

## La dinamica del diritto penale: il senso della pena e la critica del perdono\*

*The dynamics of criminal law: the meaning of punishment and the critique of forgiveness*

Mario Trapani

Ordinario di Diritto penale f. r. nell'Università "Roma Tre"; già Titolare di Diritto processuale penale nella *Pontificia Universitas Lateranensis* (Città del Vaticano)

Sommario: 1. Le coppie concettuali pena-perdono e pentimento-perdono. La correlazione tra remissione della pena ed estinzione della punibilità nella prospettiva giuridica. – 2. Il perdono della persona offesa come presupposto necessario della remissione della pena: esclusione. – 3. Il problema dell'implicazione di valori assoluti nel concetto di pena criminale. a) Valori assoluti e "funzione" della pena: critica. – 4. (segue) b) Valori assoluti e "contenuto" della pena. La tutela della dignità umana del detenuto e il divieto di trattamenti inumani e degradanti. – 5. Dignità umana e sistema della giustizia penale in Italia. – 6. La crisi della pena detentiva. Sua ineffettività come conseguenza della politica del c.d. "perdonismo". Il "mito" della "rieducazione" del condannato. – 7. Ambiguità del concetto di "rieducazione" del condannato e tutela della dignità umana. – 8. Il recupero dell'effettività della pena attraverso l'uso distorto e (quindi) illegittimo delle misure cautelari processuali. – 9. Il ruolo razionale del c.d. "perdono" nella dinamica della pena criminale. – 10. Perdono e pentimento. Il fenomeno dei c.d. "pentiti" – 11. Remissione della pena come conseguenza dell'eliminazione delle conseguenze del reato ad opera del suo autore. La sanzione esecutiva come alternativa alla sanzione punitiva attraverso i meccanismi di estinzione della punibilità.

### ABSTRACT

Il lavoro, muovendo dalla premessa della assoluta distinzione tra diritto e morale, che dovrebbe caratterizzare ogni sistema giuridico punitivo in qualunque modello moderno di democrazia, sottolinea come, in una logica strettamente utilitaristica, nessun rilievo – almeno in via diretta – dovrebbe avere, nella commisurazione della pena in concreto o nella rinuncia, totale o

parziale, alla sua applicazione ed esecuzione da parte dello Stato, il perdono da parte della persona offesa dal reato o la sua c.d. riconciliazione con il suo autore.

\*\*\*

*This paper starts from the premise of a strict separation between law and morality—an essential feature of any punitive legal system within a modern democratic model. It emphasizes that, from a strictly utilitarian perspective, the victim's forgiveness or their so-called reconciliation with the offender should have no direct impact on either the concrete determination of the sentence or the State's decision to waive, in whole or in part, the application or execution of the punishment.*

### **1. Le coppie concettuali pena-perdono e pentimento-perdono. La correlazione tra remissione della pena ed estinzione della punibilità nella prospettiva giuridica.**

Il binomio pena-perdono evoca, nel linguaggio e nella coscienza morale comune, la correlazione dialettica tra l'idea di "colpa" come "illecito" meritevole di "castigo" (cioè di "pena", intesa come "male" da infliggere all'autore dell'illecito per il "male" arrecato) e l'idea di "remissione" della pena-castigo come conseguenza del "perdono" della "colpa" commessa.

Binomio concettuale strettamente connesso al precedente è quello di pentimento-perdono, la cui correlazione, anche se in concreto di frequente verifica, non è però logicamente necessaria non costituendone una costante. Non solo infatti al pentimento – anche sincero – dell'autore dell'illecito può non seguire il perdono della vittima, ma, allo stesso modo, all'inverso, il perdono della vittima può non avere come suo normale presupposto il pentimento del colpevole: si pensi, a questo proposito, al – veramente rivoluzionario rispetto all'Antico Testamento – precetto evangelico della morale cristiana «amate i vostri nemici» (Mt 5, 43-44), ossia perdonate coloro che vi fanno torti, anche e soprattutto se non hanno manifestato pentimento per il male che vi hanno arrecato, e quindi come "dono" in quanto tale disinteressato e gratuito (Mt 6, 14-15). Precetto della morale cristiana rivolto alle vittime dell'ingiustizia altrui il cui adempimento non comporta tuttavia di per sé il perdono "assoluto" del peccatore, perdono che spetta viceversa, nella visione cattolica, solo a Dio (Mc 2, 7-10)<sup>1</sup> anche per mezzo dei suoi ministri sulla terra (Gv 20, 21-23; 2 Cor 5, 18)<sup>2</sup> e

---

\* AVVERTENZA. Il presente lavoro costituisce la versione in lingua italiana del contributo,

solo in seguito al sincero pentimento (la “contrizione”) del peccatore per la colpa commessa (perdono per il cui conseguimento è strumento indispensabile, sempre nella visione cristiano-cattolica, il sacramento non a caso denominato della Penitenza e della Riconciliazione)<sup>3</sup>.

Muovendo viceversa da una prospettiva strettamente “laica”, la correlazione tra pena e perdono implica a sua volta, logicamente, anzitutto la

---

originariamente pubblicato in lingua spagnola, dallo stesso titolo, *La dinámica del derecho penal: el sentido de la pena y la crítica del perdón*, in AA.VV., *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado*. Libro Homenaje al Profesor Nodier Agudelo Betancur (Fernando Velásquez Velásquez, Ricardo Posada Maya, Alfonso Cadavid Quintero, Ricardo Molina López, Juan Oberto Sotomayor Acosta, coord.), Tomo I, Grupo Editorial Ibañez-Universidad de Los Andes, Bogotá, 2013, pp. 813-842. Testo, a sua volta, integralmente rivisto e ampliato della relazione presentata nel corso del Convegno “«Padre perdona loro perché non sanno quello che fanno». Pena e perdono: diritto penale e primato della coscienza”, tenutosi a L’Aquila il 25 agosto 2007 in occasione delle Celebrazioni per la 713<sup>a</sup> Perdonanza Celestiniana. In questa versione in lingua italiana ho ritenuto opportuno aggiungere alcune note che tengono conto di lavori pubblicati negli anni successivi alla originaria stesura in lingua spagnola o che sviluppano ulteriormente alcuni concetti da me ritenuti fondamentali. È altresì importante sottolineare come, volutamente, non abbia preso in considerazione la c.d. *restorative justice* (formula a mio avviso impropriamente, e ambiguamente, tradotta come “giustizia riparativa”), posto che essa costituisce, come si desume dallo stesso d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 che la ha introdotta e a detta dei suoi stessi sostenitori, un modello di sistema di giustizia penale “alternativo”, o al massimo “complementare”, rispetto alla giurisdizione penale “ordinaria”, che viceversa solo interessa nel presente lavoro. In generale, per alcune considerazioni critiche sulla legge istitutiva della c.d. giustizia riparativa, specie con riferimento al suo alto tasso di “eticizzazione” e al mancato coordinamento col procedimento penale, oltre che per una serie di incongruenze interne, vedi M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze. Punibilità, pena, punizione in un sistema criminale integrale e integrato*, RomaTre-Press, Roma, 2022, pp. 473-486. Ho ritenuto altresì di non modificare alcune espressioni e modalità di citazione usate (ad es., il frequente ricorso all’aggettivo “italiano”, in funzione specificativa anche di atti normativi), oltre all’impostazione e alla struttura generale del lavoro, dovute all’originaria destinazione di questo testo ad una platea di lingua ispanica.

<sup>1</sup> Si ricordi la splendida preghiera del Padre Nostro: «*Et dimitte nobis debita nostra sicut et nos dimittimus debitoribus nostris*»: [Padre] rimetti a noi i nostri debiti (= perdona le nostre colpe) come noi li rimettiamo ai nostri debitori (= perdoniamo coloro che ci hanno offeso). In particolare, lo stesso mistero dell’Incarnazione (col quale Dio ha donato in olocausto il Suo Figlio Unigenito) è finalizzato proprio al perdono dei peccati del mondo (*Gv. 1, 29; Mt. 26, 28*).

<sup>2</sup> *Adde Mt 16, 19*: «A te [Pietro] darò le chiavi del Regno dei Cieli, e tutto ciò che legherai sulla terra sarà legato nei cieli, e tutto ciò che scioglierai sulla terra sarà sciolto nei cieli».

<sup>3</sup> Cfr. *Catechismo della Chiesa Cattolica*, Parte seconda, Sezione seconda, Cap. I, art. 4, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1992, p. 368 ss.

risposta alla domanda sulla intrinseca corrispondenza a “giustizia” del “perdono” di una “colpa” attraverso la “remissione” della pena, di cui l’autore del torto sarebbe viceversa “meritevole”<sup>4</sup>. Senza minimamente volermi addentrare in questa sede nel controverso e perenne problema – filosofico ma anche giuridico – dei rapporti tra “diritto” e “giustizia” e in quello, altrettanto dibattuto, dei rapporti tra diritto penale e morale<sup>5</sup>, basta qui ricordare come l’ordinamento giuridico italiano (analogamente a quanto avviene, ed è storicamente avvenuto, in altri ordinamenti) conosca delle forme (in senso lato) di “remissione” della pena dal punto di vista del diritto penale positivo.

A questo proposito, si pensi anzitutto a quegli istituti tradizionalmente

---

<sup>4</sup> Nulla esclude tuttavia, sul piano logico-astratto, che un ordinamento normativo – non necessariamente giuridico – possa ipotizzare una “dissociazione” tra il “perdono”, individuale e privato, da parte della vittima del torto per il male subito (ossia, utilizzando la terminologia giuridico-penale, da parte del titolare dell’interesse offeso con la commissione dell’illecito) e la “pena” che, in quanto “giusta retribuzione” per il male arrecato, continuerebbe ciononostante ad applicarsi. Situazione che presupporrebbe, logicamente, la netta distinzione tra giudizio religioso e/o morale, da un lato, e giudizio giuridico, dall’altro. Ciò è d’altronde, a ben vedere, quanto normalmente si verifica attualmente nei sistemi penali di diritto positivo dove, per la “gravità” dal punto di vista sociale dei fatti penalmente sanzionati, la remissione della pena non è – in genere – lasciata alla libera disponibilità della vittima del torto, salvo nei casi, ancora oggi assolutamente eccezionali, di perseguibilità a querela, nei quali cioè l’ordinamento lascia alla persona offesa il potere di mettere in moto (e eventualmente, almeno di regola, anche di far cessare) il procedimento penale e quindi l’unica possibilità, normativamente prevista, di applicare effettivamente la pena all’autore del reato (sulla giustificazione dell’istituto della perseguibilità a querela vedi *amplius infra*, paragrafo 2 e note 14 e 37. Sulla impossibilità dal punto di vista strettamente normativo – nel sistema punitivo criminale – di esistenza della norma penale “incriminatrice” c.d. “sostanziale” al di fuori del processo penale, e quindi del suo concreto accertamento processuale, processo che dunque appartiene alla “fisiologia” di questo ramo dell’ordinamento giuridico, vedi, da ultimo, M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze. Punibilità, pena, punizione in un sistema criminale integrale e integrato*, RomaTre-Press, Roma, 2022, pp. 85-86 e nota 186; 195-202).

