L'IRCOCERVO
PRIMA RIVISTA ELETTRONICA ITALIANA DI METODOLOGIA GIURIDICA - TEORIA GENERALE DEL DIRITTO E DOTTRINA DELLO STATO
FIRST ITALIAN DIGITAL JOURNAL OF LEGAL METHODOLOGY - GENERAL THEORY OF LAW AND DOCTRINE OF THE STATE

L'oscillazione tra l'abolizionismo e l'espansione incongrua del diritto penale

Mauro Ronco

Università degli Studi di Padova

Abstract: **The Oscillation between Abolitionism and the Incongruous Expansion of Criminal Law**
The Author highlights the contradictions in contemporary criminal justice systems, which are theoretically drawn to abolitionist ideas but, in practice, lean toward expanding State punitive measures. This reflects an approach that positions criminal law as the primary means of addressing social conflicts. The Author points out that abolitionist theories distance criminal law from reality, as in a *dystopian world*, creating criminogenic effects, as demonstrated by the rise in crime rates in countries that have adopted these perspectives. At the same time, the Author critiques *overcriminalization*, which stems from utilitarianism and materialism, disregarding both the moral value and the cost inherent in the suffering caused by punishment. Finally, drawing on the philosophy of Giambattista Vico, he calls for a return to justice as the true foundation of criminal law, according to Vico's thought: *Utilitas occasio, honestas est caussa iuris et societatis humanae*.

Keywords: Punishment, Abolitionism, Legalism, Utilitas, Honestas.

Sommario: 1. Le contraddizioni del diritto penale contemporaneo – 2. Decadenza del costume e aumento della criminalità – 3. In particolare: decadenza del costume e aumento della criminalità nei Paesi nordici europei – 4. La violenza pandemica nel mondo occidentale e nelle sue periferie – 5. L'abolizionismo penale – 6. L'illegittimità e l'illegalità del diritto penale secondo gli abolizionisti – 7. La storia remota dell'invadenza del diritto penale – 8. Segue: il diritto penale dell'epoca liberale – 9. La rieducazione perduta – 10. Il mostro della legalità leviatana – 11. La verità della pena – 12. La falsità dell'abolizionismo – 13. *Utilitas occasio, honestas est caussa iuris et societatis humanae* – 14. Sono possibili rimedi all'attuale condizione?

1. Le contraddizioni del diritto penale contemporaneo

Il diritto penale vive un'epoca molto travagliata. Se si esaminano le cose dal punto di vista teorico, sembra che esso sia pervenuto allo stadio tecnico del fallimento. Gli studiosi del diritto penale, nella loro quasi totalità, perlomeno quelli di formazione europea, non hanno più alcuna fiducia in esso e si limitano a tollerarlo come se fosse uno strumento a cui, al più presto, si dovrebbe rinunciare. Se si esaminano, invece, le cose dal punto di vista pratico, la dimensione è completamente diversa.

© L'Ircocervo, 23 (2024) n. 2 ISSN 1722-392X
Special issue: T. Snarski e T.G. Tasso (eds.),
The Concept of Punishment. Justice, Human Rights and Mercy,
https://doi.org/10.57581/LIRCOCERVO.23.2024.2.10

Larga parte della popolazione invoca il diritto penale per frenare il dilagare della violenza; le classi politiche munite del potere legislativo approvano via via nuove leggi punitive; elevano i livelli di pena per le varie fattispecie; prevedono ipotesi di confisca sempre più estese; introducono il “codice rosso” (L. 19.7.2019, n. 69); poi il “codice rosso rafforzato” (L. 24.11.2023, n. 168) per potenziare la risposta sociale, mediatica e giudiziaria contro la violenza domestica e di genere; promettono sanzioni ancora più incisive come risposta adeguata alla violenza comune e organizzata.

Le Procure della Repubblica, che hanno non solo la titolarità obbligatoria dell’azione penale (art. 112 Cost.), ma che soprattutto hanno il monopolio dell’attività investigativa, dirigendo le indagini e disponendo direttamente della Polizia giudiziaria (art. 327 c.p.p.), sono protagoniste di un attivismo quasi frenetico che copre ogni attività familiare, economica, sanitaria, finanziaria e politica.

Di tanto in tanto compaiono “pacchetti” che vorrebbero conferire efficienza e celerità al processo penale e introdurre istituti di giustizia riparativa a disposizione dei cittadini per la tempestiva definizione dei procedimenti giudiziari (d.lgs. 10.10.2022, n. 150 – c.d. “legge Cartabia”). Gli operatori del diritto non fanno in tempo a calibrare l’applicazione dei nuovi istituti che già compaiono disposizioni ulteriori che sommergono i precedenti, in uno sforzo inane che sembra evocare le sciagurate fatiche descritte nel mito di Sisifo.

In siffatta situazione schizofrenica tra teoria e pratica furoreggiano gli abolizionisti del diritto penale, che ne rappresentano con tagliente precisione i percorsi verso l’eutanasia dello stesso per mano dello Stato, con l’abolizione tendenziale della pena o, almeno, con la sua riduzione ai minimi termini in vista della sua definitiva abolizione. Contrapposti a essi stanno coloro che sono definiti sprezzantemente “securitari”, giacché, in funzione della sicurezza del consorzio sociale, non sono contrari – anzi, talora invocano – l’intervento efficace del diritto penale a tutela dei beni e degli interessi comuni.

Rispondere al quesito se abbiano ragione gli uni o gli altri è quasi impossibile, giacché entrambi i corni dell’alternativa rischiano di allontanarci dai sentieri della realtà per farci immaginare un mondo distopico che non può esistere o che, se esistesse, anche soltanto in parte, determinerebbe la cancellazione, teorica e pratica, del bene comune, che è il fine della vita degli uomini e delle donne nella società.

Né il ritorno al giusnaturalistico stato di natura proclamato dai teorici di conio hobbesiano della modernità, né il rafforzamento del potere del Leviatano costituiscono rimedi adeguati per risollevare l’universo del diritto dallo stato preagonico in cui è precipitato.

Piuttosto, proseguendo con pacata fermezza la navigazione in acque tempestose e accettando di compiere con dignità le cose modeste che si possono fare per migliorare anche di poco lo stato della giustizia in questa fase tormentata della storia, è opportuno darsi conto delle cause che hanno condotto le società dell’Occidente contemporaneo alla devastazione della pace sociale, che

dovremmo ricominciare a definire agostinianamente la tranquillità dell'ordine, per strappare il termine "pace" all'erosione semantica e per conferirle un significato pregnante tale da sospingerci ad amarla fattivamente di nuovo.

2. Decadenza del costume e aumento della criminalità

Nel primo decennio di questo secolo assegnai in qualità di docente di diritto penale all'Università di Padova una quindicina di tesi di laurea magistrale sul tema degli omicidi di prossimità. Lo studente, più spesso la studentessa, aveva il compito di ricercare presso gli uffici di una determinata Corte di Assise di Appello della Repubblica tutte le sentenze emesse nel decennio 1990-2000 per il delitto di omicidio giudicato in ciascun distretto. Il mio obiettivo era di verificare l'incidenza del rapporto familiare – o di prossimità – nella realizzazione del crimine contro la vita. I risultati delle indagini, che conservo in archivio, non furono disastrosi. Sussistevano differenze, ma non molto significative, tra i vari distretti; mediamente, però, risultava che in dieci anni ciascuna Corte non aveva giudicato più di una dozzina di casi. I risultati, pur di carattere empirico, erano discretamente attendibili, sia perché il delitto di omicidio non appartiene al nòvero di quelli in cui è elevato il c.d. "numero oscuro", sia perché la quasi totalità dei giudizi di omicidio passa al vaglio della Corte di Assise di Appello, compresi quelli giudicati con rito abbreviato. In relazione ai confini cronologici delle indagini, passarono al vaglio delle ricerche i delitti realizzati nell'arco di tempo che andava dagli ultimi anni '80 alla fine del decennio del '90.

