione. Lo rivela la sequela di leggi di lotta e securitarie alternatesi negli ultimi decenni, nei più svariati campi. I rischi aumentano quando la magistratura assume una postura "militante" o "di scopo", posto che il ruolo dei magistrati dovrebbe essere quello di tenere a bada, nell'applicazione della legge, il frotto delle pulsioni popolari, anziché assecondarne la corrente.

Lo stesso condivisibile connubio tra dommatica e politica criminale, che tante aspettative aveva suscitato a partire dagli anni Settanta del secolo passato, ha avuto risultanze impreviste, quasi capovolte rispetto ai propositi originari. La scienza penale di matrice accademica non è riuscita a governare il flusso impetuoso delle leggi penali e delle sentenze, anzi ne è stata travolta. Il punto di caduta del contrasto di spinte espansive e contenitive è rappresentato da varie

(62) Resta fondamentale S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, *passim*.

(63) Volendo, V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Crit. dir.*, 2009, pp. 173 ss.

(64) C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe* (1966), riprodotto in ID., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin, 1973, pp. 1 ss.

forme di razionalizzazioni legittimanti: diritto penale simbolico, diritto penale a più velocità, lesione per accumulo, finanche diritto penale del nemico (65).

I vessilli del sistema punitivo reale racchiudono logiche estensive: neopunitivismo populista, “tolleranza zero” (anche contro la criminalità di minore gravità) (66), diritto penale emergenziale (67). Tutte queste tendenze riflettono l’esondazione della moderna vocazione preventiva del potere punitivo oltre gli argini garantistici che — secondo il pensiero illuministico-liberale — dovrebbero legittimarne l’esistenza (68).

5.2. *Crisi di mezzi.*

Negli ultimi decenni è divenuto sempre più insistente il senso di crisi del sistema sanzionatorio, finanche la percezione del suo disfacimento (69). Da tempo l’impressione, suffragata dai dati statistici, è che la realtà italiana sconti « un maggior livello di degrado complessivo » rispetto ai Paesi culturalmente a noi più vicini (70), in termini vuoi di ineffettività vuoi di inefficienza.

Ricordiamo il paradigma di pena razionale condensato nell’*explicit* del “Dei delitti e delle pene”: « essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata a’ delitti, dettata dalle leggi » (71). È desolante come il sistema odierno di giustizia penale si ponga agli antipodi: lentezza endemica, frantumazione del sistema in un nucleo conforme a Costituzione e una diaspora di microsistemi autonomi derogatori (come si

(65) Per una lucida rassegna, v. E.R. ZAFFARONI, *Espansione del diritto penale e diritti umani*, in A.M. STILE-V. MONGILLO (a cura di), *Politica criminale e riprogettazione del codice penale*, Napoli, 2021, pp. 36, 44 ss.

(66) Limpidamente, F. MUÑOZ CONDE, *De la tolerancia cero al Derecho penal del enemigo*, Managua, 2009.

(67) S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 1^a ed., Napoli, 1995; 2^a ed., 1997.

(68) Cfr., *ex multis*, W. HASSEMER, *Sicurezza mediante il diritto penale*, in *Crit. dir.*, 2008, pp. 15 ss. Sul “diritto penale *no-limits*”, asservito alla politica criminale, più di recente, V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Quest. giust.*, 26 marzo 2019.

(69) Poco meno di quindici anni fa abbiamo stilato un florilegio dei giudizi impietosi della dottrina in *La riforma del sistema sanzionatorio penale. Verso un codice di pene intermedie?*, in C. FIORE-S. MOCCIA-A. CAVALIERE (a cura di), *Quale riforma del codice penale?*, Napoli, 2009, pp. 321 ss.

(70) G. FIANDACA-E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 26.

(71) C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, qui citato nella ristampa a cura di G. CARNAZZI, Milano, 1999, p. 160.

evincesse già dalla sproporzione delle pene edittali) (72), travaglio della pena detentiva (73), svuotamento di contenuti delle misure alternative alla detenzione e fallimento delle pene sostitutive, contraddizioni insanabili del sistema del doppio binario, riesumazione di logiche inquisitorie e poliziesche, sfrenato ampliamento della discrezionalità giudiziale, strumentalizzazione del diritto penale alle esigenze deflative del processo.

Le proposte della scienza penale per uscire dall'*impasse* sono note e tra queste si staglia la limitazione della detenzione intramuraria a *extrema ratio* della risposta punitiva, più che un “diritto penale minimo” o un’utopistica palingesesi del sistema.