<sup>5</sup> È noto come la netta distinzione e separazione tra diritto penale e morale non solo si sia storicamente manifestata in seguito all’Illuminismo, nei sistemi di *civil law*, con la “laicizzazione” (= “secolarizzazione”) del diritto penale (a differenza di quanto accade ancora oggi nei sistemi giuridici islamici governati dalla *Shari’ah*), ma trovi la sua ragione giustificativa nel fatto che, dovendo un diritto penale laico occuparsi solo di garantire le condizioni “minime” di coesistenza sociale conformemente all’idea del diritto penale come *extrema ratio* di tutela, può benissimo accadere – e normalmente accade – che fatti moralmente riprovevoli non siano considerati reato dalla coscienza sociale incarnata storicamente dal legislatore e, al contrario, siano considerati reati fatti moralmente indifferenti o addirittura moralmente leciti. Vedi anche *infra*, note 12 e 40.

conosciuti come di c.d. “clemenza sovrana” – amnistia, indulto e grazia (i primi due, atti normativi generali e astratti di competenza politica del Parlamento<sup>6</sup>; la grazia, oggi, dopo una – discutibilissima – sentenza della Corte costituzionale del 2006<sup>7</sup>, espressione di un potere “presidenziale” esclusivo ed assolutamente arbitrario<sup>8</sup>, e quindi, a mio avviso, vero “relicto storico” incompatibile giuridicamente e, prima ancora, politicamente con un sistema costituzionale di tipo democratico-repubblicano<sup>9</sup>) –; ma si pensi altresì al “perdono giudiziale” dei minori infradiciottenni imputabili, autori di reati punibili in concreto con una pena restrittiva della libertà personale non superiore a due anni (art. 169 c.p. e art. 19 r.d.l. 20 luglio 1934 n. 1404), provvedimento del giudice che comporta

---

<sup>6</sup> Art. 79 Cost. it.: «L’amnistia e l’indulto sono concessi con legge deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale. (...)». L’altissima maggioranza oggi richiesta per la concessione dell’amnistia e dell’indulto dopo la modifica dell’art. 79 Cost. ad opera dell’art. 1 l. cost. 6 marzo 1992 n. 1, maggioranza addirittura corrispondente a quella necessaria nella seconda votazione per l’approvazione di una legge costituzionale (che permette di precludere la possibilità del *referendum* confermativo: art. 138 comma 3 Cost. it.), spiega il perché da quella ormai lontana modifica il Parlamento non abbia più approvato leggi di amnistia e di indulto (salvo il provvedimento di indulto del 2006), eliminando così di fatto dall’ordinamento italiano uno strumento fondamentale per il corretto funzionamento di qualunque sistema penale, sia pure da utilizzare in situazioni politicamente eccezionali (e non semplicemente per alleggerire il sovraccarico giudiziario e/o il sovraffollamento delle carceri).

<sup>7</sup> Corte costituzionale, Sent. 3 maggio 2006, n. 200, consultabile in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>8</sup> Art. 87 comma 11 Cost. it.: «[Il Presidente della Repubblica] Può concedere grazia e commutare le pene». Con la richiamata sentenza n. 200 del 2006, la Corte costituzionale ha qualificato il potere di grazia come formalmente e sostanzialmente presidenziale in via esclusiva, sia pure limitandone l’ambito applicativo ai soli casi caratterizzati dalla esistenza di eccezionali e straordinarie esigenze di carattere “umanitario”, escludendone quindi la legittimità della concessione per ragioni in tutto o in parte “politiche”, queste ultime giudicate incompatibili col sistema costituzionale. Prima di tale pronuncia – oltretutto non seguita *de facto* dalla prassi presidenziale successiva –, data la “irresponsabilità politica” del Presidente della Repubblica (*infra*, nota 9), il potere di grazia era – correttamente a mio avviso – un potere “duale” di “codecisione” ripartito tra il Presidente della Repubblica e il Ministro di Giustizia, che con la controfirma se ne assumeva la responsabilità politica.

<sup>9</sup> A questo proposito, occorre infatti ricordare come, secondo la Costituzione attualmente vigente in Italia, che è di tipo democratico-parlamentare, e non presidenziale, in presenza di una forma di Stato repubblicana e non monarchica, il Presidente della Repubblica, definito dalla dottrina costituzionalistica – impropriamente, a mio avviso – “garante” della Costituzione, sia un organo politicamente “irresponsabile” degli atti compiuti nell’esercizio delle sue funzioni (tranne che per alto tradimento o per attentato alla Costituzione: art. 90 Cost. it.).

l'immediata estinzione del reato<sup>10</sup> e quindi della punibilità; o a quegli altri istituti, come la "sospensione condizionale dell'esecuzione della pena" (art. 163 c.p.), che subordina l'effetto estintivo della punibilità (oltre che all'eventuale adempimento di certi obblighi, *in primis* il risarcimento del danno e le restituzioni ovvero l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato) alla non recidiva del beneficiario per un certo lasso di tempo (cinque anni – termine correlato alla recidiva aggravata infraquinquennale: art. 99 comma 2 n. 2 c.p. – per i delitti; due anni per le contravvenzioni: artt. 163 comma 1 e 167 c.p.). Istituti, questi ultimi, strettamente collegati all'idea della "rieducazione" (e "risocializzazione") del reo (fondata su una prognosi di "non recidività" e quindi in funzione di "prevenzione speciale")<sup>11</sup> come condizione di "meritevolezza" del "perdono" dal punto di vista giuridico-penale.

Se dunque, nella prospettiva etico-religiosa, la "remissione" della pena-castigo è, come detto, conseguenza della "remissione" del "peccato" e quindi del "perdono" del peccatore (e a prescindere dalla considerazione che, propriamente, il "perdono" di una "colpa" altrui, appartenendo alla dimensione "etica" e dunque alla sfera più intima dell'uomo, è per sua natura una facoltà squisitamente individuale e personale, in quanto tale nella disponibilità esclusiva di chi ha subito il torto altrui e dunque non trasferibile; per cui, al limite, solo la "vittima" dell'illecito sarebbe eticamente legittimata a "perdonare" la "colpa" altrui); dal punto di vista strettamente giuridico, è allora evidente come, logicamente, non possa essere attribuita allo Stato la "competenza" a (ossia il "potere" di) "perdonare"<sup>12</sup> la "colpa" commessa (cioè l'illecito realizzato) da

---

<sup>10</sup> Per il significato dommatico del termine "estinzione del reato" vedi *infra*, nota 60.

<sup>11</sup> Art. 164 comma 1 c.p.: «La sospensione condizionale della pena è ammessa soltanto se, avuto riguardo alle circostanze indicate nell'articolo 133, il giudice *presume che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati*». Art. 169 commi 1 e 2 c.p.: «[Perdono giudiziale per i minori degli anni diciotto] 1. (...) il giudice può astenersi dal pronunciare il rinvio a giudizio, quando, avuto riguardo alle circostanze indicate nell'articolo 133, *presume che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati*. 2. Qualora si proceda al giudizio il giudice può, nella sentenza, per gli stessi motivi, astenersi dal pronunciare condanna».

<sup>12</sup> Competenza a "perdonare" dello Stato che, se esistesse, riporterebbe tra l'altro alla commistione tra diritto penale e morale, ossia ad una "eticizzazione" del sistema penale, ormai definitivamente abbandonata dal periodo dell'Illuminismo, almeno nella tradizione italiana. Vedi anche *retro*, nota 5. Sulla conseguente "disfunzionalità" rispetto al sistema della giustizia penale "ordinaria" della c.d. "giustizia riparativa", introdotta con il d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150, vista dai suoi stessi sostenitori come "alternativa", o al massimo "complementare", rispetto al modello

qualunque destinatario delle norme giuridiche, in particolare penali, in danno di appartenenti alla società (si ricordi il brocardo: *quod factum est, infectum fieri nequit*); ma solo, eventualmente, il potere di “rimettere”, in tutto o in parte, gli “effetti” della “colpa”, cioè la “pena”, in conseguenza di evenienze manifestatesi dopo la commissione dell’illecito (che dunque, in quanto tale, non può mai essere “cancellato” dal mondo dei fenomeni giuridici)<sup>13</sup>.

Ecco dunque venire in evidenza la correlazione, dal punto di vista giuridico (e in particolare giuridico-penale), tra il fenomeno del c.d. “perdono” – ma che ormai già sappiamo essere definibile, più correttamente, come “remissione” della (cioè “rinuncia” alla) “pena” – e il fenomeno della “estinzione” della “punibilità” (correlazione, la cui importanza emergerà meglio nel prosieguo del discorso: *infra*, paragrafo 11).

## **2. Il perdono della persona offesa come presupposto necessario della remissione della pena: esclusione.**

Anzitutto, occorre a questo punto procedere ad una puntualizzazione della massima importanza per l’esatta comprensione del fenomeno che stiamo analizzando: potrebbe uno Stato che non persegua fini etici, ma laico e pluralista, “subordinare” legittimamente la rimessione della pena (criminale) nei confronti dell’autore dell’illecito al (preventivo) “perdono” – *rectius*: ad una manifestazione di volontà, che può essere anche tacita, nella forma della “non opposizione” – da parte della vittima, o, per dirla in termini tecnico-giuridici e non criminologici, della “persona offesa” dal reato? La risposta mi sembra debba essere decisamente negativa. Se infatti gli effetti giuridici previsti da una norma penale incriminatrice (nel nostro caso “sfavorevoli”: la pena) potessero dipendere da una valutazione caso per caso assolutamente insindacabile, e quindi sostanzialmente dall’arbitrio, della singola persona offesa – valutazione oltretutto rimessa ad una opzione che, in quanto espressione della personalità della

---

penale ordinario, al contrario di quest’ultimo senz’altro eticamente orientata, vedi le mie considerazioni critiche in M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze*, cit., pp. 473-486.

<sup>13</sup> Dal punto di vista della teoria generale del diritto, è noto come di “estinzione”, cioè di “cancellazione”, si possa correttamente parlare con riferimento non agli “atti giuridici” ma agli “effetti giuridici” degli atti. Trasferendo questi concetti alla relazione reato-pena (ossia atto-effetto), il fenomeno del quale ci occupiamo potrebbe allora essere così schematizzato: se A (reato) deve essere B (pena); se A+X (causa estintiva della punibilità) deve essere non-B.

vittima, non potrebbe non risentire delle sue più profonde e intime convinzioni etico-religiose, e dunque avere esiti diversissimi nei singoli casi concreti –, la medesima norma penale abdicerebbe alla sua funzione (anzitutto logica) di regola generale e astratta, valevole cioè per tutti i destinatari e per una serie indefinita di casi futuri, con conseguente palese violazione del fondamentale principio di uguaglianza (art. 3 Cost.). Di più: la “responsabilità penale” per la commissione del reato non sarebbe più – almeno del tutto – “personale” del suo autore, ossia per un fatto da lui concretamente e *totalmente* “dominabile”, come fra l’altro esplicitamente imposto nell’ordinamento penale italiano dall’art. 27 comma 1 Cost. (secondo cui «La responsabilità penale è personale»), ma finirebbe di fatto per dipendere da una opzione, oltretutto – come visto – sostanzialmente arbitraria, di un terzo *estraneo* alla commissione dell’illecito, non importa se, come nel nostro caso, la stessa vittima del reato.