Trascorsi quasi venticinque anni la situazione è radicalmente mutata. Poiché non dispongo di statistiche affidabili, le mie osservazioni hanno carattere soltanto empirico e, in quanto tali, sono controvertibili. Rilevo, tuttavia, che non passa giorno che non appaia sui giornali la notizia di un omicidio di prossimità, del familiare, della moglie, della fidanzata, della compagna, qualche volta del *partner* maschile del rapporto, di uno o più figli della coppia; omicidi qualche volta seguiti dal suicidio del protagonista dell'efferato delitto. Il dato empirico è confermato dall'operato del legislatore, che ha sentito l'urgente necessità, nel 2019 e nel 2023, di introdurre norme più incisive a tutela dell'incolumità e della vita delle persone, soprattutto delle donne, minacciate dall'esplosione della violenza del *partner*. Non intendo pronunciarmi sulle cause dell'aumento vertiginoso della c.d. "violenza di genere". Mi limito per il momento a constatare la frequenza di un grave fenomeno sociale.

3. In particolare: decadenza del costume e aumento della criminalità nei Paesi nordici europei

Si è accertato che i Paesi nordici d'Europa, primi "per parità di genere", sono però "indietro sulla violenza di genere". La responsabile delle campagne Amnesty

International Italia, Tina Marinari, ha dichiarato: "I paesi del Nord, al primo posto per uguaglianza di genere, hanno livelli di stupro e violenza contro le donne spaventosi. Le sopravvissute alla violenza sessuale vengono tradite dai sistemi giudiziari"[1].

Secondo un rapporto di Amnesty International del 2018 su Danimarca, Finlandia, Norvegia e Svezia, le donne e le ragazze che hanno subito violenza vengono infatti abbandonate dal sistema di giustizia[2].

In un editoriale de *Il Messaggero* del 21.11.2023 il sociologo Luca Ricolfi ha ricordato che

> nei civilissimi Paesi scandinavi, in Germania, in Francia, nel Regno Unito, le donne rischiano la vita più che in Italia. […] e se allarghiamo lo sguardo a società non europee, solo in Giappone le cose vanno meglio che in Italia: Paesi come Stati Uniti, Canada, Australia, Nuova Zelanda, Israele, Corea del Sud hanno tutti tassi di uccisione maggiori di quelli italiani[3].

La Svezia, poi, non è soltanto il Paese con il più alto tasso di femminicidi, ma anche quello con il più alto di stupri[4]. Sulle cifre raccolte da Eurostat fino al 2021 la Svezia ha registrato il numero più alto di violenze sessuali, con 178 casi per centomila abitanti, davanti a Scozia, Irlanda del Nord, Inghilterra e Belgio, quest'ultimo con 91 casi per centomila abitanti. L'Italia si attestava al tasso di 6,58 violenze per centomila abitanti[5].

In Svezia, poi, nell'ultimo ventennio, è esplosa la violenza omicida delle bande criminali che scorrazzano impunite nelle periferie delle città più popolate. Questa nazione venne rappresentata per molti decenni dai *media* e dalla cultura di conio liberale come quella ove distribuzione equa delle ricchezze, benessere fisico e libertà sessuale si coniugavano mirabilmente per creare *à la Candide* il miglior mondo possibile. Va ricordato, peraltro, che la Svezia fu, insieme alla Germania nazionalsocialista, l'unico Stato europeo che introdusse negli anni '30 del secolo scorso la legge di sterilizzazione obbligatoria dei malati di mente, dei minorati mentali e delle persone sofferenti per altri disturbi delle capacità mentali (L. n. 171/1934, promulgata il 18 maggio di quell'anno). Ne furono promotori i coniugi Myrdal, influenti figure accademiche e politiche del socialismo svedese, il cui

[1] L. Zancaner, "Il paradosso dei Paesi nordici, primi per parità ma indietro sulla violenza di genere", in *Il Sole24Ore*, 25/03/2022.
[2] *Ibidem.*
[3] L. Ricolfi, "La cultura dei diritti/Le difficoltà del maschio di accettare una sconfitta", in *Il Messaggero*, 21/11/2023.
[4] Ipa/Sky TG24, "Violenze sessuali, il confronto tra l'Italia e gli altri Paesi europei. I dati", in *Sky TG24*, 24/11/2023: https://tg24.sky.it/cronaca/2023/11/24/violenza-sessuale-italia-europa-dati.
[5] A. an., "Giornata mondiale contro la violenza sulle donne: ecco i dati Eurostat e le strategie Oms per la prevenzione e per gli operatori sanitari. Italia in fondo alla classifica europea", in *Quotidiano online di informazione sanitaria/Studi e Analisi*. Recuperato da https://www.quotidianosanita.it/studi-e-analisi/articolo.php?articolo_id=56243, [Data di consultazione: 20/08/2024].

ragionamento era basato sul programma scientifico di standardizzazione per "raggiungere un concetto di qualità umana assoluta e determinata oggettivamente"[6]. I princìpi della legge, modificata nel 1941, restarono in vigore fino al 1° luglio 1974 allorché una riforma circoscrisse la disciplina alla sterilizzazione volontaria. L'obiettivo della politica profilattica di elevazione della qualità del materiale umano venne perseguito per molti anni da Gunner Myrdal nella sua attività di governo[7].

Pochi anni addietro l'egemonia politica quasi secolare della socialdemocrazia in Svezia è tramontata. Il nuovo primo ministro svedese Ulf Kristersson del partito conservatore ha recentemente richiesto aiuto all'esercito, promettendo di sconfiggere le bande criminali dopo la recente ondata di violenza che ha colpito la Svezia[8]. Carlos Torralba su *El Pais* del 31.03.2024 ha scritto:

> In meno di 15 anni, la Svezia è passata dall'essere uno dei paesi più sicuri al mondo ad avere il più alto tasso di omicidi con armi da fuoco dell'intera UE (il doppio di quello della Croazia, seconda) e di numero di esplosioni per bombe a mano, paragonabili a quelli di alcuni paesi in conflitto[9],

soggiungendo che: "in diverse zone alla periferia di Stoccolma, la violenza dei clan ha la meglio sulla Polizia e, sempre più spesso, i crimini peggiori vengono commessi da bambini sotto i 15 anni, che non possono essere accusati penalmente"[10].

Secondo il Ministro della Giustizia, Gunner Strömmer, nel paese vi sarebbero 62.000 persone con qualche tipo di legame con bande criminali (uno ogni 168 abitanti). Di questi 14.000 sarebbero "membri attivi"[11]: "stiamo parlando di un crimine che minaccia il sistema, che controlla il mercato della droga con molta violenza, che mette a tacere i testimoni, che intimidisce gli operatori sociali, che si infiltra nelle autorità e nei partiti politici"[12].

[6] P.S. Colla, *Per la nazione e per la razza. Cittadini ed esclusi nel modello svedese*, Carocci, Roma, 2000, p. 49.
[7] Cfr. M. Ronco, "Impegno solidale per la vita", in Id. (a cura di), *Il "diritto" di essere uccisi: verso la morte del diritto?*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 155-157.
[8] C. Tassinari, "Tre esplosioni in meno di una settimana, almeno tre vittime, anche in regolamenti di conti. Dopo il Corano 'bruciato', la Svezia si scopre fragile di fronte ad un'escalation mai vista di criminalità. Per il premier Kristersson è colpa delle politiche migratorie 'ingenue'", in *Euronews-Associated Press-Ansa*, 29/09/2023, https://it.euronews.com/2023/09/29/svezia-violenta-il-premier-svedese-kristersson-sconfiggeremo-le-bande-criminali.
[9] C. Torralba, "Building bombings and 14-year-old hitmen: Organized crime overwhelms Sweden", in *El País*, 31/03/2024, trad. it. in Redazione (a cura di), "Svezia sommersa dalla violenza dei clan della droga", in *ADUC - Associazione Utenti e Consumatori APS*, 01/04/2024, https://droghe.aduc.it/articolo/svezia+sommersa+dalla+violenza+dei+clan+della+droga_37381.php.
[10] *Ibidem.*
[11] *Ibidem.*
[12] *Ibidem.*

4. La violenza pandemica nel mondo occidentale e nelle sue periferie

Ho spostato l'attenzione sui Paesi nordici al fine di evidenziare che il problema della violenza e, in specie, di quella sessuale, non è soltanto italiano, bensì dell'Europa e dell'intero mondo occidentale. In Italia ci si lamenta da svariati anni del sovraffollamento delle carceri, che rende assai difficile lo svolgimento di attività riabilitative, sottraendo in tal modo a tutti i detenuti la *chance* dell'emenda quale funzione costituzionale della pena (art. 27, co. 3 Cost.). E ciò avviene nonostante l'ampliamento imponente dell'esecuzione penale esterna, che concerne ormai una platea di condannati che si approssima a quella detenuta intramurariamente.