Si aspira dunque al superamento di un paradigma sanzionatorio carcerocentrico, nell’immaginario collettivo prima ancora che nel formante legislativo, tramite la valorizzazione delle pene alternative non custodiali (74) e delle tecniche ablative del profitto illecito. In generale, la meta auspicata è il forte ridimensionamento del modello afflittivo-repressivo di giustizia criminale verso un assortimento di pene più diversificato e in grado di attagliarsi alle diverse tipologie di illecito.

Le migliori intenzioni si sono finora infrante sugli scogli dell’uso politico del diritto penale e degli apparati di *enforcement*, vale a dire come risorsa a buon mercato per catalizzare sostegno popolare. Aumentare le pene (apparentemente) non costa niente e dà alle forze politiche il vantaggio di apparire energiche nel reagire all’incremento — sovente percepito più che reale — della criminalità. Tale abuso della pena si completa con la delega alla magistratura della *mission* di lottare contro fenomeni criminali. Di contro, la promozione di un sistema sanzionatorio più mite, umano, alternativo al carcere, fa apparire i politici corrivi con la criminalità, onde causa emorragie di consenso elettorale.

Non stupisce, allora, che molti progetti di riforma, tra cui quello lodevolmente elaborato dalla Commissione Palazzo nel 2014, non siano andati in porto.

Oggi la riforma Cartabia rappresenta un altro tentativo, non tanto di rifondare da capo e su nuove basi i connotati del sistema (sanzionatorio) penale, quanto di razionalizzarlo, agendo su vari fronti a cui possiamo qui dedicare solo un cenno elencativo: rivitalizzazione della pena pecuniaria e delle pene sostitutive delle pene

(72) M. DONINI, *Mafia e terrorismo come “parte generale” del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto di eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice*, in *disCrimen*, 30 maggio 2019, pp. 1 ss.; M. PAPA, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, 2^a ed., 2019, *passim*.

(73) L. EUSEBI, *Può nascere dalla crisi della pena una politica criminale?*, in *Dei delitti e delle pene*, Bologna, 3, 1994, pp. 94 ss.

(74) Resta istruttivo il volume di E. DOLCINI-C.E. PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, Milano, 1989.

detentive brevi, rafforzamento del nuovo binario della giustizia riparativa in funzione integrativa e non “oppositiva”, e soprattutto recupero di efficienza e alleggerimento di un sistema giudiziario tendente ad incepparsi, mediante un mix di innovazioni sostanziali (istituti di esclusione o estinzione della punibilità) e processuali (limitazioni alle impugnazioni, riti semplificati, improcedibilità), abbinati a un maggiore controllo di funzionalità *ex post* delle riforme (75).

5.3. *Crisi di metodi.*

L'attuale “non-sistema” penale corre sempre più speditamente verso il c.d. diritto giurisprudenziale: una sorta di decodificazione ermeneutica infracodicistica.

Di questo “nuovo” formante, però, si faticano ancora a rintracciare gli argini garantistici e i limiti deontologici (76).

Di certo tende a scemare l'*auctoritas* — come guida e pietra di paragone — della scienza giuridica, che peraltro sembra talvolta oscillare tra un criticismo manieristico e la rinuncia preventiva al veto della critica. La produzione scientifica degli ultimi anni è viepiù casistica e orientata alla soluzione di questioni pratiche; sempre meno sistematica e generalizzante.

Gli effetti potenzialmente omologanti dell'elaborazione giurisprudenziale sono stati irrobustiti, per quanto concerne le sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione, dal nuovo comma 1-*bis* dell'art. 618 c.p.p. Tale novità potrebbe contenere il moto ondulatorio dell'empirismo giurisprudenziale; per converso, però, potrebbe annebbiare ancor più l'idea della legge-codice come fonte stabile e impermeabile a manipolazioni esterne.

(75) Valutazioni a caldo, a seguito dell'approvazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, in G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in *Sist. pen.*, 15 ottobre 2021; prima, cfr. F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, *ivi*, 8 settembre 2021. Successivamente, è stato emanato il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, contenente «Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari», la cui entrata in vigore è stata differita al 30 dicembre 2022 dall'art. 6 del d.l. 31 ottobre 2022, n. 162.