Né, contro questa conclusione, può essere addotta la presenza, in tutti gli ordinamenti giuridici, della categoria dei reati perseguibili a querela della persona offesa: in questi casi infatti è lo stesso ordinamento che, una volta per tutte e – si sottolinea – in via generale e astratta, attribuisce alla persona offesa dal reato la facoltà di scelta se perseguire o meno penalmente certi fatti, e quindi pervenire – in caso di affermazione di responsabilità – alla punibilità del loro autore. Ciò sulla base di considerazioni squisitamente politiche che possono dipendere o dalla (ritenuta dal legislatore) rilevanza esclusivamente individuale dell’interesse tutelato dalla norma penale (e quindi leso dal reato)<sup>14</sup> ovvero

---

<sup>14</sup> Dal punto di vista della teoria generale del diritto, si potrebbe addirittura sostenere che, quando l’ordinamento attribuisce in via esclusiva al titolare dell’interesse tutelato dalla norma, in caso di sua violazione, il potere di mettere in moto il meccanismo coattivo-sanzionatorio, ciò che precisamente avviene nel sistema penale attraverso la previsione della perseguibilità a querela (istituto della querela, a mio avviso, senz’altro qualificabile come “azione penale privata”), quell’interesse assume, più propriamente, la natura giuridica di un vero e proprio “diritto soggettivo” facente capo al soggetto passivo dell’illecito (ossia, nel nostro caso, alla persona offesa dal reato). Ciò significa allora, a ben vedere, come, nei casi di reati perseguibili a querela della persona offesa, sia la stessa norma penale incriminatrice a creare un nuovo e autonomo “diritto soggettivo”, in quanto tale direttamente e immediatamente tutelabile già in sede civile; e come di conseguenza la “remissione” della querela quale causa di estinzione del reato (art. 152 comma 1 c.p.) e quindi della punibilità sia, a sua volta, correttamente e legittimamente attribuita anch’essa alla piena disponibilità della persona offesa. Sul punto, vedi *amplius* M. TRAPANI, *Dal pubblico ministero “giudice” al pubblico ministero organo amministrativo di giustizia? Gestione della politica criminale e ruolo della pubblica accusa nella riforma del sistema penale*, in AA.VV., *Studi in onore*

dall'ulteriore e irreparabile danno che potrebbe derivare alla vittima del reato dal clamore suscitato dalla celebrazione di certi processi (si pensi, storicamente, ai delitti contro la libertà sessuale); tutte esigenze – anche di economia processuale – ragionevolmente meritevoli di tutela in un giudizio di “bilanciamento” tra interessi contrapposti che, in quanto tale, può essere solo generale e astratto e quindi di esclusiva competenza del legislatore.

### 3. Il problema dell'implicazione di valori assoluti nel concetto di pena criminale. a) Valori assoluti e “funzione” della pena: critica.

A questo punto si impone una domanda: ci sono dei “valori assoluti” che ruotano intorno al – *rectius*: sono logicamente implicati dal – concetto di “pena” (criminale)?

La risposta deve essere senz'altro negativa con riferimento alla c.d. “finalità” (o “funzione”) della pena, in particolare laddove si voglia intendere che di per sé la pena debba necessariamente essere orientata, come sua funzione (tipica), al perseguimento di valori assoluti, più specificamente etico-morali, come tali immodificabili e dunque indisponibili da parte di qualunque legislatore storico. Si pensi, nell'ambito soprattutto delle riflessioni filosofiche, alle c.d. teorie “assolute” della pena, come ad es. quella – che ha avuto la sua massima espressione in Kant – che vede come finalità della pena la “retribuzione morale”, o alla teoria che muove dall'idea della pena come “medicina dell'anima”, la c.d. *poena medicinalis* – che trova la sua origine storica, non a caso, nel diritto canonico che, per sua intrinseca natura, è quello maggiormente permeato di istanze etiche –, in funzione dell'“emenda morale” del reo e/o di “espiazione” per il male commesso.

Ora, una volta esclusa, almeno nei sistemi giuridici di tradizione occidentale, la compatibilità tra il modello di Stato democratico di diritto (*rectius*: “dei diritti”, nel senso di “garante” dei diritti fondamentali dell'uomo)<sup>15</sup>, per definizione pluralista, e l'idea di Stato “etico”, a tutto concedere l'unico “valore assoluto” di cui potrebbe riconoscersi la “legittimità” come fine della pena (e in

---

di Marcello Gallo. *Scritti degli allievi*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 294 e nota 47; ID., *Il reato e le sue conseguenze*, cit., nota 357.

<sup>15</sup> Preferisce parlare, anziché di Stato di diritto, di “Stato dei diritti” M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di Parte generale*, Vol. I, 3<sup>a</sup> ed., Giappichelli, Torino, 2020, p. XX nota 1.

genere di qualunque sanzione, esecutiva o punitiva che sia)<sup>16</sup>, in una dimensione laica e pluralista, potrebbe essere solo “interno” allo stesso concetto di “ordinamento giuridico”, in quanto logicamente connesso alla sua stessa esistenza: il valore della “riaffermazione”-“reintegrazione” dell’ordinamento in seguito all’effettiva applicazione ed esecuzione della sanzione-pena (minacciata) come conseguenza della commissione dell’illecito, valore funzionale quindi alla “conservazione” dello stesso ordinamento (vedi *infra*, paragrafi 6 e 7). In questa prospettiva, in particolare, il diritto penale assolve alla funzione di “momento di chiusura” dell’intero sistema giuridico, in grado di garantirne l’“effettività” e dunque la stessa “esistenza” attraverso l’uso “formalizzato” della “forza” (anche fisica sulle persone) in cui si sostanzia la pena criminale<sup>17</sup>.

Con riferimento dunque ai c.d. fini della pena, a parte la “funzione logica”, e pertanto ineliminabile, propria di qualunque sanzione “punitiva”, *in primis* della pena criminale, di “prevenire” la commissione dell’illecito attraverso la “minaccia” della sua applicazione ed esecuzione (c.d. funzione di “prevenzione generale negativa”)<sup>18</sup>, è evidente allora come la previsione di *ulteriori* finalità che la pena criminale dovrebbe specificamente (ed eventualmente) adempiere – retribuzione, emenda, rieducazione-risocializzazione, difesa sociale, ecc. – risponda non al soddisfacimento di valori assoluti, ma solo – molto più laicamente – ad esigenze politiche contingenti, in quanto tali di competenza esclusiva del legislatore storico, trattandosi di opzioni di stretto diritto positivo, magari anche costituzionalizzate<sup>19</sup>, che di conseguenza possono essere – e in

---

<sup>16</sup> Per la fondamentale distinzione, da una prospettiva di teoria generale del diritto, tra “sanzioni esecutive” e “sanzioni punitive”, anche all’interno del sistema penale-criminale, si rimanda a M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze*, cit., pp. 46-59 e 67-72.

<sup>17</sup> Per ulteriori approfondimenti sul tema si rinvia a M. TRAPANI, *Considerazioni su legittimazione e limiti del diritto penale*, in AA.VV., *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici*, XIV Colloquio Giuridico Internazionale, G. L. Falchi-A. Iaccarino (edd.), Lateran University Press, Città del Vaticano, 2012, p. 789 ss.

<sup>18</sup> Sulla *ratio* della sanzione “punitiva” si rinvia a M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze*, cit., pp. 51-54.

<sup>19</sup> A questo proposito si veda ad es. l’“eclettismo” manifestato dal codice penale colombiano del 2000 in tema di funzioni della pena all’art. 4 secondo cui «La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión». Nell’ordinamento italiano, viceversa, nulla si dice direttamente ed esplicitamente nel codice penale a proposito delle finalità che la pena dovrebbe assolvere. Solo

genere sono – diverse da ordinamento a ordinamento, in una prospettiva sia sincronica che diacronica.

#### **4. (segue) b) Valori assoluti e “contenuto” della pena. La tutela della dignità umana del detenuto e il divieto di trattamenti inumani e degradanti.**

Al contrario, valori assoluti sono implicati, e dunque debbono essere adeguatamente tutelati, per quanto concerne il “contenuto” che la pena criminale può (legittimamente) assumere nella concretezza di ciascun ordinamento giuridico storicamente dato: colpendo infatti la sanzione penale l’essere umano nei suoi beni primari che costituiscono oggetto dei suoi diritti “fondamentali” – *in primis*, oggi, la libertà personale (ma in alcuni ordinamenti, anche di tradizione e cultura giuridica occidentale, persino la vita) –, il legislatore deve sempre avere come “bussola” di riferimento, per la “legittimità” di ogni suo intervento, la “dignità” dell’uomo, anche se delinquente (principio oggi ribadito a livello costituzionale, in Italia, dall’art. 2 Cost.<sup>20</sup> e – con specifico riferimento a tutti i casi di privazione della libertà personale – dall’art. 10 comma 1 Patto internazionale sui diritti civili e politici<sup>21</sup>).

“Valore assoluto” della “dignità” della persona che, laddove esplicitamente riconosciuto dai singoli ordinamenti positivi – in particolare, dalle loro Leggi fondamentali e dai Trattati internazionali ratificati – costituisce pertanto un vero e proprio “limite” normativo, in quanto tale giuridicamente “vincolante” per il legislatore, al “contenuto” che la “pena” può legittimamente assumere. Più specificamente, ciò si traduce in primo luogo, per l’ordinamento italiano, nel divieto di prevedere pene che consistano in «trattamenti contrari al senso di

---

nella Costituzione all’art. 27 comma 3 si afferma che le pene «devono *tendere* alla rieducazione del condannato»; rieducazione che dunque, logicamente, non può costituirne finalità esclusiva (o almeno sempre prevalente, in quanto unica costituzionalmente prevista, come sembra viceversa ritenere la Corte costituzionale in alcune recenti sentenze: si veda *infra*, nota 42; per ulteriori approfondimenti sul punto si veda anche M. TRAPANI, *La rieducazione del condannato tra “ideologia correzionalistica” del trattamento e “garanzie” costituzionali di legalità e sicurezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 3, 2018, p. 1693 ss. *passim*, spec. pp. 1694-1702.

<sup>20</sup> Art. 2 Cost. it.: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (...).».

<sup>21</sup> Art. 10 comma 1 Patto internazionale sui diritti civili e politici: «Qualsiasi individuo privato della propria libertà deve essere trattato con umanità e col rispetto della dignità inerente alla persona umana». Con formula più generale, vedi anche l’art. 1 Carta dei Diritti fondamentali della UE: «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata».

umanità», ossia inumani o degradanti (come è, fra l'altro, espressamente stabilito dalla Costituzione italiana all'art. 27 comma 3 Cost., e dai Trattati internazionali ratificati dall'Italia, in particolare, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il Patto internazionale sui diritti civili e politici e la Carta dei Diritti fondamentali della UE<sup>22</sup>, che, si ricordi, costituiscono oggi, al pari delle norme costituzionali, parametro di legittimità di tutta la normativa interna anche di fonte "primaria": art. 117 comma 1 Cost.<sup>23</sup>). Limite questo – dei trattamenti contrari al senso di umanità – che si riverbera, infine, non solo sulle *concrete modalità esecutive* di qualunque pena legislativamente prevista, ma anche sulla stessa "tipologia" delle "pene"<sup>24</sup>.

Ciò significa, in particolare, il divieto assoluto per il legislatore italiano di prevedere come "tipi" di pene le pene "corporali", ossia quelle che ledono l'integrità fisica del destinatario<sup>25</sup>, sia in modo definitivo (come ad es. le mutilazioni), sia in modo temporaneo (come ad es. la fustigazione), ma anche, in generale, il divieto della "tortura", sia come possibile contenuto concreto di pene diversamente denominate, sia come sanzione autonoma<sup>26</sup>, e direi, *a fortiori*, della "morte" come pena<sup>27</sup>. Ancora, debbono ritenersi escluse dal novero delle

---

<sup>22</sup> Art. 3 CEDU: «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti»; art. 7 Patto internazionale sui diritti civili e politici: «Nessuno può essere sottoposto alla tortura né a punizioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti»; art. 4 Carta dei Diritti fondamentali della UE: «Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti». Vedi anche l'art. 10 comma 1 Patto internazionale sui diritti civili e politici, cit. *retro*, nota 21.

<sup>23</sup> Art. 117 comma 1 Cost. it.: «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

<sup>24</sup> M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze*, cit., pp. 293-295; 305-307 e note 117 e 604

<sup>25</sup> Art. 3 comma 1 Carta dei Diritti fondamentali della UE: «Ogni persona ha diritto alla propria integrità fisica o psichica».

<sup>26</sup> Vedi l'art. 3 CEDU, l'art. 7 Patto internazionale sui diritti civili e politici e l'art. 4 Carta dei Diritti fondamentali della UE, cit. *retro*, nota 22. Si veda anche l'art. 13 comma 4 Cost. it., secondo cui «È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà».