Se poi si accentra lo sguardo sul Paese egemone dell'anglosfera – gli Stati Uniti – che vorrebbe diffondere con le armi nel mondo intero i "valori" di "libertà" e di "democrazia", si apprende dell'esistenza di situazioni spaventose, sia per il tasso spropositato di detenuti sull'insieme della popolazione, sia per il livello inusitato di violenza che si è, da molti anni, scatenato nel Paese quasi a costituire un tratto caratteristico della sua vita urbana. Se si passa, infine, dal "centro" pulsante della finanza, dell'economia e della cultura dell'Occidente alle sue periferie ibero-americane, un moto di tristezza profonda, quasi di disperazione, avvolge la nostra mente e il nostro cuore. Quei popoli, pur non fruendo di un *welfare* paragonabile a quello europeo, cercavano nei decenni passati, pieni di orgoglio per le loro tradizioni, soprattutto religiose, di diffondere una decorosa condizione economica su tutti gli strati sociali. Ora ogni cosa buona è stata travolta dalle guerre di bande che agiscono con la forza simile a quella di eserciti armati per garantirsi la supremazia nel mercato della droga. I "valori" che il dominio dell'anglosfera diffonde nel mondo non sono "libertà" e "democrazia", bensì *addiction* compulsiva al piacere e decozione dell'intelligenza in cambio di denaro destinato a irrobustire le schiere armate dei narcotrafficanti.

5. L'abolizionismo penale

Tratteggiati alcuni aspetti di rilievo criminologico, occorre ritornare all'alternativa giuridica tra le tendenze abolizionistiche elaborate dai teorici e i rimedi di tipo panpenalistico che si affermano nella pratica.

Tengo sott'occhio l'opera di Eugenio Raúl Zaffaroni e, in particolare, la monografia *En busca de las penas perdidas*, pubblicata verso la fine degli anni '80 del secolo scorso[13]. Era quello il tempo in cui l'ondata promotrice della depenalizzazione del diritto penale era in pieno rigoglio. Sul piano delle teorie criminologiche si trattava di raccogliere i frutti della criminologia critica che,

[13] E.R. Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimacion y dogmatica juridico-penal*, Ediar, Buenos Aires, 2005 (1ª ed. 1989).

negli Stati Uniti e, soprattutto, in Italia, aveva furoreggiato nei due decenni precedenti.

Le argomentazioni criminologiche erano state proposte da filosofi e giuristi affermati al fine di delegittimare teoricamente la pena e di dimostrare l'inefficacia pratica, più in generale, dell'intero diritto penale. Sulle tracce della teoria critica della società, che la "scuola di Francoforte" aveva elaborato, dentro il marxismo, contro la dialettica della natura in reazione alla sua vertente positivistica[14], vari autori italiani, tra cui primeggiarono Alessandro Baratta e Massimo Pavarini, delegittimarono la dogmatica e il diritto penale nel suo insieme in una presentazione che si pretendeva definitiva.

Essi concepirono il diritto penale non più soltanto come il riflesso delle relazioni sociali di disuguaglianza scaturenti dalla disuguale distribuzione dei beni, bensì, soprattutto, come l'effetto della stretta interrelazione tra le relazioni economiche di proprietà e quelle politiche di potere. Nell'ambito di questo marxismo aperto, non più astretto dai vincoli del riduzionismo naturalista, Baratta e altri con lui riuscirono a concepire l'intero apparato del diritto penale come un sistema funzionale all'etichettamento con lo stigma della pericolosità di chi non si adegua al "ruolo" che gli viene assegnato dalla meccanica dei rapporti di produzione. La pena e la prigione si fanno poi carico di riprodurre e rafforzare questo "ruolo" affinché la persona lo assuma come proprio e si comporti conformemente a esso. Detto in termini più semplici: mentre il vecchio marxismo ammetteva l'esistenza del "delinquente", focalizzando però la causa del suo stato nelle condizioni dei rapporti di produzione, il marxismo aperto ha compiuto un passo ulteriore, sostenendo che sarebbe l'intrinseca natura dei rapporti di produzione capitalistica a esigere la creazione di una certa serie di "ruoli" di delinquente, che vengono assegnati agli scarti della produzione, sui quali la pena e la prigione svolgono un compito di riproduzione e di perpetuazione.

Se le cose stessero in questi termini è evidente che il diritto penale dovrebbe essere abolito. Infatti, sarebbe l'etichettamento simbolico, non il delitto, a creare il delinquente. La pena avrebbe la funzione di confermarlo in questo "ruolo". Ipocrita sarebbe qualsiasi asserto circa il carattere riabilitativo della pena, giacché essa avrebbe intrinsecamente la funzione contraria, quella, cioè, di radicare il soggetto nel suo "ruolo" di delinquente. Ogni eventuale riabilitazione del condannato non rappresenterebbe un guadagno, bensì una perdita per l'apparato penale, cui verrebbe meno una componente preziosa per la sua perpetuazione e, di riflesso, per il mantenimento del modello capitalistico di produzione.

Nel trentennio '70-2000 questo discorso affascinò anche molti penalisti dogmatici e non solo una parte dei criminologi. La scuola penalistica di Bologna, diretta dall'insigne dogmatico Franco Bricola, sposò in gran parte questa tesi e,

[14] Cfr. per tutti M. Horkheimer, *Teoria critica. Scritti, 1932-1941*, Einaudi, Torino, 1974; Id., *Studi sull'autorità e la famiglia*, Utet, Torino, 1974. La scuola, cui appartennero, tra gli altri, T.W. Adorno, E. Fromm, H. Marcuse e, da ultimo, J. Habermas influenzò tra gli anni '60 ai '90 del secolo scorso l'intera filosofia e sociologia occidentale.

tramite soprattutto i suoi allievi, il cattedratico bolognese esercitò una notevole influenza in questa direzione sulla scena dei penalisti italiani, avvalendosi in particolare della rivista *La questione criminale* alla quale affluirono non soltanto accademici, ma anche autorevoli pratici del diritto, tra cui molti magistrati.

Oggi le cose sono molto cambiate, anche se alcuni luoghi comuni nati dall'abolizionismo si perpetuano all'interno di raffinate indagini dogmatiche o nel tessuto motivazionale di non rare sentenze. A questa stregua non v'è giovane studioso del diritto che non definisca spregiativamente come "simbolico" qualsiasi tipo penale di nuova creazione, quasi a dimostrazione apodittica, per un verso, della sua funzione di etichettamento penalizzante e, per un altro verso, della sua inefficacia a contrastare il fenomeno criminale avuto di mira dal legislatore. Se, poi, la fattispecie fosse, come si ripete ossessivamente, meramente "simbolica" non vi sarebbe alcuna ragione in virtù della quale il pubblico ministero, sopraffatto da un grande carico di lavoro, dovrebbe impegnarsi per investigare e, ancor meno, per esercitare l'azione penale nei riguardi degli autori dei reati "simbolici". Così il "simbolismo" è divenuto l'alibi per non perseguire delitti che non stanno sulla lunghezza d'onda ideologica del pubblico accusatore.

6. L'illegittimità e l'illegalità del diritto penale secondo gli abolizionisti

La frase *En busca de las penas perdidas,* che dà il titolo alla monografia di Zaffaroni, non significa ovviamente per l'autore la riabilitazione delle pene dell'epoca liberale per riproporle oggi aggiornate, bensì la rilevazione della loro inutilità, dunque, di un dolore – la pena infatti è una sofferenza – che è andato perduto, perché privo di senso e perché inflitto e speso invano[15].

Il sistema penale vigente, sia nel cuore dell'Occidente che nelle sue periferie, è per Zaffaroni illegittimo e illegale. Illegittimo perché falso, in quanto non parte dall'essere, ma dal dover essere:

> *El discurso jurídico-penal no puede desentenderse del "ser" y refugiarse o aislarse en el "deber ser", porque para que ese "deber ser" sea un "ser que aún no es" debe reparar en el* devenir posibile del ser, *pues de lo contrario lo convierte en un ser* que jamás será, *o sea, en un* embuste[16].