(76) M. DONINI, *L'art. 3-bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, n. 4, p. 442; ID., *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Quest. giust.*, 4, 2018, pp. 79 ss. Sui limiti di compatibilità tra ermeneutica del giudice e stato di diritto: S. MOCCIA, *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello stato di diritto*, in *Criminalia*, 2012, pp. 299 ss. Sul declino della “legalità della legge” a vantaggio della “legalità effettuale” e il protagonismo giudiziario, F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2016, n. 3, pp. 4 ss.; A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, pp. 99 ss.; G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'“epoca dei giudici”*, *ivi*, 2012, pp. 285 ss.

La forma-codice, in effetti, pare aver esaurito la sua bisecolare esperienza e forza propulsiva, anche in diritto penale (77). È un problema lacerante, perché l'alternativa sempre più incombente è una babele dei formanti, un labirinto borghesiano di fonti, alimentato dalla dimensione a rete, sempre più tortuosa, del diritto penale attuale (78).

Di norma, il rapporto tra “legislatore europeo” e quello interno si snoda al di fuori di qualsiasi filtro dogmatico o di scienza della legislazione. Al più subentra il dialogo tra alte Corti, quindi dinamiche d'interazione e influenza reciproca in luogo di rigidi vincoli ordinanti.

Per il tramite dell'ermeneutica giurisprudenziale le sorgenti normative multilivello incidono — con i loro principi ispiratori, regole e istanze preventive — anche sulla traduzione applicativa delle regole e degli istituti codicistici, non solo di parte speciale.

L'opposizione dei “controlimiti” all'etero-direzione sovranazionale è un avvenimento eccezionale; di qui il clamore destato dalla saga *Taricco* (79) e dal suo confortante ma circoscritto epilogo.

L'imporsi dei sistemi giuridici reticolari e transnazionali fa *pendant* con l'argomentazione per principi propria del neo-costituzionalismo (80).

Questa miscela di fattori ha condotto al crescente rilievo del momento interpretativo, al giudice non più mero applicatore della legge ma — nella declinazione più rassicurante — ordinatore del molteplice e garante dei diritti fondamentali delle persone (individui ed enti collettivi) (81).

Il moto perpetuo delle riforme penali è anche specchio della domanda di

(77) Cfr., nella dottrina civilistica, P. CAPPELLINI-B. SORDI (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, 2002; in quella penalistica, L. STORTONI-G. INSOLERA (a cura di), *Gli ottant'anni del Codice Rocco*, Bologna, 2012.

(78) Per tutti, C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmajianiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3, 2014, pp. 1099 ss.; V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012; S. MANACORDA, *Diritto penale europeo*, in *Treccani. Diritto on line*, 2014; C. SOTIS, *Le regole dell'incoerenza. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012; A.M. STILE-S. MANACORDA-V. MONGILLO (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, 2015.

(79) A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017; C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, Milano, 2018.

(80) *Ex multis*, P. COSTA, *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalista*, in M. MECCARELLI-P. PALCHETTI-C. SOTIS (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani: esigenze emancipatore e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, 2014, p. 78; G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari, 2017, pp. 129 ss.

(81) F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra costituzione e suggestioni sovranazionali, in Evoluzione e involuzione delle categorie penalistiche. Atti del convegno di Pisa 8-9 maggio 2015*, Milano, 2017, pp. 13 ss.

efficacia repressiva dei consessi e delle burocrazie sovranazionali, mai del tutto appagate, in linea con una congenita vocazione di lotta contro tipi di illecito e persino d'autore (82).

Nel complesso, purtroppo, riaffiorano moduli particolaristici più affini al diritto dell'Antico regime che sensibili alle esigenze di certezza e prevedibilità della modernità giuridica.

La trasmutazione dei formanti è apparentata con la crisi della dommatica e della sistematica penale. La loro evoluzione nel corso del Novecento, dagli indirizzi classici di segno tecnico-giuridico a quelli moderni orientati ai principi costituzionali e alla integrazione tra istanze sistematiche e politico-criminali (83), reca l'impronta di un progresso e di un affinamento ininterrotti, verso sfere sempre più profonde della conoscenza.