<sup>27</sup> Anche poi a non volere considerare la pena di morte compresa nel divieto delle pene che consistono in trattamenti inumani o degradanti, essa è comunque oggi autonomamente ed esplicitamente vietata, nell'ordinamento italiano, dall'art. 27 comma 4 Cost. it., dall'art. 1 Protocollo addizionale n. 13 alla CEDU e dall'art. 2 comma 2 Carta dei Diritti fondamentali della UE.

tipologie sanzionatorie legittime le c.d. pene “infamanti”, ossia quelle che, *direttamente*, hanno ad oggetto l’onore o il decoro del condannato in quanto manifestazioni della sua dignità di uomo, come la berlina e la gogna. Indirettamente, infatti, tutte le sanzioni penali hanno un effetto “secondario”, ineliminabile, di “stigmatizzazione” sociale che discende dalla percezione della “gravità” dell’illecito penale da parte dei membri della società e che già si evidenzia nella semplice sottoposizione al procedimento penale.

### 5. Dignità umana e sistema della giustizia penale in Italia.

Purtroppo però, con riferimento, in particolare, alla “gogna” e alla “tortura”, la realtà del sistema della giustizia penale in Italia – ma non solo – è, come tristemente noto, ben diversa. In primo luogo, ricordando quanto già diversi decenni fa diceva un grande giurista e avvocato, Francesco Carnelutti, non v’è dubbio che il processo penale sia di per sé una “pena” per chi lo subisce<sup>28</sup>, specie se innocente, date le drammatiche, e per lo più irreversibili, conseguenze sul piano personale, sociale, lavorativo e a volte anche familiare che il coinvolgimento nell’ingranaggio del processo penale comunque comporta.

Situazione resa oggi ancora più drammatica, nella società della comunicazione “globale” e “di massa”, dalla c.d. “gogna mediatica”; gogna moderna cui già il semplice indagato – specie se con riferimento a delitti relativamente ai quali la collettività è particolarmente “sensibile” in un certo momento storico (si pensi, per tutti, ai delitti dei c.d. “colletti bianchi”, quali i delitti contro la pubblica amministrazione e i reati societari e ambientali) – è sottoposto dai mass-media, in particolare da giornali, televisioni e oggi da internet, con l’inevitabile effetto di “spettacolarizzazione” e di “massacro” della immagine sociale che ciò comporta. Gogna mediatica che, appunto a causa della sua intrinseca “diffusività”, si traduce di per sé, sostanzialmente, in una vera e propria “pena”, “informale” e dunque ancora più “odiosa”, ma, oltre che tristemente ben radicata nella realtà di quello che viene comunemente definito il circuito (che forse sarebbe meglio qualificare come “circo”) mediatico-giudiziario, devastante per chi la subisce in quanto soggetto lasciato dall’ordinamento sostanzialmente privo di qualsiasi effettiva tutela a fronte di un

---

<sup>28</sup> F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, Vol. I, 2<sup>a</sup> ed., Edizioni dell’Ateneo, Roma, 1949, pp. 48-50.

simile abuso<sup>29</sup>.

## 6. La crisi della pena detentiva. Sua ineffettività come conseguenza della politica del c.d. “perdonismo”. Il “mito” della “rieducazione” del condannato.

Ma la situazione è, se possibile, ancora più grave. La “minaccia” della pena, come già diceva Feuerbach – il primo dei teorici “moderni”, insieme a Romagnosi, della “prevenzione generale” c.d. “negativa” (come “funzione logica” della sanzione punitiva: *retro*, paragrafo 3) –, deve essere resa “effettiva” dall’ordinamento in caso di commissione dell’illecito; con la inevitabile conseguenza, pertanto, che la pena minacciata deve essere anche concretamente applicata ed eseguita, a meno che lo stesso ordinamento non voglia perdere di “credibilità”<sup>30</sup>. La pena è dunque intrinsecamente, necessariamente e quindi logicamente, – anzitutto – “riaffermazione” (*rectius*: “reintegrazione”) dell’“ordine giuridico” violato dalla commissione dell’illecito (nel che, com’è noto, sta l’essenza della c.d. “retribuzione giuridica”)<sup>31</sup>, ossia conferma della “serietà” della volontà politica dello Stato di dare effettiva tutela agli interessi protetti dalle sue norme, a garanzia della tenuta e conservazione della società. Come è stato correttamente detto, in questo senso la pena si muove nella logica della “coesistenza”<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Viene a questo proposito senz’altro opportuno il riferimento a quella massima, frutto della saggezza latina – originariamente attribuita a Giovenale, Satira VI –, che si sostanzia nell’interrogativo “*quis custodiet ipsos custodes?*” (“chi vigila gli stessi guardiani?”), massima, nella realtà giuridica e istituzionale di oggi, ben applicabile a tutti gli organi c.d. “di garanzia” privi di qualsiasi legittimazione democratica e non sottoposti sostanzialmente ad alcun controllo sul loro operato in quanto “indipendenti” da ogni altro potere (in particolare, paradossalmente, laddove si tratti di potere discendente, al contrario, da investitura popolare diretta). Per la realtà costituzionale italiana, mi basta fare riferimento all’attuale organizzazione dell’ordine giudiziario, comprensivo di giudici e p.m. (art. 104 comma 1 Cost. it.: «La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere»), e alla Corte costituzionale.

<sup>30</sup> M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze*, cit., p. 443 ss.

<sup>31</sup> F. CARRARA, *Programma del corso di Diritto criminale. Parte generale*, vol. II, 5<sup>a</sup> ed., Giusti, Lucca, 1877, § 615 ss., che parla di «*ristabilimento dell’ordine esterno nella società*» come «*fine* primario della pena» (corsivi dell’A.). Nel senso che la “reintegrazione dell’ordine giuridico violato” costituisce sempre la “finalità”, quantomeno “mediata”, di qualunque tipo di “risposta sanzionatoria” prevista da un ordinamento giuridico si veda anche M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze*, cit., pp. 463-464 e anche p. 46 ss.

<sup>32</sup> F. D’AGOSTINO, *La sanzione nell’esperienza giuridica*, 4<sup>a</sup> ed., Giappichelli, Torino, 1993, p. 137 (con un ragionamento valevole per ogni tipo di risposta sanzionatoria).

È però altresì noto come, non da oggi, di fronte ad una presunta – più che dimostrata – “crisi della pena detentiva” (pena viceversa ancora attualmente “centrale” nella esperienza della maggioranza dei sistemi penali contemporanei)<sup>33</sup>, crisi evidenziata da una vera e propria “fuga” da questo tipo di sanzione da parte sia della magistratura giudicante che di sorveglianza – cui non sarebbe estranea altresì l’esigenza, tutta pratica ma drammaticamente sentita in conseguenza della situazione in cui versa il sistema della edilizia carceraria, di fronteggiare adeguatamente il mai risolto problema del sovraffollamento delle carceri –, la prassi giurisprudenziale italiana abbia ritenuto di superare l’esigenza – logica prima che politica – di “effettività” della pena (nel senso della necessità della effettiva applicazione della pena minacciata e della effettiva esecuzione

---

<sup>33</sup> Occorre a questo punto sottolineare come la pena “carceraria”, in quanto senz’altro lo strumento più incisivo di controllo sociale, sia oggi praticamente l’unico – o quantomeno il principale – “tipo” di pena criminale cui può logicamente e legittimamente ricorrere un legislatore che voglia veramente mantenersi coerente con l’istanza politica, ma anche costituzionale, del diritto penale come *extrema ratio* di tutela dell’ordinamento giuridico, rivolto cioè esclusivamente alla garanzia delle “condizioni minime” di esistenza della collettività organizzata a Stato (c.d. diritto penale “minimo”) (M. TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., p. 1703; ID., *Il reato e le sue conseguenze*, cit., note 113, 323 e 355). Disfunzionale rispetto a questa logica appare viceversa la posizione di quella parte della dottrina penalistica che, ancora fortemente impregnata del mito “correzionalista” e quindi dell’aspirazione ad un ruolo assolutamente “residuale” della detenzione carceraria come sanzione penale, *in primis* a favore di misure meno severe che incidano su aspetti della libertà personale diversi dalla libertà di locomozione fisica (c.d. misure “alternative” alla detenzione), continua altresì a proporre un sempre maggior utilizzo, anche in materia criminale, della pena pecuniaria in luogo di quella detentiva, sia come pena principale che come sanzione sostitutiva del carcere. Ciò appare tuttavia con ogni evidenza logicamente incongruo, se non addirittura paradossale, rispetto alle premesse di un diritto penale come *extrema ratio* di tutela, posto – fra l’altro – che, laddove il legislatore dovesse ritenere – secondo la sua insindacabile valutazione politica – sufficiente ai fini della prevenzione generale di certi illeciti la semplice minaccia di applicazione ed esecuzione di una pena pecuniaria, tanto varrebbe, in via generale e astratta con conseguente maggiore certezza del diritto, trasferire direttamente quei comportamenti nel novero degli illeciti amministrativi attraverso una coraggiosa ed efficace politica di “depenalizzazione”, l’unica in grado di garantire effettivamente il ruolo di *extrema ratio* della stessa sanzione penale. A ciò si aggiunga come la libertà fisica di locomozione sia, ancora oggi, l’unico bene di cui tutte le persone dispongono allo stesso modo e quindi, in un certo senso, l’unico bene su cui la pena può incidere in modo “democratico”. Su questi profili, vedi *amplius* M. TRAPANI, *Relazione di accompagnamento a Il progetto di depenalizzazione e abrogazione dei reati minori*, in *Diritto penale del XXI secolo*, 2003, pp. 81-83; ID., *Il reato e le sue conseguenze*, cit., p. 440 e note 323 e 592.

della pena applicata) imboccando decisamente già da alcuni decenni la strada della politica del c.d. “perdonismo” (o “indulgenzialismo”). Politica facilitata da una sostanziale “delega in bianco” che, a partire almeno dalla metà degli anni '70 del secolo scorso, il Parlamento italiano – abdicando al suo primario potere-dovere costituzionale, discendente dal principio di “legalità” delle pene (art. 25 comma 2 Cost.), di effettuare direttamente e in via esclusiva le scelte, *politiche*, sul “se”, “come” e “quanto” sanzionare penalmente un certo comportamento – ha concesso all’autorità giudiziaria con riferimento ai due momenti, fondamentali nella quotidiana gestione della politica criminale, della commisurazione ed esecuzione della pena in concreto, con violazione dunque del principio democratico della separazione dei poteri<sup>34</sup>.

L’esercizio di tale potere, riconosciuto alla magistratura penale, che costituisce un aspetto, non certo marginale, del più generale fenomeno conosciuto come “supplenza giudiziaria”, e che ha portato il giudice penale – ma non solo – ad assumere, specie negli ultimi decenni, una connotazione sempre più marcatamente “politica”, è stato reso possibile tecnicamente dalla previsione legislativa di una miriade di c.d. “benefici” (sostanziali ma anche processuali), consistenti in meccanismi di “abbattimento” in concreto della pena detentiva rispetto a quella astrattamente minacciata, di cui l’autore dell’illecito può usufruire in sede sia di applicazione che di esecuzione della pena; strumenti che, in quanto rimessi a parametri evanescenti e dunque praticamente incontrollabili<sup>35</sup>, finiscono con l’attribuire una eccessiva discrezionalità al giudice

---

<sup>34</sup> Si ricordi come la Costituzione italiana stabilisca altresì espressamente che qualunque forma di limitazione o restrizione della libertà personale possa avvenire «nei soli casi e modi previsti dalla legge» (art. 13 comma 2 Cost.), comprendendo quindi nella sua disciplina con ogni evidenza anche le concrete “modalità di esecuzione” delle singole pene – almeno di quelle detentive – modalità che debbono essere pertanto anch’esse “predeterminate”, in via generale e astratta, dalla stessa legge se si vuole veramente salvaguardare il principio di “legalità” anche delle pene. Sul punto, v. *amplius* M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze*, cit., pp. 295-302.