I filosofi dell'Occidente, che non credono alla sua legittimità, si rifugiano nella legalità, ovvero nella inesorabile effettività della "norma fondamentale"[17] – *id est*: della forza del potere politico – ovvero nella "regola ultima di

[15] E.R. Zaffaroni, *op. cit.*, p. 16.
[16] Cfr. *ivi*, p. 23.
[17] Cfr. H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1974.

riconoscimento"[18]. Sennonché, Zaffaroni nega che i sistemi penali contemporanei ottemperino alla legalità tanto sostanziale quanto processuale. Il principio della legalità sostanziale sarebbe comunemente violato perché l'esercizio del potere punitivo straripererebbe dai limiti stabiliti per legge alla punibilità, assumendo come criterio il "tipo sistematico" e non il "tipo garanzia"[19]. La legalità processuale sarebbe sistematicamente avulsa dal sistema, in quanto le agenzie giurisdizionali dovrebbero esercitare: "*su poder para intentar criminalizar* a todos *los autores de acciones tipicas, antijurídicas y culpables y que lo hagan conforme a ciertas pautas detalladamente explicitadas*"[20]. Il che manifestamente non avverrebbe, sia perché le stesse leggi penali rinunciano talora alla legalità limitando la persecuzione ai "fatti gravi", sia perché rimarrebbero estranee alla via penale le istituzionalizzazioni coattive dei malati di mente, dei minori e, tramite lo strumento para-assistenziale, degli anziani.

Negata in radice la legittimità dell'apparato penale e, in specie, della pena, e contestato il rimedio escogitato dai moderni della sua giustificazione per la via della legalità, il maestro argentino sviluppa un programma dogmatico-penale orientato dinamicamente e dialetticamente alla sua abolizione, concepita in modo non utopistico, bensì come frutto di un cammino accidentato che passa per la sua minimizzazione estrema, attuata tramite il rovesciamento del ruolo rispettivamente rivestito dal potere politico e dall'accusato del reato: il primo è presunto come "cattivo", perché orientato all'etichettamento criminale della persona vulnerabile; il secondo è presunto come "buono", perché vittima della violenza del potere.

7. La storia remota dell'invadenza del diritto penale

Il ricorso al diritto penale e alla pena come strumento di irreggimentamento sociale ha una storia molto più remota dell'abolizionismo. Senza che ciò suoni come provocazione, può dirsi che il suo inizio risale a Cesare Beccaria, critico spietato delle durezze e dei tormenti del diritto penale di Antico Regime, ma anche ispiratore del corso del diritto penale detto liberale. Quando critica la pena di morte – non propone egli invero di eliminarla del tutto, ma di lasciarla in vigore soltanto per i crimini più gravi, che mettono a repentaglio l'esistenza stessa della società – egli sostiene che non è l'intensità della pena a provocare il maggiore effetto sull'animo umano, bensì la sua estensione, "perché la nostra sensibilità è più facilmente e stabilmente mossa da minime ma replicate impressioni che da un forte ma passeggiero movimento"[21]. Onde la pena efficace:

[18] Cfr. L.A. Hart, *Direito, liberdade, moralidades*, Fabris, Porto Alegre, 1987.
[19] Cfr. E.R. Zaffaroni, *op. cit.*, p. 25.
[20] *Ibidem.*
[21] C. Beccaria, *Dei Delitti e delle Pene*, ENS, Lyon, 2009, § XXVIII, p. 230.

> Non è il terribile ma passeggiero spettacolo della morte di uno scellerato, ma il lungo e stentato esempio di un uomo privo di libertà, che divenuto bestia di servigio, ricompensa colle sue fatiche quella società che ha offesa, che è il freno più forte contro i delitti. Quell'efficace, perché spessissimo ripetuto, ritorno sopra di noi medesimi, *io stesso sarò ridotto a così lunga e misera condizione, se commetterò simili misfatti*, è assai più possente che non l'idea della morte, che gli uomini veggon sempre in una oscura lontananza[22].

Quando egli parla del Diritto di punire sostiene, in un'ottica rigorosamente utilitaristica che "la parola *diritto* non è contraddittoria alla parola *forza*, ma la prima è piuttosto una modificazione della seconda, cioè la modificazione più utile al maggior numero"[23]. Egli identifica il diritto con la forza, sicché il "diritto", cioè la forza, non sarebbe altro che "il vincolo necessario per tenere uniti gl'interessi particolari, che senz'esso si scioglierebbono nell'antico stato d'insociabilità: tutte le pene che oltrepassano la necessità di conservare questo vincolo sono ingiuste di lor natura"[24].

L'ermeneutica di quest'ultima frase è spesso fatturata in guisa fuorviante, come se fosse rivolta ineludibilmente alla mitigazione delle pene; il suo significato, invece, una volta negata la misura superiore e trascendente della giustizia, è che sono "giuste" tutte le pene necessarie, anche le più lunghe che performano il condannato in una "bestia da servigio"[25], pur di conservare nella società il vincolo, innaturale ma utile, della "sociabilità".

Gli autori successivi a Beccaria trassero subito le conseguenze dei *dicta* del Milanese. Per Jeremy Bentham, che riconobbe in Beccaria il suo maestro, le pene utili ed efficaci sono quelle esemplari che commisurano l'intensità dell'intimidazione con il criterio dell'utilità. Guy Jean Baptiste Target, che elaborò il quadro concettuale del potere di punire nel codice napoleonico del 1810, disegnò il fondamento della penalità nel criterio della pericolosità, proclamando, senza mezzi termini, che: "*Les peines doivent être mesurées sur la nature de cette race abâtardie, qui est le foyer des crimes, et dont la régénération se laisse à peine entrevoir*"[26].

8. Segue: il diritto penale dell'epoca liberale

Il diritto penale liberale, che si ispirò esclusivamente all'utilità e che cancellò il legame tra la giuridicità e la moralità, si eresse in modo implacabile sui due costrutti dell'attribuzione alla pena statale della funzione di risolvere il maggior

[22] *Ivi*, p. 232.
[23] *Ivi*, § 11 (*Diritto di punire*), p. 148.
[24] *Ibidem*.
[25] *Ivi*, p. 232.
[26] G.J.B. Target, *Observations sur le projet de Code criminel, Théorie du code pénal*, Locré, t. XXIX, 2-38.

numero possibile di conflitti sociali e dell'edilizia penitenziaria al fine di contenere con la forza l'ognor crescente numero di condannati.

Ancora verso la fine degli anni '80 del secolo XIX i compilatori del codice liberale italiano del 1889 discutevano se fosse più conveniente adottare il metodo carcerario detto filadelfiano ovvero quello detto auburniano. Il primo, per evitare la promiscuità tra i detenuti, prevedeva che il condannato trascorresse l'intera pena, o almeno una parte consistente di essa, nell'isolamento diurno e notturno. Il sistema auburniano era basato sull'isolamento notturno e sul lavoro in comune durante il giorno, ma con l'obbligo rigoroso del silenzio. L'effetto collaterale pressoché inevitabile di entrambi i sistemi – soprattutto del primo – è la destrutturazione della personalità fisica e morale della persona. Il codice Zanardelli introdusse un misto disumano di Philadelphia e di Auburn.

Poi irruppe negli ultimi venti anni del secolo XIX il positivismo criminologico. Siccome la repressione filadelfiana e/o auburniana, pur rendendo le prigioni stracolme e invivibili, aveva fallito nel suo compito e i tassi di criminalità apparivano via via crescenti, i positivisti sostennero che il fenomeno dipendeva dall'eccessiva tenerezza usata nel trattamento dei condannati. Cesare Lombroso, nel libro del 1879 sull'incremento dei delitti in Italia, ravvisava, tra le molte cause della situazione critica, la mitezza della repressione; l'incertezza e la dilazione dell'esecuzione delle pene; gli istituti della libertà provvisoria e della giuria e l'abuso del diritto di grazia[27].

Per il tramite di una visione integralmente materialistica delle scienze morali e giuridiche i positivisti intendevano abbattere il confine artificiale tra "bene" e "male", cancellando il mito fantasioso della libertà del volere: una sorta "di dio termine o di sancta sanctorum"[28] sul cui "fragile altare"[29] i giuristi metafisici lo avevano eretto a fondamento del diritto penale.