La dommatica consente di concettualizzare ciò che emerge dalla fenomenologia giuridica. Sennonché, l'elaborazione dei concetti e del sistema sembra quasi essere giunta al limite delle possibilità speculative. L'analisi pare aver percorso quasi per intero il circolo dell'argomentazione. Il pregio di un armamentario dommatico tanto articolato ed evoluto, teso a coprire qualsiasi situazione della vita reale, rischia di rivoltarsi nel suo opposto. C'è una sapienza dommatica che è raffinatezza, ma c'è anche una raffinatezza che è ingestibile complessità: un pluralismo frammentario, un eccesso di distinzioni, personalismi, differenziazioni, teorie e sottigliezze, a segno che finanche gli specialisti della disciplina non riescono più a percorrere con lo sguardo l'insieme.

Peraltro, alcuni snodi fondamentali della sistematica restano velati da densa ambiguità lessicale o concettuale. Basti considerare l'uso polivalente dei predicati "oggettivo" e "soggettivo". Si pensi ancora alla dialettica colpevolezza *vs* responsabilità come categoria teleologica; al rapporto tra retribuzione e proporzione; alle logomachie in tema di offensività, pericolo astratto, presunto, indiretto, e così via discorrendo. Permane, inoltre, una sensibile varietà di approcci di sistema: ontologico-naturalistici, teleologici, normativistici, misti.

Le sfide della modernità, in particolare della società del rischio tecnoscientifico, hanno notoriamente eroso e messo in crisi le categorie portanti del diritto penale classico: azione, causalità, evento lesivo, dolo/colpa, ecc. (84).

L'instabilità delle architetture dottrinali risente anche dei progressi delle

(82) Per tutti, M. DONINI, *Integrazione europea e scienza penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2020, p. 536.

(83) Sul raffronto tra dogmatica "classica" e dogmatica "moderna" e la loro crisi, cfr. M. DONINI, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La Prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europesismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2010, pp. 127 ss., spec. pp. 157 ss.

(84) C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010.

scienze naturali. Si pensi, da ultimo, alle acquisizioni delle neuroscienze (85) o al sorprendente ritorno scientifico della questione del libero arbitrio (86), che pure paiono rimettere in discussione le fondamenta stesse del diritto penale (87).

La dommatica esprime tuttora una “volontà d’ordine”, di ricondurre ad unità il molteplice, mediante un complesso di concetti giuridici organizzati in un sistema logico e teleologico. Le concezioni dommatiche più adeguate sono quelle che coniugano esigenze di non contraddizione e coerenza con i materiali normativi pre-dati (le regole e i principi superiori), al fine di assicurare chiarezza e prevedibile certezza.

Le teorie giuridiche, ovviamente, sono insuscettibili di confutazione attraverso esperimenti empirici. Manca la falsificabilità *a posteriori* propria delle affermazioni scientifiche in senso stretto, secondo l’epistemologia popperiana. La scienza giuridica, però, non diversamente da una scienza empirica, è sempre migliorabile. La dommatica, in particolare, deve dare soluzioni plausibili a problemi concreti. La sua intera evoluzione nel corso dei secoli è segnata dalla necessità di risolvere questioni applicative. In questo cimento cerca incessantemente di perfezionarsi. Del resto, non possiamo mai dire che una teoria giuridica sia (assolutamente) vera: possiamo dire che è valida (*scilicet*: conforme a principi e precetti superiori pre-dati) e possiamo dire che è preferibile rispetto ad altre teorie concorrenti nel fornire un buon ausilio all’interprete. In qualche modo, allo stato delle conoscenze, “assumiamo” come vere certe teorie, per scopi eminentemente pratici. Anche l’applicazione giudiziale, e quindi la casistica, possono consentire di rilevare errori dommatici e apportare miglioramenti alle teorie-congetture già formulate. Questo è il significato dell’esperienza nella dimensione giuridica; essa può imporci di rivedere teorie che fino ad un certo momento consideravamo “*the best of our knowledge*”.

Cosa diversa è, tuttavia, l’affastellarsi di concezioni dottrinarie fomentate anche dall’esigenza di originalità della ricerca e della speculazione teoretica, nonché l’inseguimento del flusso incessante di sentenze nazionali e sovranazio-

(85) M. BERTOLINO, *Diritto penale, infermità mentale e neuroscienze*, in *Criminalia*, 2018, pp. 13 ss.; O. DI GIOVINE, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-) scienze?*, Torino, 2019; C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino, 2016.

(86) V., però, sui nuovi sviluppi “compatibilisti” nei rapporti tra determinismo e libero arbitrio, indotti anche da recenti studi neuroscientifici, B. MAGRO, *Le mille porte del libero arbitrio: compatibilismo e epifenomenalismo secondo le neuroscienze*, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, pp. 713 ss.