<sup>35</sup> Si pensi ad es., in sede di commisurazione della pena, alla prognosi – presuntiva – che il colpevole si asterrà dal commettere in futuro ulteriori reati, cui è subordinata la concessione della sospensione condizionale dell’esecuzione della pena (art. 164 comma 1 c.p.) e il perdono giudiziale nei confronti dei minori (art. 169 comma 1 c.p.); ovvero, in sede di esecuzione della pena detentiva, nell’applicazione di misure alternative, all’affidamento in prova al servizio sociale il cui «provvedimento è adottato sulla base dei risultati della osservazione della personalità, condotta collegialmente per almeno un mese in istituto, nei casi in cui si può ritenere che il provvedimento stesso, anche attraverso le prescrizioni di cui al comma 5, contribuisca alla

penale tale da sfiorare il vero e proprio arbitrio. Più in particolare, detta politica giudiziaria del perdonismo trova il suo punto massimo di emersione, dal punto di vista teorico, in quel vero e proprio “mito” costituito dalla c.d. “rieducazione” – e “risocializzazione” – del condannato, da perseguire, specie – ma non solo – in sede di esecuzione della pena, attraverso un “trattamento” individualizzato e “progressivo”, di cui momento fondamentale sono le misure “alternative” alla detenzione (utilizzate, come accennato – al di fuori di qualunque logica preventiva, generale o speciale –, anche come strumento privilegiato di risposta al sovraffollamento carcerario)<sup>36</sup>. Mito della “rieducazione” del reo, si noti, di cui si riconosce, già dagli anni settanta del secolo scorso, la crisi irreversibile in tutto il mondo, almeno occidentale (da un lato, per il totale fallimento nella prassi di quella che dovrebbe essere la sua ragion d’essere fondamentale, ossia la prevenzione della recidiva, dall’altro, per i suoi costi economici socialmente intollerabili rispetto ai risultati effettivamente conseguiti), ma ciononostante pervicacemente e tenacemente ancora (in)seguito da larga parte della dottrina (ma anche della magistratura), italiana e non; il che ne dimostra la sua natura indiscutibilmente “ideologica” – e quindi non scientifica –. Rieducazione del reo il cui presupposto (teorico), a volte inconscio ma spesso ideologicamente condizionato e apertamente manifestato – specie per quanto riguarda alcune categorie di delitti contro il patrimonio<sup>37</sup>, ma non solo: penso altresì a certe

---

rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati» (art. 47 comma 2 ordinamento penitenziario), alla concessione del regime di semilibertà, la cui «ammissione ... è disposta in relazione ai progressi compiuti nel corso del trattamento, quando vi sono le condizioni per un graduale reinserimento del soggetto nella società» (art. 50 comma 4 ord. penit.) e alla liberazione anticipata, che è concessa «al condannato a pena detentiva che ha dato prova di partecipazione all’opera di rieducazione ..., quale riconoscimento di tale partecipazione, e ai fini del suo più efficace reinserimento nella società» (art. 54 comma 1 ord. penit.). Con ogni evidenza, si tratta di istituti i cui presupposti applicativi sono assolutamente carenti sotto il profilo della tassatività, essendo basati non sull’accertamento di fatti empiricamente verificabili, ma solo su giudizi “prognostici”, per loro natura sostanzialmente affidati all’“intuito” del giudice – di merito o di sorveglianza – con quel margine di sconfinamento nel vero e proprio arbitrio che l’opinabilità di tali giudizi inevitabilmente comporta. Sul punto v. *amplius* M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze*, cit., pp. 297-302 e nota 325.

<sup>36</sup> M. TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., p. 1706.

<sup>37</sup> Una ragione giustificatrice di questo sostanziale disinteresse della magistratura penale italiana per i reati contro il patrimonio, almeno per quelli la cui condotta non è caratterizzata da violenza o minaccia, non potrebbe poi essere rinvenuta nella circostanza che, nel sistema penale italiano, si tratta di reati per lo più perseguibili a querela della persona offesa. Infatti, la perseguibilità a

ipotesi di reati politici o a sfondo politico o comunque politicamente connotati o motivati; o se si tratta di delitti commessi da alcune categorie di persone spesso socialmente “disadattate”, come immigrati e rom –, è dato quasi da una sorta di “giustificazione” dello stesso illecito cui il reo sarebbe “inevitabilmente” spinto da condizioni personali e sociali (l’idea “determinista” del necessario condizionamento alla commissione del reato – da cui discende nella prospettiva, opposta all’“indulgenzialismo”, dello Stato “forte” anche la concezione della “pericolosità sociale” del reo da “neutralizzare” in funzione di “difesa sociale” attraverso le c.d. misure di sicurezza –, figlia del positivismo giuridico e criminologico, e di cui la “rieducazione” – o, forse, *rectius*: “correzione” – di un reo, personalmente “irresponsabile”, rappresenta l’inevitabile *pendant*, è dura a morire!). Condizioni personali e sociali – in una parola: “ambientali” – del reo che priverebbero conseguentemente lo Stato di qualunque “legittimazione”, morale e politica (prima ancora che giuridica), alla effettiva “repressione” dell’illecito; posizione “ideologica” il cui unico sbocco “logico” può allora essere dato solo dalla teoria, utopica (ma almeno rigidamente consequenziale rispetto a certe premesse), del c.d. “abolizionismo” penale: si pensi, a questo proposito, alle conclusioni cui perviene la corrente di pensiero facente capo alla c.d. “criminologia critica” di cui massimo esponente è stato Alessandro Baratta (secondo cui l’idea abolizionista trova il suo presupposto logico nella riconosciuta impossibilità di rieducare attraverso il carcere, istituzione per sua natura “totale” e “chiusa” e dunque necessariamente e inevitabilmente

---

querela non è per nulla indicativa di un minor disvalore sociale del fatto – se così fosse, la sua incriminazione, non essendo strettamente necessaria, andrebbe contro il principio costituzionale del diritto penale come *ultima ratio* di tutela, secondo cui la sanzione penale sarebbe legittimamente ipotizzabile solo per i fatti socialmente intollerabili in un certo contesto storico –, ma solo della circostanza che la gestione dell’effettiva tutela dell’interesse protetto dalla norma incriminatrice è, per una valutazione squisitamente politica del legislatore, attribuita all’esclusiva disponibilità del suo privato titolare (sulla querela come “azione penale privata” vedi anche *retro*, nota 14). A sua volta, la frequente “tolleranza” o almeno “indulgenza” per reati che si muovono in un contesto di natura prettamente politica (in senso lato) è spesso dettata dalla “comprensione ideologica” per certi tipi di comportamento da parte almeno di alcuni settori della magistratura politicamente più “sensibili” (si pensi all’occupazione di edifici da parte di c.d. “senza tetto” o all’occupazione di stazioni, binari ferroviari, strade ovvero alle violenze di piazza in occasione di cortei ecc.).

“desocializzante”)<sup>38</sup>.

## 7. Ambiguità del concetto di “rieducazione” del condannato e tutela della dignità umana.

Ora, appare evidente come anche la c.d. rieducazione del reo come finalità accessoria ed eventuale della pena, specie in sede esecutiva, per quanto detto in precedenza, non possa comunque essere disgiunta dalla tutela – in ogni caso! – della “dignità” dell’uomo, anche se “condannato”. Altrimenti ragionando, è infatti facile scivolare verso la pratica dei c.d. “campi di rieducazione”, cioè i *gulag* sovietici o i *lao-gai* cinesi, di cui la storia, anche dei nostri giorni, ci offre purtroppo una drammatica testimonianza. Campi di rieducazione in cui si esercita il dominio non solo sul “corpo” ma anche sulla “mente” del condannato, che si vuole forzatamente orientare – anche attraverso pratiche di “pressione psicologica” che possono giungere fino al vero e proprio “lavaggio del cervello” attraverso l’uso di psicofarmaci – all’accettazione di c.d. “valori”, in realtà espressione dell’ideologia dei detentori del potere politico<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Il Mulino, Bologna, 1982, *passim*. Per una forte critica delle teorie abolizioniste, come dell’ideologia correzionalista in tutte le sue varianti, a favore viceversa di un diritto penale “minimo” – finalizzato alla “minimizzazione della violenza” e alla “tutela del più debole” – vedi L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 10<sup>a</sup> ed., Laterza, Roma-Bari, 2011, pp. 233-239; 251-262; 322-332. Nel senso che la prospettiva politico-criminale di un diritto penale minimo sia imposta da una lettura sistematica della Costituzione italiana, vedi M. TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., p. 1703.

<sup>39</sup> Ed è a questo proposito sintomatico come un illustre filosofo e teorico del diritto di matrice “illuminista” e fortemente “garantista” come Ferrajoli proponga un parallelo tra il Regolamento – fascista – degli istituti di prevenzione e pena del 1931 e la legge sull’ordinamento penitenziario del 1975 in cui, paradossalmente ma non troppo, è l’ideologia del “trattamento penitenziario individualizzato”, che sta alla base di quest’ultima legge, ad uscire alquanto malconcia! Sul punto vedi le dure ma drammaticamente efficaci parole di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 748 ss., spec. pp. 750-751, laddove afferma: «È così che il recluso è diventato, da soggetto passivo di repressione, a soggetto attivo di auto-repressione cui si chiede di collaborare alla violenza che su di lui si commette e di guadagnarsi premi e benefici di pena con prove quotidiane del progressivo ravvedimento. Se il vecchio regime carcerario fascista corrispondeva a un modello violento e puramente vessatorio, che infieriva sul fisico più che sullo spirito, il nuovo regime riformato è indubbiamente più umano e meno afflittivo, ma non è meno illiberale e totalizzante. Alla coercizione fisica esso tende a sostituire la coercizione morale; alla durezza delle condizioni di vita, il condizionamento persuasorio delle coscienze; alla sorveglianza e alla disciplina dei

Ma è altresì noto e abbastanza pacifico che uno Stato realmente “democratico” e dunque, per definizione, “pluralista” non possa pretendere l’adesione dei suoi cittadini ad una determinata *Weltanschauung*, e quindi – a pena di trasformarsi in uno Stato “etico” – non possa loro imporre il perseguimento di “valori” ritenuti “assoluti”. Il che spiega altresì come, in una prospettiva filosofica opposta al determinismo e che vede comunque nel c.d. “libero arbitrio” il presupposto logico della stessa esistenza del “diritto” come insieme di regole di condotta, anche volendo “conciliare” il concetto di rieducazione con l’idea di un soggetto condannato libero nelle sue scelte e quindi eticamente responsabile delle sue azioni, detto concetto di rieducazione sarebbe comunque frutto di una visione “paternalistica” dei rapporti Stato-cittadino, in particolare detenuto, in quanto tale, ancora una volta, non rispettosa della dignità umana e quindi sempre da rifiutare quale espressione di un modello di Stato “autoritario” che vede nei destinatari delle sue norme non persone, portatori di diritti “naturali”, ma solo “sudditi”, da “orientare” al rispetto di regole ritenute di per sé “giuste” in quanto poste dal detentore del potere politico; regole di cui si pretende il rispetto addirittura attraverso una “adesione spirituale” e quindi “interiore” degli stessi destinatari (c.d. “legalismo etico”, di cui mi sembra che la c.d. prevenzione generale “positiva” come finalità della pena, almeno in alcune sue espressioni, costituisca l’inevitabile sbocco)<sup>40</sup>.

Se si vuole dunque superare l’intrinseca ambiguità del concetto di “rieducazione del reo”, appare allora evidente come una “rieducazione” che voglia essere realmente rispettosa della “dignità” dell’uomo (condannato) – anche ai sensi e per gli effetti dell’art. 27 comma 3 Cost., che non a caso parla di pena che deve solo, e semplicemente, “tendere” alla rieducazione del condannato<sup>41</sup> – possa avere solo il significato “minimo” di “offerta” (da

---

corpi, l’osservazione e la sottomissione delle anime».