Accadde in questo modo uno sconcertante rovesciamento valoriale. L'estrema malvagità dell'uomo che può renderlo simile a una bestia per la disobbedienza ostinata alla legge divina inscritta nella sua natura[30] si trasforma nell'istinto naturale feroce della bestia incolpevole. Maria Teresa Milicia, che ha messo in discussione con studi ineccepibili l'autenticità della "scoperta" di Lombroso della fossa occipitale mediana nel cranio del "brigante" Giuseppe Villella, ha scritto una pagina mirabile a proposito del significato della teoria lombrosiana dell'atavismo criminale:

[27] C. Lombroso, *Sull'incremento dei delitti in Italia e sui mezzi per arrestarlo*, F.lli Bocca, Torino, 1879, p. 30.
[28] C. Lombroso, E. Ferri, R. Garofalo, C. Fioretti, *Polemica in difesa della Scuola Criminale Positiva*, Zanichelli, Bologna, 1886, p. 19.
[29] *Ibidem.*
[30] Tommaso d'Aquino, in *VII Ethicorum*, 1.1 n. 1303, riprendendo Aristotele, individua tre cause per cui l'uomo si rende simile alla bestia; la terza causa si verifica "*propter magnum augmentum malitiae, ex qua contingit quod quosdam superexcellenter diffamamus dicentes eos bestiales. Quia, sicut virtus divina raro in bonis invenitur, ita bestialitas raro in malis: videntur sibi per oppositum respondere*".

> senza tipo criminale, infatti, non v'ha criminale-nato: né senza criminale-nato v'è antropologia criminale […]. Alla costellazione atavistica di caratteri anatomici, antropometrici, fisiologici e psicologici, tali da considerare il delinquente una specie antropologica vera e propria e il delitto un fenomeno naturale, si aggiungeranno la follia morale e la componente patologica dell'epilessia. L'impegno scientifico di Lombroso è tutto rivolto a cercare nuovi elementi di prova per difendere l'esistenza della categoria del delinquente-nato che si basa sulla relazione fra le anomalie atavistiche e patologiche e il comportamento criminale[31].

9. La rieducazione perduta

Il positivismo criminologico introdusse il nuovo paradigma della pericolosità del soggetto come cardine della valutazione penale. Associato con il criterio dell'utilità sociale del diritto penale, separato quest'ultimo da ogni fondamento di giustizia e di moralità, il secolo XX non ha migliorato di molto lo stato della giustizia penale. Sono stati introdotti a livello costituzionale, ormai quasi ottant'anni fa, due princìpi essenziali: i) che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e ii) che esse devono tendere alla rieducazione del condannato. Non mi è possibile in questa sede esaminare *funditus* il tema trattamentale, allo scopo di verificare in concreto se l'esecuzione avvenga conformemente al senso di umanità, come prescritto dalla Costituzione. Pur dovendosi dare atto che la legge, i regolamenti e le buone prassi in varie strutture carcerarie hanno spesso umanizzato l'esecuzione della pena, osservo tuttavia che il cammino da compiere è ancora molto lungo e irto di difficoltà. Queste si annidano tanto nella ristrettezza delle risorse economiche impiegate, quanto nella disumanità in cui fluisce, anche all'esterno del carcere, larga parte della vita degli uomini e delle donne contemporanee, quanto, infine, nell'inadeguatezza della cultura materialista ed edonistica a conferire significato al concetto di umanità. Tale carenza dipende dal prevalere di un'antropologia che dà spazio abnorme ai desideri passeggeri e alle pulsioni emotive e che rifiuta di fondarsi sulla dignità oggettiva della persona e sui suoi bisogni essenziali.

Certo, si è dissolto il clima dell'epoca liberale in cui si riteneva di potersi avvalere positivamente dei metodi penitenziari importati dalle remote Pennsylvania e Alabama, afflitte, peraltro, dall'ingiustizia radicale della segregazione razziale. Pertanto, è stato superato il disumano sistema dell'isolamento, che sembrava vincente per stroncare la formazione di reti criminogene all'interno delle carceri. Vero che la socialità tra i detenuti è foriera di inconvenienti di politica criminale. Ma il bilanciamento di tali inconvenienti

[31] M.T. Milicia, *Lombroso e il brigante. Storia di un cranio conteso*, Salerno editrice, Roma, 2019, pp. 103-104.

con la decozione psico-fisica derivante dall'isolamento permanente non può non sfociare, in virtù di un elementare principio umanitario, in un esito che dia ampio spazio alla socialità. Soltanto l'assurda ipotesi giusnaturalista dell'isolamento dell'individuo nello stato di natura può indurre a privare la persona detenuta di regolari rapporti con il prossimo, anche con i detenuti ristretti nello stesso stabilimento. Il problema della criminogenesi all'interno delle carceri va risolto tramite l'individualizzazione della pena detentiva e l'assegnazione dei condannati a stabilimenti differenziati a seconda della tipologia dei reati commessi, dell'entità della pena da espiare e dei trascorsi giudiziari di ciascuno.

Piuttosto, a riguardo di umanità trattamentale, desta grave perplessità di ordine morale e, conseguentemente, costituzionale, il regime contemplato all'art. 41 bis co. 2 e ss. dell'ordinamento penitenziario. L'istituto, introdotto con Legge 23 dicembre 1992, n. 279, in una stagione di sconcertante accrescimento di potere delle associazioni criminali, fu ritenuto legittimo da alcune sentenze della Corte Costituzionale degli anni 1993-1999, che si limitarono a limare alcune asperità esecutive. Riformato dalla Legge 15 luglio 2009, n. 94, l'istituto costituisce oggi un perno del sistema penitenziario. Le sue connotazioni più marcate consistono nell'isolamento del detenuto sia dal contesto ambientale esterno che da quello comune intramurario, in forza del giudizio di pericolosità soggettiva che scaturisce dalla semplice possibilità del detenuto di rapportarsi con il suo ambiente familiare e sociale di provenienza.

Se un regime siffatto potrebbe eventualmente trovare applicazione in una situazione eccezionale di emergenza, la sua presenza permanente nell'ordinamento penitenziario è completamente ingiustificabile. La sua natura, peraltro, implica l'etichettamento della persona con lo stigma della pericolosità, in un'ottica che sembra confermare il giudizio degli abolizionisti di illegittimità dell'intero sistema penale, siccome esso stesso sarebbe promotore di criminalità piuttosto che fattore diretto alla sua diminuzione.

Il tema più delicato concerne il significato e la portata della tensione effettiva della pena alla rieducazione del condannato. La formula dell'art. 27, co. 3 della Costituzione non è stata ben accolta dalla grande maggioranza della dottrina, che le ha preferito quella della risocializzazione o, ancor più neutralmente, la formula della reinserzione del condannato nell'ambiente esterno affinché possa esplicare le potenzialità di persona esercitando la piena libertà di autodeterminazione.

L'ostilità verso la formula costituzionale trae motivo dalla connotazione valoriale del termine rieducazione. Poiché il diritto post-liberale dovrebbe essere assiologicamente neutrale – come lo era il diritto penale liberale – la missione rieducativa, postulando l'esistenza di un modello educativo, sarebbe intrinsecamente in conflitto con la libertà della persona. Né varrebbe obiettare, contro i "neutralisti", che, comunque, il soggetto potrebbe sempre rifiutare il trattamento rieducativo, non avendo alcun significato una rieducazione forzata, che non rappresenterebbe evidentemente una rieducazione, bensì una costrizione o un condizionamento psicologico indebito verso l'adesione a uno specifico

modello di vita. Se però la libertà di adesione o il rifiuto del trattamento sono garantiti, l’obiezione contro il concetto di rieducazione è infondata, rivelando null’altro che l’*odium* verso l’inserimento di elementi valoriali nel diritto penale.

Le difficoltà non sono minori se si parla di risocializzazione. Infatti, risocializzare implica ricondurre il soggetto a una determinata modalità di vivere la comune socialità; dunque, anche tale condotta implica un aspetto di tipo valoriale.