(87) Sui rischi di una deriva “lombrosiana”, perniciosa per le ragioni di un diritto penale del fatto, S. MOCCIA, *I nipotini di Lombroso: neuroscienze e genetica nel diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, pp. 681 ss.

nali. Ciò rischia di travolgere gli argini di una scienza rigorosamente pensata. Hegel biasimava la tendenza a credere che « il sigillo dell'indipendentemente pensato sia impresso solo quando esso si discosti dal pensiero degli altri uomini » (88). Se l'arena competitiva delle idee trasmoda in una ridda di teorie sempre nuove e accatastate sulle precedenti, se questo concitato brancolare verso qualsivoglia novità giurisprudenziale oscura le premesse di validità del discorso scientifico, il tutto si riduce a un giuoco sterile di opinioni.

Il mesto finale è una dommatica in crisi. Una dommatica incapace di assolvere alla sua funzione di garanzia e quindi di orientare e rendere più salda e sicura l'applicazione delle norme penali.

6. *Apogeo politico-sociale del penale in crisi: una contraddizione solo apparente.*

La crisi del diritto penale, qui tratteggiata a grandi linee, è una realtà che si frantuma nelle infinite prospettive da cui può essere osservata.

Mentre la pena resta immersa nelle sue contraddizioni e la giustizia penale appare prossima al collasso, sì da sollecitare profonde riforme, lo *ius terribile* consuma il suo inebriante tripudio nel formante legislativo e, viepiù, nel comune sentire. L'ossimoro è presto confezionato: apogeo del penale in crisi.

La pena è, dunque, in crisi, ma straordinariamente vitale (89)! Di certo appare centrale nella vita socio-politica odierna.

L'ipertrofia (90) o "nomorrea penale", già denunciata dal Carrara, è oggi alimentata dalla crisi della normatività statale, dal particolarismo dei centri di potere e dalla suddetta proliferazione alluvionale di fonti domestiche e sovranazionali, di *hard law* e *soft law*. La riserva di legge statale e parlamentare è ormai ridotta a travestimento di una realtà che sfugge al suo controllo.

A cagione del punitivismo imperante, il diritto penale continua la sua corsa a tutta velocità verso l'ignoto, indotta dall'irresistibile tentazione dell'eccesso. La conseguenza è un'incessante *espansione orizzontale e verticale*: da un lato, l'innesto di nuove incriminazioni, dall'altro gli inasprimenti punitivi e la mol-

(88) G.W.F. HEGEL, *La scuola e l'educazione. Discorsi e relazioni*, Milano, 1985, p. 116 s.

(89) Già 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*, II, Milano, 2006, pp. 1171 ss.

(90) Nella vastissima produzione scientifica in materia, resta fondamentale il lavoro monografico di C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Iperptrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, pp. 326-331.

tiplicazione di fattispecie qualificate. Si perdono, così, le nozioni di misura e proporzione.

La panpenalizzazione dilagante è stata solo marginalmente scalfita dalla pluridecennale ricerca di criteri meta-legali limitativi (legalità, offensività, esiguità, colpevolezza, ultima *ratio*, ecc.). Lo stesso può dirsi per gli sforzi periodici di depenalizzazione in astratto, per lo più sfociati nella potatura di rami secchi o nell'espunzione di bagatelle, subito compensati da ulteriori innesti, in un perenne pendolarismo punitivo.

La marea di leggi che guarniscono di pena regole di condotta che spaziano da comportamenti gravissimi a fatti minori minano la funzione di orientamento dei precetti. Il profluvio di procedimenti penali non trova strutture giudiziarie in grado di gestirli, sicché reclama, di rimbalzo, continui correttivi votati alla deflazione e quindi all'ineffettività dei precetti.

Un tempo si rincorrevano ciclicamente le amnistie. Quindi nel ruolo di setaccio spurio sono subentrate le prescrizioni "random" o persino socialmente selettive, giacché per lo più riservate giudizialmente agli autori delle classi più abbienti. Ora che — per effetto delle più recenti novelle — tenderà a prosciugarsi questo stagno in cui ha sopravvissuto la giustizia penale, verrà verosimilmente il turno della neonata "prescrizione processuale", *scilicet* la causa di improcedibilità dell'azione penale per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione (art. 2, co. 2, lett. a), l. n. 134 del 2021; nuovo art. 344-bis c.p.p.).