<sup>40</sup> Risolutamente critico nei confronti di ogni forma di “commistione” (e quindi di “identificazione” e di “sovrapposizione”) tra diritto e morale, sia nella forma del “moralismo giuridico”, come conformità del diritto positivo ai valori morali e di giustizia, che del “legalismo etico”, come assunzione dello stesso diritto positivo a valore etico, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 203 ss.

<sup>41</sup> Con la logica conseguenza allora che detta rieducazione-risocializzazione non può costituire la ragion d’essere (finalità) primaria o addirittura unica della sanzione criminale, posto fra l’altro che il suo ambito “naturale” di operatività viene sostanzialmente a coincidere con la sola fase dell’esecuzione della pena – in particolare della pena detentiva-carceraria –, ossia quando ci si trova di fronte ad un soggetto condannato in via definitiva. In questo senso, espressamente, si

intendersi come oggetto di un vero e proprio “obbligo” costituzionale-istituzionale), da parte dello Stato, al condannato (che rimane comunque libero di accettare) di opportunità “formative” per utilizzare il tempo da trascorrere in carcere per studiare o imparare un mestiere, al fine di favorire un suo effettivo, e auspicabile, “reinserimento” nella società *dopo* l’espiazione della pena, a “garanzia” quindi, quantomeno, della sua “non desocializzazione” ulteriore; pena che, in quanto – per definizione – “detentiva”, deve essere però, si ricordi, sempre effettivamente espia – almeno in buona parte – nell’istituzione carceraria. Così come, a sua volta, il rispetto, di per sé, della “dignità” dell’uomo condannato impone che il carcere non possa mai comportare lesioni (sotto forma di restrizioni, sospensioni o limitazioni) di diritti fondamentali *ulteriori* rispetto a quelle logicamente implicate dalla privazione della libertà personale, nel che si sostanzia la pena detentiva; diritti fondamentali (come anzitutto, in particolare, il diritto all’integrità fisica e quello alla salute) il cui contenuto non è in contraddizione col contenuto tipico della pena e di cui il condannato deve dunque godere in maniera piena e assoluta; con la conseguenza che qualsiasi sofferenza della persona detenuta che non sia strettamente funzionale a garantire l’espiazione della pena carceraria deve ritenersi costituire un trattamento inumano o degradante e dunque, alla fine, una vera e propria violazione della dignità umana.

In realtà, come abbiamo visto, il “mito” della “rieducazione” del reo – o di quella sua variante che potremmo definire “laica” costituita dalla “risocializzazione” dello stesso – come finalità primaria, e per molti addirittura esclusiva, della pena resiste pervicacemente in larga parte della dottrina penalistica italiana e nella stessa giurisprudenza della Corte costituzionale che, almeno nelle pronunce più recenti<sup>42</sup>, sembrerebbe orientata in tal senso.

---

veda l’art. 10 comma 3 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, secondo cui «Il regime penitenziario deve comportare un trattamento dei detenuti che abbia per fine essenziale il loro ravvedimento e la loro riabilitazione sociale». Sul punto, *amplius*, si veda M. TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., *passim*, spec. pp. 1694-1702.

<sup>42</sup> Corte cost., Sent. 26 giugno 1990, n. 313; Corte cost., Sent. 11 giugno 1993, n. 306; Corte cost., Sent. 25 luglio 1994, n. 341; Corte cost., Sent. 21 giugno 2006, n. 257; Corte cost., Sent. 16 marzo 2007, n. 78; Corte cost., Sent. 21 giugno 2018, n. 149; Corte cost. 16 aprile 2024, n. 86; tutte consultabili nel sito ufficiale [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Finalità rieducativa della pena ritenuta dalla Corte costituzionale, anche se non esclusiva, quantomeno prevalente in quanto la sola prevista esplicitamente a livello della Carta Fondamentale nell’art. 27 comma 3. In particolare, le ultime pronunce, con consolidata giurisprudenza, evidenziano come, ad avviso della stessa

Considerando però che l'intera legislazione penale positiva rappresenta, in ogni suo aspetto, il punto di equilibrio "politico" – dunque di competenza esclusiva del Parlamento, in un determinato contesto storico – tra le opposte istanze della "difesa della società" dal crimine e della "difesa della libertà individuale" su cui, per lo più, incide la pena, secondo la dialettica evidenziata dal classico "binomio" "autorità-libertà", non v'è allora dubbio che una "sopravvalutazione" delle istanze connesse alla rieducazione-risocializzazione del reo (con la conseguente – e nota – perdita di effettività e quindi di "certezza" della risposta sanzionatoria penale, ormai non più tipica e predeterminata nel suo concreto contenuto e nella sua durata, e dunque non più ragionevolmente prevedibile)<sup>43</sup> porti inevitabilmente ad un correlativo "arretramento" della capacità della pena criminale a soddisfare adeguatamente le esigenze di "difesa sociale".

Se infatti la "pena" – per scelta "ideologica" – non può più adempiere alla sua intrinseca e naturale funzione, senz'altro "laica", di semplice "riaffermazione" dell'ordine giuridico violato (dalla commissione dell'illecito attraverso la sua "giusta retribuzione"), è evidente come ciò porti, nella sostanza, ed a causa di una visione tutta "ideologica" dell'idea di "rieducazione", ad un "perdonismo" – *rectius*: "clemenzialismo" ovvero "indulgenzialismo" o ancora, per usare un'espressione giornalistica, ad un "buonismo" – da parte dei giudici indifferenziato e pertanto ingiustificato, per cui la pena, nella prassi applicativa ed esecutiva, oggi, non è più né certa (nel senso che la sua applicazione ed

---

Corte, pene a livello della astratta comminatoria legislativa ritenute "manifestamente sproporzionate per eccesso" rispetto a tutte le possibili modalità di realizzazione in concreto di un certo "fatto di reato" per come "tipizzato", e quindi in grado di includere anche situazioni di "lieve entità", sarebbero, oltre che contrastanti col fondamentale principio di "individualizzazione" della pena (ricavato dall'art. 27 comma 1 Cost.), inevitabilmente avvertite come irragionevoli e ingiuste dai destinatari e pertanto "inidonee" già alla stregua della loro *previsione legislativa edittale* ad adempiere alla primaria e necessaria funzione "rieducativa" e dunque di per sé incompatibili con il precetto dell'art. 27 comma 3 Cost.; finalità di "rieducazione" della pena che, conseguentemente, varrebbe tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie. In tal senso, v. Corte cost., Sent. 26 giugno 1990, n. 313; Corte cost., Sent. 20 luglio 1993, n. 343; Corte cost., Sent. 19 luglio 1994, n. 341; Corte cost., Sent. 19 marzo 2012, n. 68; Corte cost., Sent. 7 giugno 2017, n. 179; Corte cost., Sent. 25 settembre 2018, n. 222; Corte cost., Sent. 6 marzo 2019, n. 112; Corte cost., Sent. 19 ottobre 2022, n. 244; Corte cost., Sent. 16 aprile 2024, n. 86; anch'esse tutte consultabili nel sito ufficiale [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>43</sup> M. TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., *passim*, spec. pp. 1704-1711.

esecuzione non è più sicura) né di pronta applicazione (nel senso che la sua applicazione ed esecuzione dovrebbe essere quanto più possibile temporalmente vicina alla commissione del fatto antigiuridico) né giustamente severa (ossia “proporzionata” alla gravità del fatto) secondo le astratte valutazioni della legge, con conseguente e inevitabile perdita della sua funzione generalpreventiva<sup>44</sup> e quindi di difesa sociale. A meno – il che dimostra la “schizofrenia” del sistema “reale” – che non si tratti di particolari reati commessi da particolari categorie di soggetti – oggi in genere i reati dei c.d. colletti bianchi, ma anche i delitti associativi e i delitti, specie se “di sangue”, commessi da appartenenti alle suddette bande criminali, i delitti di traffico e commercio di sostanze stupefacenti, anche in modica quantità, e i delitti contro la vita e la libertà sessuale – su cui si accendono i riflettori dei mass-media, e verso cui (al contrario di quanto avviene per la c.d. “criminalità di strada”, ossia di quella veramente e quotidianamente “sentita” dalla generalità dei cittadini e da cui dipende la “percezione” della “sicurezza” collettiva<sup>45</sup>, non a caso relegata ai margini dell’interesse giudiziario come evidenziato anche dal ricorso al termine minimizzante e banalizzante, se non senz’altro dispregiativo, di “microcriminalità”) la mano della c.d. “giustizia” è particolarmente dura se non

<sup>44</sup> È noto come, già dai tempi di Beccaria, si affermasse come l’efficacia generalpreventiva della pena dipenda non solo dalla sua severità, ma anche dalla certezza e prontezza della sua applicazione ed esecuzione e dunque dalla combinazione equilibrata di questi tre fattori (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 6<sup>a</sup> ed., Harlem, Parigi, 1766, §§ XIX e XXVII). Certezza e prontezza della pena che dipendono a loro volta, evidentemente, anche dalla certezza e prontezza del procedimento attraverso cui si accerta l’esistenza del fatto antigiuridico (o lo si dà per accertato) e si applica ed esegue la relativa sanzione punitiva. Ovvio, ancora, che una maggiore efficacia generalpreventiva della sanzione punitiva attraverso una maggiore certezza e prontezza della sua applicazione/esecuzione può ben essere “bilanciata”, senza toccare il “saldo” finale in termini appunto di efficacia di prevenzione generale della minaccia, da una minore severità della risposta sanzionatoria in termini quantitativi o addirittura qualitativi, come avviene per le diminuzioni di pena previste, come incentivo, per l’accettazione da parte dell’indagato/imputato dei c.d. riti alternativi “premiali” nel corso del procedimento penale.

<sup>45</sup> A questo proposito, può essere interessante ricordare come alla “sicurezza” come “diritto fondamentale” dell’essere umano facciano espressamente riferimento tanto la CEDU (art. 5 comma 1: “Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza”) quanto il Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 9 comma 1: “Ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza della propria persona”) e la Carta dei Diritti fondamentali della UE (art. 6: «Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza»). Sul punto, *amplius*, M. TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., pp. 1711-1714.

proprio feroce; con evidente disparità di trattamento tra cittadini autori di reato, assolutamente ingiustificata in quanto dipendente non da valutazioni politiche (e quindi generali e astratte) del legislatore, l'unico organo – ripetesi – costituzionalmente abilitato, in qualunque sistema “democratico”, ad effettuare detto tipo di valutazioni, ma ormai, al contrario, frutto di una autonoma, e illegittima politicamente e costituzionalmente – oltre che giuridicamente – , “politica criminale” propria della stessa magistratura, tanto inquirente quanto giudicante.

#### **8. Il recupero dell'effettività della pena attraverso l'uso distorto e (quindi) illegittimo delle misure cautelari processuali.**

Ma, allora, per la logica dei “vasi comunicanti”, è altrettanto ovvio che, rotto il punto politico di equilibrio, le incoercibili esigenze di “difesa sociale” – in quanto naturalmente connesse con la stessa esistenza di una “comunità” organizzata a Stato –, non più tutelate attraverso l'effettiva inflizione ed esecuzione della pena legalmente minacciata, finiscano per essere adeguatamente ed efficacemente soddisfatte in altri “luoghi” dell'ordinamento giuridico e attraverso l'utilizzazione di altri strumenti, “eccentrici” rispetto alla sede “naturale” del diritto penale sostanziale.