Resta soltanto in piedi per la gran parte della cultura giuridica lo scopo minimale: la pena deve tendere a reinserire al più presto il soggetto nell’ambiente esterno ove possa svolgere un’esistenza libera. Vista la finalità costituzionale in questa dimensione estremamente riduttiva, non può non affiorare una contraddizione, che si fa quotidianamente palese a tutti coloro – giudici, avvocati, operatori dell’esecuzione penale – che si occupano professionalmente del tema delle misure, di conio variegato, alternative alla detenzione intramuraria. La contraddizione suona nel senso che: l’esecuzione della pena dovrebbe tendere a negare la stessa pena. I limiti posti dalle leggi alla decarcerizzazione si ridurrebbero ai vari tipi di tagliando che occorre acquistare per mettere termine alla pena. Il discorso utilitaristico-strumentale diventa così non più soltanto dominante, ma esclusivo.

Se ciò può implicare vantaggi temporanei per il funzionamento degli stabilimenti carcerari, liberando degli spazi e rendendo meno ingovernabile il sovraffollamento, la funzione rieducativa della pena viene pressoché integralmente cancellata. Il carcere rischia di diventare un perpetuo generatore di carcerazione, come gli abolizionisti non mancano di sottolineare. Infatti, ridotta la rieducazione a semplice riammissione accelerata del detenuto nel circuito della libera vita sociale, la decarcerizzazione procura i frutti velenosi della recidivanza seriale nel delitto.

10. Il mostro della legalità leviatana

Se si vuole penetrare la questione più in profondità, occorre svolgere due ulteriori tematiche, l’una sul significato della pena; l’altra sul fine della rieducazione, o della risocializzazione o della riammissione accelerata in libertà.

Inizio da quest’ultimo tema: se non sono offerti modelli di educazione e di socialità, verso quali obiettivi deve puntare l’esecuzione della pena?

Riprendendo una proposizione del grande criminalista Ferrando Mantovani, si deve riconoscere che il modo di vivere i rapporti sociali nelle società occidentali post-moderne vanifica intrinsecamente la finalità rieducativa della pena, “perché le attuali società, per rieducare, dovrebbero prima rieducare se

stesse. Per non "diseducare", altrimenti, il delinquente al proprio sistema di disvalori criminogeni, che hanno già costituito la spinta al delitto"[32].

Il primo effetto dello smembramento dei controlli della criminalità è "la distruzione della categoria mentale del limite, verso se stessi e verso gli altri"[33]. La perdita di questa categoria mentale dilata gli "*spazi dell'illecito,* ove ogni giorno un numero sempre maggiore di soggetti vìola un numero sempre maggiore di leggi. Ciascuno nelle proprie sfere di attività"[34].

> Il progressivo smembramento della primaria controspinta socio-culturale si è via via verificato con la sostituzione ad un sistema di valori anticrimine di un sistema di disvalori criminogeni, costituiti da una miscela nichilistica di ideologie, di pseudo cultura, di sub culture e prassi, che dell'essere umano fanno emergere la parte peggiore, non la migliore[35].

La conclusione di Mantovani è amara:

> Permissivismo, disordine e criminalità sono un trinomio indissolubile. Le società lassiste-permissivistiche finiscono per garantire nulla a nessuno, se non ai prevaricatori. Svilite le 'regole di condotta', riprende la corsa – per dirla col Freud – alle pulsioni, agli istinti aggressivi, predatori, sessuali, poiché la 'socialità dell'essere umano' è conquista mai definitiva, ma quotidiana[36].

Se il concetto della rieducazione, sia teoricamente che fattualmente, è vanificato, l'alternativa diventa drammatica: o l'ulteriore corsa a perdifiato verso il disordine, erigendo la prevaricazione a "regola di condotta" socialmente adeguata, ovvero il riversamento nella società di ulteriore diritto penale, con il conseguente incremento delle figure di reato, della carcerazione e con l'inasprimento quantitativo e qualitativo delle sanzioni.

Sembra il momento di ritornare al punto di partenza dell'alternativa tra abolizionismo e inserzione nella società di dosi più consistenti di diritto penale, di modelli più violenti e costrittivi presentati sotto la veste di una legalità che non si preoccupa in alcun modo della sua legittimità, secondo il programma tipicamente risalente agli autori del giusnaturalismo laico, trapiantati nel diritto penale liberale, il cui esemplare remoto è il Leviatano di Hobbes.

Invero, se la società contemporanea è stata ridotta al "tipo" della società naturale che caratterizzò il giusnaturalismo moderno, in forza della quale vale per

[32] F. Mantovani, "Lo smembramento dei controlli sociali e i degenerativi aumenti e peggioramenti della criminalità e del diritto penale", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 60 (2017), n. 3, p. 1172.
[33] *Ivi*, p. 1171.
[34] *Ibidem.*
[35] *Ivi*, p. 1168.
[36] *Ibidem.*

ciascuno lo *jus in omnia*[37], il diritto su tutti e su tutto, tolto ogni vincolo di solidarietà, allora l'unico rimedio che si profila all'orizzonte è il Leviatano della legalità, fondata sul potere brutale dei più forti e dei più ricchi, che nascondono anonimamente la loro identità individuale per veicolare indisturbati e impuniti i loro "disvalori", tramutati mediaticamente in "valori" dai mezzi di comunicazione di loro proprietà e da loro controllati.

11. La verità della pena

La deriva sembra inarrestabile. Infatti, a monte della vanificazione del concetto di rieducazione, v'è un profilo più radicale che concerne la menzogna sulla funzione della pena e sul significato del diritto penale. Il tema concerne la fondazione materialistica ed utilitaristica dello stesso, nonché la separazione assoluta tra il diritto e la morale.

Il nome pena – insegna Giambattista Vico – deriva da *poenitendo*, "ovvero dalla conscienza del malvagio operare, la quale altra cosa non è, se non la vergogna dell'aver misconosciuto il vero, perché alla disconoscenza del vero va congiunto un carattere di disonestà"[38]. La radice della pena è la consapevolezza della falsità della propria condotta, cioè la definalizzazione dell'agire, cioè la negazione del bene come traguardo della vita. Senza tener conto di questa radice metafisica ed etica la pena inflitta dalla società è priva del suo vero significato.

Per coloro la cui coscienza non è completamente offuscata dalla misconoscenza del vero – osserva Vico – può essere sufficiente castigo la "vergogna dell'aver errato"[39], accompagnata – mi permetto di aggiungere – da un gesto concreto di tipo riconciliativo con la persona offesa che sacrifichi spontaneamente qualcosa del proprio a favore della vittima. Per questa categoria di offensori ha significato la giustizia riparativa, che riporta la soluzione del conflitto sfociato nel reato al livello della relazione tra le persone, togliendo allo

[37] T. Hobbes, *Elementa philosophica De Cive*. La prima edizione uscì a Parigi in forma privata nel 1642; la seconda edizione ad Amsterdam nel 1647: "La natura ha dato a ciascuno il diritto su ogni cosa. Ciò significa che allo stato naturale puro, ossia prima che gli uomini si vincolassero reciprocamente con qualche patto, era lecito a chiunque fare qualunque cosa e contro chi volesse, e possedere, usare, godere di qualunque cosa egli volesse e potesse. Poiché, infatti, le cose che uno vuole gli sembrano buone in quanto appunto le vuole, e possono condurre alla sua conservazione, o almeno sembra vi possano condurre [...]; e poiché [...] si ritengono compiute per diritto naturale quelle azioni che conducono necessariamente alla salvaguardia della propria vita e della propria integrità fisica: ne segue che, allo stato naturale, è lecito a tutti avere e fare qualsiasi cosa. E questo è quel che comunemente si dice: la natura ha dato tutto a tutti. Dal che pure si deduce che, allo stato naturale, la misura del diritto è l'utilità". La traduzione è tratta da N. Bobbio (a cura di), *Thomas Hobbes. Opere politiche. Elementi filosofici sul cittadino-Dialogo tra un filosofo e uno studioso del diritto comune d'Inghilterra*, Utet, Torino, 1988, vol. 1, p. 82.

[38] G. Vico, *De universi iuris uno principio et fine uno*, Napoli, 1720. Utilizzo l'edizione a cura di P. Cristofolini, Sansoni, Firenze, 1974, p. 86.

[39] *Ibidem*.

Stato il compito di intervenire con il processo pubblico e con la sanzione penale. Naturalmente la riconciliazione va sottoposta al vaglio di un'agenzia sociale estranea a qualsiasi circuito penale o para-penale, ma che abbia autorevolezza e poteri tali da evitare che la giustizia riparativa serva, in una beffarda eterogenesi dei fini, alla consolidazione dell'ingiusto.