La dilatazione travolgente del penale *stricto sensu* è apparentata con l'espansione del penale *lato sensu*: sanzioni amministrative comunque di indole punitiva, sanzioni ibride o di confine come le confische speciali o le misure e le interdittive antimafia, in cui molteplici ed eterogenei funzioni paiono fondersi tra loro. Tali strumenti di intervento tendono non di rado a cumularsi al diritto "criminale" tradizionale, in funzione integrativa o di rinforzo, sollevando delicati problemi in punto di garanzie riconosciute ai destinatari, potenziale violazione del *ne bis in idem* e del principio di proporzionalità dell'intervento complessivo, bilanciamento tra gli interessi in gioco. Viceversa, l'esplorazione di nuovi binari realmente sostitutivi del diritto penale, in particolare gli illeciti punitivi civili conati con l'intervento di decriminalizzazione di appena un lustro fa (d.lgs. n. 7 del 2016), ha finora sortito effetti modesti, anche per il *self restraint* che ha animato l'intervento legislativo.

A ben vedere, però, prima che nei formanti legislativo e giurisprudenziale, il diritto penale ha assunto un ruolo egemonico nella comunità sociale. I vincoli comunitari ed interi sistemi normativi non giuridici, che prima governavano i rapporti sociali, tendono a dissolversi. La visione generale si frantuma nelle morali d'interminabili circoli ristretti. La distinzione tra vero e falso perde

progressivamente i suoi contorni. In questo vuoto, l'etica — pubblica, ma anche privata — tende a esaurirsi nel bacino del diritto penale, divenuto ad un tempo unica bussola di orientamento, *medium* simbolico (91), scala valoriale e deposito di argomentazioni dialettiche. Il *topos* punitivo ha invaso ogni andito della comunicazione, non solo mediatica ma anche comunitaria. I rapporti e i conflitti interpersonali sono scanditi dalla taumaturgica, quasi ritualistica, invocazione degli apparati repressivi, dalla domanda di costrizione penale come strumento di moralizzazione e pedagogia politico-sociale, oltre che di orientamento e repulisti dirigista della società. In breve, il penale è il nuovo *idolum tribus* che assorbe come una spugna tutte le frustrazioni individuali ed è per questo acclamato come rimedio a ogni ingiustizia e disfunzione sociale.

Viviamo una prolungata crisi sociale, politica ed economica, da ultimo esacerbata da una pandemia epocale e dalla grave instabilità del quadro geopolitico internazionale. La metamorfosi del mondo (92) a cui stiamo assistendo è caratterizzata — in termini quasi ossimorici — dalla natura costante della crisi come cambiamento improvviso a cui alludeva, come si è già ricordato, Burckhardt.

Il tramonto delle ideologie e delle meta-narrazioni, la complessità, contraddittorietà e indecifrabilità del tempo presente, la convulsa cadenza dei mutamenti, rendono sempre più marcato il senso di smarrimento e di vertigine dell'uomo contemporaneo.

Sul versante politico, inoltre, la mancanza di coesione e di una tavola di valori minimamente condivisa, alimenta le derive populistiche e securitarie (93). Nell'incessante turbinio dei cambiamenti sociali, la pena, con la sua grammatica rozza ed elementare, si appalesa come il più comodo e rassicurante rifugio.

In definitiva, nell'attuale *milieu* socio-culturale, la crisi della pena — crisi di giustizia, di utilità e di efficienza — diviene occasione, non di trasformazione, ma di ulteriore involuzione.

7. *Epilogo: uscita dalla crisi?*

La quotidianità del diritto penale giace nelle crisi.

La pena conserva un "gene irrazionale" (94) e un "fondamento autorita-

(91) M. SBRICCOLI, *Caratteri originari*, cit., p. 665.

(92) U. BECK, *La metamorfosi del mondo*, Bari-Laterza, 2017.

(93) E. AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020.

(94) C.E. PALIERO, *Il sogno*, cit.

rio” (95) inemendabile. La giustizia penale tuttora non appare in grado di raggiungere i suoi scopi con adeguata efficienza. Il diritto penale della modernità ha faticato a farsi strada tra le due colonne d’Ercole della tutela del colpevole e della difesa della società. Nel tentativo di conciliare le componenti irrazionali della penalità con l’aspirazione dell’individuo all’uscita dallo stato di soggezione rispetto a ogni forma di dominio/credo assiomatico, il diritto penale è entrato in un vortice di crisi perpetua (96).