Ciò avviene, come l'esperienza italiana ha ampiamente dimostrato, spingendo la prassi giurisprudenziale, di fronte al progressivo e impressionante aumento della criminalità (almeno, ma è ciò che politicamente conta, nella percezione collettiva) – quasi in una prospettiva di “compensazione” –, ad un innaturale “recupero” di queste istanze di “allarme sociale” e di prevenzione del crimine trasferendo (*rectius*: anticipando) la funzione di difesa sociale dalla pena allo stesso processo penale. Il che avviene, in particolare, attraverso un uso strumentale ed abnorme, rispetto alle finalità “endoprocessuali” loro proprie, delle misure cautelari coercitive; specie della custodia cautelare in carcere – più realisticamente definita dal precedente codice di procedura penale del 1931 e ancora dall'attuale Costituzione italiana (art. 13 comma 5) “carcerazione preventiva” – che assume sempre più spesso nella prassi giudiziaria, sostanzialmente – in palese contrasto, fra l'altro, con la “presunzione di innocenza” dell'indagato/imputato sino alla condanna definitiva, solennemente sancita dalla stessa Costituzione (art. 27 comma 2 Cost.) e dai Trattati

internazionali ratificati dall'Italia<sup>46</sup> –, la natura di una vera e propria “*pena anticipata*”, in quanto misura non solo senz'altro “*afflittiva*”, ma anche – essa sì, a differenza della vera pena! – certa, di pronta applicazione ed esecuzione e giustamente severa (oltretutto col paradosso che, non trattandosi formalmente di pena in senso tecnico, non possono ad essa applicarsi le misure “*alternative*” alla detenzione in carcere – che in realtà sarebbe meglio definire “*clemenziali*” – previste dall'ordinamento penitenziario)<sup>47</sup>. Il che, com'è evidente, assicura l'effettivo soddisfacimento delle – trascurate dalla pena – esigenze di difesa sociale.

*Rebus sic stantibus*, appare allora di palmare evidenza che è la stessa “*dignità*” dell'uomo ad essere violata. Non solo, come abbiamo visto, per la c.d. “*gogna mediatica*”, costituita dalla “*risonanza*” del processo (*rectius*: di certi processi, che magari assicurano visibilità e fama e, perché no, avanzamenti di carriera, anche in prospettiva politica, ai magistrati) ad opera dei mass-media; ma anche, e soprattutto, per l'uso “*distorto*” della carcerazione preventiva, spesso – nella pratica – utilizzata non per le finalità endoprocessuali stabilite dal

---

<sup>46</sup> Il principio della “*presunzione di innocenza*” è espressamente previsto anche dagli artt. 6 comma 2 della CEDU, 14 comma 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e 48 comma 1 della Carta dei Diritti fondamentali della UE.

<sup>47</sup> Anche se poi è lo stesso codice di procedura penale italiano a definire la custodia cautelare in carcere come *ultima ratio* fra le misure cautelari processuali (art. 275 comma 3 c.p.p.) e a prevedere, conseguentemente, misure coercitive meno gravi del carcere, purché in concreto adeguate al soddisfacimento delle esigenze cautelari (di cui parla l'art. 274 c.p.p.). Altro vero e proprio paradosso, che ha fatto anche parlare di “*schizofrenia*” del legislatore, è che oggi in carcere si va, di fatto, prima della condanna definitiva e già in sede di indagini preliminari (magari per pochi giorni!), mentre, quando è stata definitivamente accertata la piena responsabilità del prevenuto attraverso la sua condanna irrevocabile, l'ordinamento penitenziario offre una serie di misure alternative funzionali all'uscita dal – o addirittura alla non entrata nel – carcere; con la conseguenza pertanto, oltre che della palese illegittimità, anche costituzionale, della misura cautelare in carcere in funzione di “*pena anticipata*”, anche dell'intrinseca absurdità di un sistema che, di fatto, comporta assai frequentemente il carcere per l'imputato o addirittura per l'indagato in attesa di giudizio, ma non per il condannato (in via definitiva)! L'iniquità del sistema esce poi inequivocabilmente confermata considerando come, da statistiche ufficiali del Ministero di Giustizia, almeno nell'ultimo ventennio circa la metà dei detenuti in carcere in attesa di giudizio venga assolto con formula piena già nel giudizio di primo grado, con la conseguenza fra l'altro di un ingentissimo costo per lo Stato, costretto ad una serie innumerevole di riparazioni per ingiusta detenzione. Tutto ciò senza contare anche l'abnorme ricorso alle misure di prevenzione *ante e praeter delictum*, specie di natura patrimoniale.

codice di procedura penale<sup>48</sup>, ma in funzione di una vera e propria “estorsione” della “confessione” dell’indagato/imputato, confessione evidentemente ancora vista secondo la logica del modello processuale “inquisitorio” come la “prova regina” (contro il principio costituzionale – e, direi, di civiltà giuridica – del *nemo tenetur se detegere*, per cui nessuno può essere obbligato ad agire contro sé stesso, in particolare autoincriminandosi, espressione, a sua volta, del “diritto fondamentale” di difesa: art. 24 Cost.)<sup>49</sup>, e in funzione di “delazione” (sulla responsabilità altrui). Forma “moderna”, dunque, di “tortura”, non fisica ma – il che è forse ancora peggio – “psicologica”. E a questo proposito non è male ricordare come la Costituzione italiana, all’art. 13 comma 4, preveda l’*unico* obbligo costituzionale di incriminazione laddove statuisce solennemente che «È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà».

### 9. Il ruolo razionale del c.d. “perdono” nella dinamica della pena criminale.

Può, allora, il “perdono” svolgere ancora un ruolo “razionale” nella “dinamica” della pena giuridica? Anzitutto, si deve sottolineare come non abbia alcun senso, nella logica dell’ordinamento penale, il ricorso agli strumenti propriamente “clemenziali” (come l’amnistia e l’indulto, ma anche la grazia, senz’altro le cause di estinzione della punibilità più discusse e controverse dal punto di vista politico), non – conformemente alla loro origine e *ratio* – come mezzi straordinari di “pacificazione sociale” in momenti storici per loro natura eccezionali (ad es., alla fine di un grave conflitto politico o sociale che ha coinvolto l’intera società, come nel caso di una guerra civile o comunque un

---

<sup>48</sup> A ben vedere, poi, solo una delle esigenze cautelari previste dal codice di procedura penale italiano all’art. 274, ossia il c.d. “pericolo di inquinamento delle prove”, risponde realmente a finalità endoprocessuali; non altrettanto il “pericolo di fuga” né tantomeno il “pericolo di reiterazione del reato”, esigenza cautelare, quest’ultima, che dà evidentemente per dimostrato proprio ciò che occorre dimostrare attraverso il processo – per superare la presunzione di innocenza –, ossia la responsabilità dell’imputato. Nel senso che la “misura cautelare” applicata per fronteggiare la c.d. “pericolosità sociale” abbia sostanzialmente natura giuridica di “misura di prevenzione” vedi M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze*, cit., nota 201.

<sup>49</sup> Come manifestazione essenziale e fondamentale del “diritto di difesa”, il soggetto indagato o imputato ha il diritto, *assoluto e inderogabile*, di *tacere* e, secondo la migliore dottrina processualistica, addirittura, anche quello di *mentire*: O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in O. DOMINIONI (ed altri), *Procedura penale*, 7<sup>a</sup> ed., Giappichelli, Torino, 2019, pp. 132-139.

prolungato conflitto armato interno)<sup>50</sup>, ma – come l’esperienza ha purtroppo dimostrato – come meri strumenti di “alleggerimento” del carico giudiziario e/o di “svuotamento” delle carceri (si pensi, come esempio deprecabile, all’ultimo provvedimento di indulto approvato in Italia nel 2006)<sup>51</sup>. Così inteso, infatti, lo strumento “clemenziale” (come “rinuncia” alla pena da parte della comunità organizzata a Stato nei confronti di chi ha violato le “regole minime” di convivenza; si ricordi, a questo proposito, anche quella ormai datata dottrina che vedeva nel reato la violazione del “minimo etico” di una società)<sup>52</sup> non ha alcuna giustificazione “razionale”, né da un punto di vista “sociale” né “morale-individuale”, posto che non serve minimamente al “recupero” del condannato alla società non rappresentando la “contropartita” di un suo – anche se presunto – “pentimento” (quale può essere manifestato, fra l’altro, attraverso una risposta positiva al programma individualizzato di trattamento penitenziario).

---

<sup>50</sup> A mio avviso, lo strumento dell’amnistia, nel senso proprio terminologico di “oblio”, ossia come sinonimo di “perdono” (*rectius*: di remissione/rinuncia totale della pena) da parte dello Stato, di natura generale e “tombale” – almeno per i delitti da essa contemplati – è l’unico mezzo logicamente funzionale, dal punto di vista giuridico-penale, per pervenire ad una effettiva “pacificazione nazionale” dopo un avvenimento straordinario o un periodo traumatico per una società come, in particolare, una guerra civile o un prolungato conflitto armato interno. In queste situazioni l’amnistia potrebbe, tecnicamente, essere “assoluta” o meglio, nel caso di conflitto armato interno – che vede coinvolte bande considerate “terroriste” dal governo legittimo dello Stato e in cui vengono, per lo più, commessi da parte di tutti i soggetti partecipanti al conflitto, anche legittimi come le forze armate, atti che sarebbero da considerare “delitti di lesa umanità” – “condizionata” al definitivo abbandono della lotta armata come mezzo di lotta politica. Sul punto, con specifico riferimento al conflitto armato in Colombia, *amplius*, M. TRAPANI, *Derecho penal y postconflicto. Pocas palabras, pero claras, en materia del recurso al derecho y al proceso penal como instrumentos para resolver las problemáticas del postconflicto en Colombia*, in *Cuadernos de Derecho penal*, *Derecho penal y Paz*, n. 18, 2017, p. 142 ss.

<sup>51</sup> Legge 31 luglio 2006 n. 241. Questo provvedimento di clemenza, frutto di un tormentato *iter* parlamentare che aveva visto cadere la proposta anche di una amnistia per la forte opposizione dell’opinione pubblica, dettato ancora una volta dall’urgenza determinata dal sovraffollamento carcerario, era stato fra l’altro sollecitato da Sua Santità Giovanni Paolo II in occasione di una visita al Parlamento italiano nel 2002. In questa stessa logica di sfolto delle carceri, ancora più di recente, si sono successivamente mossi i – spesso impropriamente definiti dalla dottrina e dalla stampa – c.d. decreti “svuota-carceri”.

<sup>52</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, 4<sup>a</sup> ed., Utet, Torino, 1961, pp. 31 e 38-39. Individuava nell’illecito penale quello che «offende gravemente l’ordine etico-giuridico» G. MAGGIORE, *Diritto penale*. Vol. I: *Parte generale*, Tomo Primo, 5<sup>a</sup> ed., Zanichelli, Bologna, 1961, p. 189 ss.

Ancora più grave, in un'ottica ideologica rigidamente "rieducativa", è poi quella sorta di amnistia "mascherata" costituita dalla "prescrizione" dei reati per decorso del tempo<sup>53</sup>. Discorso, questo, particolarmente delicato e complesso concernendo il numero elevato e la eccessiva durata dei processi penali in Italia, abnormità la cui responsabilità ricade sia sul legislatore, che non ha mai seriamente intrapreso una vera ed effettiva politica di "depenalizzazione" – l'unica in grado di dare una risposta efficace, e probabilmente definitiva, alla degenerazione del sistema penale determinata dall'"inflazione" di figure criminose (oltre che, non si dimentichi, l'unica realmente coerente con una visione del diritto penale quale *extrema ratio* di tutela, che impone al legislatore di qualificare come reati solo i fatti ritenuti socialmente intollerabili in un dato momento storico in quanto lesivi delle condizioni "minime" di convivenza sociale)<sup>54</sup> –, sia, soprattutto, sulla magistratura, data la sua, di fatto, totale irresponsabilità giuridica e politica, posto che – come è ben noto agli studiosi di scienze politiche – un potere sostanzialmente non limitato sconfinava sempre inevitabilmente nell'arbitrio<sup>55</sup>.