Sussistono però due ulteriori categorie di persone che delinquono, che Vico, sulla scia di Aristotele, denomina rispettivamente "incontinenti" e "intemperanti". I primi commettono il delitto deliberatamente, ma per fragilità della volontà. Essi conservano "un qualche rispetto dell'eterna ragione"[40]. I secondi, invece commettono il delitto "per malvagio costume o per mal genio"[41], senza ritenere "alcun senso di vergogna rispetto all'eterna ragione […], è lor gravissimo gastigo l'intorpidita e stupida conscienza, od il quasi total spegnimento di ogni senso umano"[42].

Il trattamento verso i colpevoli appartenenti alle due categorie deve essere completamente diverso. Nei confronti dei primi, la pena ha una funzione prevalentemente correttiva, nell'orizzonte preminente del loro miglioramento, tramite la rieducazione, già inerente in modo intrinseco alla semplice inflizione della pena, anche se di modesta entità e afflittività, che va accompagnata con l'immediato avviamento al lavoro utile per essi e per l'intera società. Nei confronti dei secondi non potrà rinunciarsi all'applicazione di una pena incidente in modo significativo sulla sfera dei diritti di libertà, lasciando però sempre aperta la prospettiva del ravvedimento individuale e della riabilitazione sociale, impegnandosi l'ordinamento penitenziario a fornire loro concrete ed effettive *chances* per accostumarsi a prassi congrue rispetto a quei valori di solidarietà che il delitto ha misconosciuto. A un risultato favorevole per la persona può pervenirsi soltanto tramite il percorso arduo della pena, mai attraverso scorciatoie che banalizzino la perversità del delitto e sviliscano il primato della giustizia.

La pena ha infatti in ogni caso natura medicinale[43]. Analogamente al farmaco che ha per fine la cura della malattia fisica o psichica, la pena inflitta dalla società civile è il farmaco indispensabile a un risanamento morale degli individui che hanno delinquito, in particolare di quelli che hanno perso ogni senso di vergogna "rispetto all'eterna ragione"[44] e la cui ragione personale si è intorpidita a cagione dell'insistenza pertinace nel delinquere.

Vico spiega bene il carattere medicinale della pena: se essa è *a poenitendo*, il superamento del delitto postula in qualche modo la penitenza: *id est* il sacrificio di qualcosa di proprio per compensare la privazione di bene in cui è consistito il

[40] *Ibidem.*
[41] *Ibidem.*
[42] *Ibidem.*
[43] Secondo la sentenza di San Tommaso d'Aquino, *Summa Theol*., II, IIae, Q. 66.a.6 ad 2: "*quod poenae praesentis vitae magis sunt medicinales quam retributivae, retributio enim reservatur divino iudicio, quod est secundum veritatem in peccantes*".
[44] *Ibidem.*

delitto. Sussiste una stretta analogia tra la *poena naturalis* e la pena giuridica. La prima è la sofferenza spirituale e psicologica che l'autore del malfatto patisce per "la vergogna dell'aver errato"[45]. Per coloro, dunque, che sono consapevoli del malfatto e sono disponibili alla riparazione, la *poena naturalis* è rimedio sufficiente per il superamento del delitto. Per coloro che hanno delinquito per debolezza della volontà è necessario un sostegno medicinale che provenga dalla società nel suo insieme, sì che sarebbe temerario affidarsi, in tutto e per tutto, alla spontaneità della penitenza individuale. Diversamente è la condizione di chi perseveri nel malfatto e dimostri l'incapacità della conscienza a rendersi conto dell'importanza, per se stesso e per gli altri, della solidarietà tra gli uomini. Per costoro la pena non perde la natura medicinale poiché la sua applicazione è rimedio indispensabile affinché anche essi, resi coscienti dalla sofferenza indotta dall'esterno del significato del delitto, si correggano al fine di ritornare a fruire dell'equo-buono che scaturisce dall'esistenza condotta nella pace con gli altri. Anche nei casi più gravi la pena non perde il suo carattere medicinale: pur venuta meno, per il rifiuto liberamente opposto, la prospettiva concreta della rieducazione, la pena ha per scopo che essi non divengano, approfittando nuovamente della pienezza dello stato di libertà, peggiori ancora rispetto a quanto fossero in precedenza, reiterando ancora i delitti e smarrendo interamente la dignità personale[46].

12. La falsità dell'abolizionismo

È conveniente ritornare ora all'inizio del ragionamento. Gli abolizionisti si sono distaccati dalla realtà. Vero che la pena provoca una sofferenza; ma essa non è "*perdida*"[47]; non è inutile e vana, come sostiene Zaffaroni, giacché è la conseguenza naturale della colpa e l'unico rimedio per il suo riscatto. Più la società si allontana dall'ideale dell'equo-buono e dai costumi dell'onestà e integrità che ne sono il carattere distintivo, più viene meno la conscienza della vergogna del delitto, con il conseguente ottundimento della sensibilità morale prima di molti e poi di moltissimi e infine di quasi tutti. E in conseguenza della perdita di questa conscienza, la cui rettitudine è premessa dell'auto-rieducazione, l'apparato delle agenzie repressive diventa più invasivo e penetrante allo scopo inane di sostituire la legalità imposta alla moralità perduta. Più la cultura abbraccia la causa dell'abolizionismo, più si offusca nella società il discrimine tra il "bene" e il "male", sì che il male dilaga specificandosi in violenza e frode ai danni dei più poveri e dei più vulnerabili. L'abolizionismo ipotizza una società distopica in cui le situazioni di conflitto si risolverebbero come per incanto. Purtroppo, invece, l'abolizionismo non fornisce soluzioni per la composizione dei

[45] G. Vico, *op. cit.*, p. 86.
[46] *Ibidem.*
[47] Cfr. E.R. Zaffaroni, *op. cit.*

conflitti moltiplicandoli quasi indefinitamente a vantaggio dei predatori più violenti.

Nei primi paragrafi di questo scritto ho preso spunto dalle narrazioni che testimoni insospettabili riferiscono circa le condizioni dei Paesi in cui il permissivismo si è spinto con baldanza ed orgoglio molto in avanti e in cui le idee abolizionistiche sono penetrate in profondità nella cultura e nel costume. Gli effetti di tale cultura materialistica ed edonistica integrano l'opposto dei benefici immaginati. Invece di un pacifico benessere materiale e di una serena accondiscendenza alle regole del vivere civile è inaspettatamente comparsa una società violenta in cui la donna, liberata completamente dai vincoli della moralità sessuale tradizionale e della sua vocazione di madre, è diventata la vittima sacrificale della prevaricazione fisica e psicologica di quanti le stanno intorno, non per rispettare la sua libertà, ma per approfittare della sua eventuale fragilità.

Paradossalmente, smentendo le affabulazioni di Hobbes, il processo storico ha mostrato che lo stato di natura in cui il più forte ha un potere illimitato *in omnia* e *in omnes* non sta all'origine della storia, come conseguenza della barbarie primitiva, bensì al suo termine, come frutto delle scelte maliziose della cultura e della politica più raffinate.

Il vizio dell'abolizionismo sta invero nell'errata risposta al quesito metafisico più arduo, che si esprime icasticamente nell'interrogativo "*unde malum*"?

L'origine del male non sta nella morale e nel diritto che dettano regole dirette a raffrenare le pulsioni egoistiche dell'io e a favorire la solidarietà tra le persone, bensì nel disprezzo della verità che la libertà dell'uomo e della donna, enti essenzialmente limitati, ha dei limiti inscritti nella loro natura razionale. L'abolizionismo come tendenza interna al diritto penale disattende la primaria legge criminologica in virtù della quale – secondo le pregnanti parole di Mantovani – "esiste un rapporto di proporzione inversa tra condotta antisociale e validi controlli sociali (religiosi, morali, familiari, scolastici, associativi, amministrativi, giuridici extrapenali e, poi, penali)"[48]. Con la conseguenza che il numero di coloro che pervengono al crimine cresce col decrescere del senso del limite che le varie regole del costume contribuiscono a mantenere vivo nella mente e nel cuore dell'uomo.