Ciò nonostante, la penalità tende oggi a plasmare l’intero universo semiotico-comunicativo, politico e massmediatico. Rappresenta una delle poche e anguste fessure attraverso cui osserviamo e interpretiamo il mondo, illudendoci di governare la conflittualità sociale e le incertezze del presente.

La situazione è divenuta straniante per lo studioso delle discipline penali-stiche. La realtà appare quasi distopica, un’ostinazione ad accumulare rovine: un susseguirsi di nuovi ritrovati e inasprimenti punitivi che nascono sotto grandi auspici e che inesorabilmente franano.

È ancora possibile riscoprire l’accezione genetica della crisi: la crisi come occasione per guardare oltre?

La verità è che non sappiamo ancora verso quale rotta indirizzare il nostro avvenire, salvandoci dalla pericolosa deriva in cui stiamo precipitando. È ipotizzabile qualcosa di migliore, di più costruttivo e parimenti soddisfattivo del diritto penale? O, quantomeno, è concepibile un *altro* diritto penale? Sono interrogativi a cui non siamo ancora in grado di dare un responso convincente. Del resto si tratta di dilemmi che fluttuano da decenni senza trovare risposta.

Uscire dalla crisi implica, come prima condizione, un’acorta diagnosi: il male va riconosciuto senza infingimenti. Nel caso di specie, la malattia della nostra epoca è la “passione punitiva” (97), che si combina con lo svigorire della passione critica e della coscienza intellettuale. L’approdo è un’ipnosi punitivista, uno stato di trance, una sorta di assuefazione e dipendenza tossica da un diritto penale ubiquitario, pervasivo, totalizzante, che tende a occupare ogni spazio e tempo della vita individuale e sociale (98).

Il cittadino per illusione e il politico per convenienza continuano a concepire

(95) C.E. PALIERO, *L’Agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, pp. 95-96; ID., *Legittimazione democratica versus fondamento autoritario: due paradigmi di diritto penale*, in A.M. STILE (a cura di), *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, Napoli, 2011, pp. 157 ss.

(96) Da qui discende anche la posizione di chi è portato a demistificare l’idea stessa di crisi: J.-M. SILVA SANCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 13 ss.

(97) D. FASSIN, *op. cit.*

(98) Il compianto F. SGUBBI nel suo ultimo scritto è ricorso all’aggettivo “totale”: *Diritto penale totale*, Bologna, 2019.

il penale come soluzione a tutti i mali sociali. Al contrario, esso ne rappresenta spesso un ulteriore fomento. L'ipnosi non ci fa cogliere la menzogna del penale a costo zero, l'*hybris* della giustizia penale ignara della sua intrinseca finitezza funzionale, la carenza endemica di mezzi, il pericolo di inquinamento dei rapporti sociali insito in un diritto punitivo sempre più intrusivo.

Il diritto penale dell'infrazione di sofferenza non è ancora al tramonto; tutt'al più è "in transizione" (99).

Occorre lavorare nel lungo periodo, con paziente perseveranza, alla sua trasformazione radicale. Non è agevole però sottrarsi alle pastoie delle vecchie idee che tendono a ramificarsi in ogni parte della nostra mente. Ma nessuno può attendersi che le cose cambino restando perennemente impigliati nelle rete delle stesse cose.

Ci si dovrebbe sforzare di affinare, accanto ad un nucleo ineliminabile di diritto penale, meccanismi differenti di giustizia, basati sull'elaborazione positiva del conflitto. Questo paradigma, realmente a sé stante, appartiene al bagaglio genetico o archetipico della cultura occidentale, a fianco della pena come vendetta o retribuzione (*malum pro malo*) o comunque veicolo di ulteriore sofferenza (100). È una delle scommesse delle recenti riforme della giustizia penale (cfr. Titolo IV del d.lgs. n. 150 del 2022). Esiste, però, anche un'altra riparazione, fatta di prestazioni più che di relazioni e tentativi di riconciliazione autore-vittima. Sotto questo profilo, già da tempo stanno maturando proposte — teoretiche, logiche e teleologiche — che puntano quasi a modificare il Punto d'Archimede su cui poggia il sistema penale, tuttora fondato sull'idea del male inflitto in risposta al male del reato. L'esito potrebbe essere una rivoluzione epistemologica in grado di rovesciare le basi di legittimazione della pena? Per ora si è giunti, a livello teorico, a prospettare una nuova figura di parte generale del c.d. "delitto riparato" (101), al di là delle tecniche di mediazione penale, dei

(99) Per una fine indagine sul ruolo del diritto penale in un'epoca qualificata « della transizione », ma nell'ottica del passaggio dal diritto penale "classico" a quello "moderno", cfr. C.E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 1220 ss.