13. *Utilitas occasio, honestas est caussa iuris et societatis humanae*

Per altro verso non può non riconoscersi che la riconduzione al penale di tutte le istanze di controllo sociale è la conseguenza perversa di una cultura che ha troncato, ormai da troppo tempo, il legame tra il diritto e la morale e che ha abolito *de facto* e *de iure* la rilevanza proattiva verso il bene comune di tutte le

[48] F. Mantovani, *op.cit.*, p. 1168.

istituzioni e le istanze intermedie tra l'individuo e lo Stato. Le critiche che Zaffaroni muove al diritto penale esistente, per la pretesa di fondarsi solo sulla legalità, sottraendosi alla questione della legittimità, sono fondate. Quando Zaffaroni sostiene che il discorso giuridico penale legalista si è avvalso per due secoli di due metafore fantasmatiche – e, quindi, false –, per autogiustificarsi, dice il vero:

> *el contrato y el organismo justificaron alternativamente al sistema penal y "explicaron" su mecánica y extensión: cuando fallaban o eran insufficientes, el fantasma – muy intimamemnte vinculado al contractualismo, pero usado por el autoritarismo – era la amenaza de una supuesta "vuelta a la natualeza" (entendida come salvaje, primitiva, animal), a través de una imaginaria guerra de todos contra todo* […] *La idea de "organismo social" es por su esencia antidemocrática: lo que interesa es el organismo y no sus células; las decisiones las toman sólo las células preparadas especialmente para decidir y no por la mayoría indiferenciada de ellas. El paradigma organicista es idealista, no susceptible de verificación y su adopción por el positivismo no fue más que un recurso del poder para mostrar como "científico" lo que siempre fue una metáfora antidemocrática*[49].

Non è la libertà ceduta da ciascuno in forza di contratto al principe per ragioni di utilità che giustifica lo *jus puniendi* di quest'ultimo, come ritenne Beccaria nel dettare la sua epistemologia egoistica:

> Nessuno uomo ha fatto il dono gratuito di parte della propria libertà in vista del ben pubblico: questa chimera non esiste che ne' romanzi; se fosse possibile, ciascuno di noi vorrebbe che i patti che legano gli altri non ci legassero: ogni uomo si fa centro di tutte le combinazioni del globo[50].

Neppure è la difesa di un astratto organismo sociale che legittima lo Stato a punire i cittadini per ragioni di utilità del tutto.

L'onestà è causa del diritto e della società umana, anche del diritto penale; l'utilità e la necessità ne sono soltanto l'occasione, secondo l'aurea sentenza di Vico nel *De uno universi iuris*: "*Utilitas occasio, honestas est caussa iuris et societatis humanae*"[51]. L'uomo perdette lo "stato dell'incorrotta onestà"[52] con il peccato originale. Ma pur divisi tra loro non persero del tutto la "pietà verso Iddio"[53]. E la divina Provvidenza si valse dell'utilità e della necessità "per ricondurre gli uomini alle condizioni della vita compagnevole e sociale, lo che si produsse "sotto l'impulso delle cose stesse" […], cioè in forza della propria e

[49] Cfr. E.R. Zaffaroni, *op. cit.*, pp. 52-53.
[50] C. Beccaria, *op. cit.*, p.148.
[51] G. Vico, *op. cit.*, p. 61.
[52] *Ivi*, p. 60.
[53] *Ibidem.*

spontanea tendenza delle cose"[54]. Essi infatti mantenevano in sé "un qualche avanzo della innata onestà vivendo in essi il sentimento dell'equa distribuzione delle utilità corporali […]"[55]. Infatti: "siccome il corpo non è la cagione, ma l'occasione per cui nella mente umana viene a promuoversi l'idea del vero, parimente l'utilità corporale non è la cagione, ma bensì l'occasione che viene a eccitare nell'animo umano la volontà del giusto"[56].

Dunque, la pena è per la giustizia, non per l'utilità dei molti: quest'ultima è il positivo effetto collaterale dell'attuazione della giustizia. Quando si smarrisca la giustizia come fondamento e causa della pena, l'utilità e la necessità sono capaci di produrre qualsiasi paradossale conseguenza: o il tracollo della giustizia, ove il potere non si curi dell'utilità dei molti, ovvero, più frequentemente, la sua dilatazione abnorme quasi a sostituire ogni altra modalità di controllo sociale.

Vengono così disattese la seconda e la terza legge criminologica enunciate da Mantovani. Per la seconda "esiste un *rapporto di proporzione inversa tra controlli socio-culturali e controlli penali*, perché all'attenuazione dei controlli socio-culturali si cerca di supplire con l'estensione e l'irrigidimento del controllo penale"[57]. Infatti: "permissivismo, disordine, criminalità, repressivismo sono un quadrinomio indissolubile. Come attesta la recente storia dei c.d. paesi evoluti, Stati Uniti in testa (con la politica della tolleranza zero e il moltiplicarsi delle esecuzioni penali)"[58].

La terza legge criminologica attesta che, avvenuto lo smembramento dei controlli socio-culturali e, quindi, della ferma ed inequivoca disapprovazione sociale delle condotte antisociali, "*l'unico sistema di controllo della criminalità resta il diritto penale*, che dalla sua funzione sussidiaria di *extrema ratio* assurge ad *unica ratio*. In questa "crisi di solitudine" il diritto penale rivela la sua inadeguatezza a contrastare l'aumento e il peggioramento della criminalità"[59].

14. Sono possibili rimedi all'attuale condizione?

L'abolizionismo fa strame della realtà. Non è la regola penale a creare la criminalità tramite la stigmatizzazione arbitraria del deviante al fine di convalidare il sistema di produzione capitalistica; il successo dell'illegalità è la conseguenza dell'egoismo dell'io che straripa fino a invadere le sfere di dignità e di libertà più sacre di se stessi e degli altri.

Vero che il sistema del capitalismo senza regole che ha assunto l'egemonia del sistema economico e politico occidentale implementa l'idolatria dell'io e

[54] *Ibidem.*
[55] *Ibidem.*
[56] *Ibidem.*
[57] F. Mantovani, *op. cit.*, p. 1168.
[58] *Ibidem.*
[59] *Ivi*, p. 1169.

provoca per contagio la formazione stereotipata di modelli configuranti soggetti nocivi al sistema; soggetti talmente vulnerabili, quindi, da cadere facilmente nei circuiti della repressione para-penale o penale. Ma confondere gli effetti con le cause è un errore che allontana la soluzione del problema penale.

Scriveva San Tommaso, commentando Aristotele, che: “l’uomo per bene tende a diminuire i castighi”[60]. Il legislatore prudente abolisce la dilatazione dei delitti e l’asprezza delle pene. Il pan-penalismo è la risposta cieca di un potere che cerca di perpetuarsi avendo perduto completamente l’ancoraggio alla giustizia, sia intesa come valore oggettivo di equa distribuzione delle risorse materiali, che come virtù personale che guida la condotta di tutti e, *in primis*, di coloro che, politici, finanzieri, economisti, industriali, professionisti e magistrati, stanno ai vertici della società.

I rimedi contro l’attuale stato di cose non sono evidentemente a portata di mano. Non è detto, però, che la cultura giuridica debba a tutti i costi tacere. Sul piano teorico il percorso verso il recupero della salute è eccezionalmente difficile, giacché implica la problematizzazione implacabile dei dogmi che hanno accompagnato il formarsi della modernità e il suo consolidarsi nel rifiuto del limite che caratterizza i tempi della post-modernità.

Sul piano pratico, però, alcune cose possono e debbono essere compiute. Da un lato occorre mettere un argine al desiderio distopico dell’abolizionismo; da un altro lato porre un freno alla pretesa di risolvere con la pena ogni conflitto sociale, rinunciando all’obiettivo di recuperare la tranquillità dell’ordine con la moltiplicazione dei reati e l’inasprimento delle sanzioni. Se si imboccheranno con fermezza entrambe le vie, non si perverrà certo all’impossibile compromesso teorico tra la tesi abolizionistica e quella che vuole fondare il diritto penale sulla giustizia. Sarà possibile però, come soluzione assolutamente parziale, riconferire vitalità all’esperienza penale tramite il recupero della virtù della giustizia di coloro che in essa sono professionalmente impegnati, nonché tramite il ridimensionamento della centralità della pena.

Torino, 28 agosto 2024, Festa di Sant’Agostino

[60] Tommaso d’Aquino, *V Ethicorum*, 10.8 n. 1017.