(100) V. ancora G.P. FLETCHER, *Punishment*, cit., pp. 343-354 e spec. 344, nt. 3, sulla *Genesis* biblica, 37-50, segnatamente sull'ultima parte in cui si narra la storia di Giuseppe. Del resto, nella procedura veterotestamentaria della "lite bilaterale" (*rib*), di tipo familiare, « la mediazione trova uno dei suoi formanti più antichi ». Cfr. G. MANNOZZI-G.A. LODIGIANI, *La Giustizia riparativa: Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, pp. 50 ss. V. anche L. EUSEBI, *La Chiesa e il problema della pena. Sulla risposta al negativo come sfida giuridica e teologica*, Brescia, 2014, p. 27. Un altro paradigma arcaico di giustizia riconciliativa è tradizionalmente indicato nell'Areopago, il tribunale umano ateniese, istituito da Atena per spezzare l'alternanza senza fine della vendetta di sangue pretesa dalle Erinni, trasformate in Eumenidi benevole: ESCHILO, *Eumenidi*, 681-710.

(101) M. DONINI, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in *Giustizia insieme*, 29 ottobre 2020; ID., *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena-castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale*, in *Cass. pen.*, 2022, pp. 2027 ss. Sul

modelli di *restorative justice* e delle numerose figure riparatorie speciali già disseminate nell'ordinamento.

Prevenzione, punizione e riparazione già coabitano nel diritto penale attuale, ma dovranno convivere sempre più armonicamente nel diritto penale del futuro. È un'aspirazione che, inevitabilmente, non manca di sollevare dubbi e dilemmi, a partire dalla piena compatibilità dell'inedito ideale riparatorio con il più tradizionale finalismo rieducativo. In particolare, occorre chiedersi se l'interazione dialogica tra autore e vittima del reato rappresenti un modello alternativo a quello prefigurato dal principio di rieducatività della pena, o una componente strumentale, finalizzata a rimotivare le ragioni.

Nel breve-medio periodo non possiamo lanciare la freccia delle nostre aspettative verso orizzonti più vasti e lontani: dobbiamo appagarci di limitare gli effetti perniciosi del penale straripante. Possiamo sperimentare cause di non punibilità e tecniche di degradazione dell'illecito penale sempre più raffinate e performanti (depenalizzazione *in concreto*). Dobbiamo accrescere il ruolo delle pene alternative, già a partire dalla comminatoria edittale (102). Rinforzare gli argini delle garanzie sostanziali e processuali. Contrastare lo scandalo della selettività carceraria.

Contenere la crisi dell'ordine penale è una sfida anche culturale, che coinvolge classe politica, mezzi di informazione e corpi intermedi.

Ma è una sfida che chiama a raccolta *in primis* i giuristi, il cui ruolo di presidio resta fondamentale in una democrazia matura. Affinché essi si rivelino all'altezza, è necessario anche superare taluni limiti evidenti dell'odierno insegnamento universitario e soprattutto post-universitario delle materie giuridiche, viziato da una deriva tecnicistica di nozioni asettiche e dal culto per le massime giurisprudenziali.

Il diritto penale non può essere presentato come "astorico", come una disciplina neutrale, in breve una tecnica senza storia e senza politica. Il diritto penale è politica, benché non sia mera contingenza.

Non si nega che qualsiasi epoca sia caratterizzata da circostanze così peculiari da risultare irripetibili. Nondimeno senza cultura storica si generano le amnesie collettive. Non si comprende il presente e si cammina verso il nulla. Il rischio è ripetere gli errori del passato: le perversioni del potere punitivo senza diritto e senza limiti.

dibattito suscitato da tale impianto teorico, con diverse chiavi di lettura, v. D. PULITANO, *Il penale tra teoria e politica*, in *Sist. pen.*, 9 novembre 2020; G. FIANDACA, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, *ivi*, 28 novembre 2020.

(102) La scelta compiuta con il recente d.lgs. n. 150 del 2022 è invece nel senso di arricchire il novero delle "pene sostitutive delle pene detentive brevi" che il giudice della cognizione "può" disporre e di dilatarne i limiti applicativi: cfr. nuovo art. 20-*bis* c.p.