#### 10. Perdono e pentimento. Il fenomeno dei c.d. "pentiti".

Abbiamo già visto come la rinuncia alla pena da parte dello Stato nei confronti di chi ha commesso un reato non possa legittimamente essere "condizionata" al preventivo "perdono" da parte della vittima (*rectius*: persona offesa) (*retro*, paragrafo 2). Ci dobbiamo allora a questo punto chiedere se il "perdono" dal punto di vista "giuridico", ossia la "remissione" della pena attraverso l'estinzione della punibilità, possa (o addirittura, almeno in certi casi,

<sup>53</sup> Sul punto v. *amplius* M. TRAPANI, *Dal pubblico ministero "giudice"*, cit., pp. 292-293.

<sup>54</sup> M. TRAPANI, *Relazione di accompagnamento a Il progetto di depenalizzazione*, cit., p. 81 ss.

<sup>55</sup> Senza contare come la prescrizione di più di centomila procedimenti penali l'anno in Italia dipenda, tra l'altro, oltre che dalla diretta responsabilità dei p.m. che, contro il principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost. it.), scelgono, di fatto, quali procedimenti privilegiare e quali condannare a sicura estinzione per prescrizione (sul punto v. *amplius* M. TRAPANI, *Dal pubblico ministero "giudice"*, cit., pp. 288-297), anche dalla distinzione, originariamente creata dalla stessa giurisprudenza, tra termini "perentori" e meramente "ordinatori" e dalla mancanza, nell'ordinamento italiano, di un delitto – come quello ben conosciuto ad es. nell'esperienza giuridica ispano-americana – di "*prevaricato por omisión*", commissibile anche da parte dei magistrati, giudici e fiscali (= p.m.), che non rispettano ingiustificatamente i termini processuali.

debba) essere subordinato al previo “pentimento” dell’autore dell’illecito. È evidente anzitutto come il vero pentimento, ossia quello che proviene dal profondo dell’anima accompagnato dalla contrizione e dal sincero rimorso per il male commesso, dal fermo proposito di non commetterlo più e dalla volontà di riconciliarsi con la vittima del torto (il che, come noto, sta alla base del sacramento cristiano chiamato appunto della “penitenza” o della “riconciliazione”), può ben essere posto a fondamento della teoria della c.d. “emenda morale” come finalità – comunque necessariamente “accessoria” – della pena criminale (finalità, come già accennato, collegata alla vecchia idea canonistica della *poena medicinalis*). Dal punto di vista in particolare della sua efficacia giuridico-penale, tuttavia, il pentimento “morale” non può avere alcun valore, e dunque nessuna diretta rilevanza sulla applicazione e/o sull’esecuzione della pena per il reato commesso, almeno finché detto pentimento non esca dalla dimensione etica che lo caratterizza, e quindi intima e personale, e non si traduca in un *quid* esteriore giuridicamente apprezzabile in quanto ritenuto dal legislatore “utile” per il perseguimento delle finalità proprie dell’ordinamento penale, nel suo triplice aspetto sostanziale, processuale e penitenziario. Così, il pentimento morale dell’autore del reato può essere – come molte volte accade nella prassi – la ragione ultima della sua “confessione”, oggi non più “prova regina” ma semplice elemento di prova, che comunque, per la sua “evidenza”, condiziona anche la possibilità di ricorrere al rito alternativo del giudizio “direttissimo” (art. 449 comma 5 c.p.p.) (nel quale non si fa luogo all’udienza preliminare). Così come il pentimento morale può essere, anche se molto più raramente, alla base di quella che genericamente viene definita “collaborazione processuale” (o anche “collaborazione con la giustizia”) dell’indagato con l’autorità inquirente, che si articola in vari istituti produttivi di differenti effetti, sia processuali che sostanziali<sup>56</sup> e penitenziari<sup>57</sup>. Ancora, sempre il pentimento

---

<sup>56</sup> Si pensi ad es. alla notevole diminuzione della pena applicabile dal giudice in sede di condanna al concorrente nel sequestro di persona a scopo di estorsione che, dissociandosi dagli altri, «aiuta concretamente l’autorità di polizia o l’autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l’individuazione o la cattura dei concorrenti» (art. 630 comma 5 c.p.).

<sup>57</sup> Si veda ad es. l’art. 58-ter ordinamento penitenziario, che permette il superamento dei limiti di pena stabiliti per l’ammissione a certi benefici penitenziari per «coloro che, anche dopo la condanna, ... hanno aiutato concretamente l’autorità di polizia o l’autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l’individuazione o la cattura degli autori dei reati».

morale può manifestarsi esteriormente come sintomo di un “progresso” nel corso del trattamento penitenziario individualizzato tale da poter giustificare la concessione di misure alternative alla detenzione carceraria o, prima ancora, nel corso del giudizio come “condotta susseguente al reato”, magari accompagnata da un serio tentativo di riconciliazione con la vittima, tale da essere presa in considerazione dal giudice ai fini della commisurazione della pena in concreto in senso favorevole all'imputato ai sensi dell'art. 133 comma 2 n. 3 c.p.<sup>58</sup>.

Quanto fin qui detto, ci consente a questo punto di puntualizzare come col vero e proprio pentimento morale non abbia viceversa nulla a che spartire il fenomeno che oggi, praticamente in tutti gli ordinamenti giuridico-penali, assume impropriamente la denominazione di “pentitismo”. I c.d. “pentiti”, ben conosciuti nella prassi giudiziaria in particolare con riferimento ai più gravi reati associativi (specie di terrorismo, mafia e narcotraffico) ed ai delitti ad essi collegati, sono in realtà dal punto di vista tecnico-processuale solo meri “collaboratori di giustizia”, soggetti senz'altro utili – anzi probabilmente indispensabili – per la scoperta di reati gravissimi e per l'individuazione e la cattura dei colpevoli, di cui nessun ordinamento giuridico può oggi ragionevolmente fare a meno, ma che non sono altro che i vecchi “informatori di polizia” o “delatori”, chiamati anche nel gergo della malavita dispregiativamente “infami”, posto che la loro condotta “collaborativa”, lungi dal fondarsi su un effettivo pentimento nel senso etico-morale del termine, è al contrario esclusivamente finalizzata a lucrare cospicui “benefici” sostanziali, processuali e penitenziari (oltre che finanziari) come “prezzo” che lo Stato è disposto a pagare, in un'ottica “mercantile” di vero e proprio mercimonio, per raggiungere risultati complessivamente vantaggiosi – e spesso non conseguibili in altro modo – per la difesa e la conservazione della società, in una logica di maggiore “efficienza” dal punto di vista politico-criminale. Com'è evidente, si tratta di vicende giuridiche non rispondenti in alcun modo a canoni di “giustizia” e neppure di stretta logica

---

<sup>58</sup> Con l'art. 1 comma 1 lett. b) d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150, che ha introdotto il sistema della c.d. “giustizia riparativa” (*retro*, nota 12 e *infra*, nota 59), alla circostanza attenuante comune prevista dall'art. 62 n. 6 c.p. è stata aggiunta, come ulteriore modalità “alternativa” di “attenuazione” della “gravità” del reato commesso (anche se del tutto “eterogenea” rispetto al contesto generale della disposizione), «l'aver partecipato a un programma di giustizia riparativa con la vittima del reato, concluso con un esito riparativo. Qualora l'esito riparativo comporti l'assunzione da parte dell'imputato di impegni comportamentali, la circostanza è valutata solo quando gli impegni sono stati rispettati».

giuridica (nell'ottica della "meritevolezza" o della "necessità" di pena), ma solo alla, più prosaica, "ragion di Stato".

### **11. Remissione della pena come conseguenza dell'eliminazione delle conseguenze del reato ad opera del suo autore. La sanzione esecutiva come alternativa alla sanzione punitiva attraverso i meccanismi di estinzione della punibilità.**

Una volta, dunque, riconosciuto che il "perdono", dal punto di vista "giuridico" – a parte i casi (che dovrebbero comunque essere statisticamente eccezionali) in cui l'ordinamento ritenesse opportuno prevederne la concessione quale "contropartita" del "pentimento" sincero del reo per il "male" causato con la commissione dell'illecito, magari anche in un'ottica di "(ri)conciliazione" con la vittima propiziata dallo stesso ordinamento<sup>59</sup> (il che ovviamente potrebbe avvenire al limite solo per gli illeciti meno gravi: si pensi, a questo proposito, alla proposta di introdurre il perdono giudiziale anche per gli imputati maggiorenni o al vecchio istituto della "riprensione giudiziale" prevista dall'art. 26 codice penale Zanardelli, consistente in un "ammonimento" al condannato) –, avendo riflessi non solo individuali, quantomeno sulle persone del reo e della vittima, ma, anzitutto, "sociali", comportando, sostanzialmente, una "rinuncia" dello Stato all'applicazione e/o all'esecuzione di una pena "meritata" dal "colpevole" (= autore dell'illecito) per la rottura del rapporto di "convivenza", è un istituto intrinsecamente illogico rispetto alla *ratio* della pena laddove esso sia inteso come mero atto di "clemenza" (a meno, come detto, che non sia funzionale proprio alla "pacificazione sociale"); date queste premesse, esiste tuttavia un'altra strada per dare anche al "perdono" (*rectius*: alla "remissione" della sanzione punitiva criminale) un ruolo compatibile con la "logica istituzionale" della pena in senso giuridico: nel senso che se, *dopo* la commissione dell'illecito, ossia l'inosservanza

---

<sup>59</sup> Si noti come, anche dopo la recente introduzione nell'ordinamento italiano di un sistema organico di c.d. "giustizia riparativa" ad opera del d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 – modello di giustizia "alternativo" e "autonomo" rispetto al modello penale classico, tendente a favorire l'incontro tra l'autore del reato e la sua vittima attraverso la partecipazione ad un programma davanti ad un "mediatore", estraneo alla giurisdizione, nel tentativo di pervenire alla loro "riconciliazione" –, non si sia affatto ancora pervenuti al riconoscimento di un "perdono" del reo da parte dello Stato nel senso di una rinuncia totale alla pena criminale applicabile. Sulla c.d. "giustizia riparativa" e sulla "ideologia eticamente orientata" che ne costituisce la *ratio* ispiratrice, vedi le mie considerazioni critiche in M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze*, cit., pp. 473-486.

dell'obbligo di tenere un certo comportamento, ciononostante l'autore del reato, laddove sia ancora possibile (materialmente o giuridicamente), realizza con un nuovo comportamento – non a caso chiamato “antagonista” rispetto a quello costitutivo dell'illecito realizzato – lo stesso risultato o un risultato ritenuto dal legislatore normativamente equivalente a quello che l'ordinamento mirava a perseguire attraverso l'osservanza dell'obbligo primario rimasto inadempito, “eliminando” così le “conseguenze dannose o pericolose” del suo comportamento illecito – in una parola: rimettendo le cose, come suole dirsi, “in pristino” –, lo stesso ordinamento potrebbe legittimamente “rinunciare” all'applicazione o all'esecuzione della pena criminale, ossia “perdonare” il colpevole in quanto – è questo il punto rilevante e direi nevralgico dell'intero ragionamento –, sia pure tardivamente, c'è stata una oggettiva “reintegrazione” dell'ordine giuridico violato; reintegrazione che comporterebbe la sostanziale “inutilità”, dal punto di vista dei fini dell'ordinamento, della sanzione punitiva, e dunque la sua “non necessità” secondo una valutazione *ex post* in concreto.

Tale “riaffermazione” dell'ordine giuridico violato attraverso una figura speciale di “condotta susseguente” al reato (“antagonista” rispetto a quella costituiva dell'illecito: c.d. “ravvedimento operoso *post delictum*”) può avvenire, tecnicamente, prevedendo un procedimento più o meno complesso che, alla fine, ha come esito l'“estinzione” del reato<sup>60</sup> e quindi della “punibilità”.

---

<sup>60</sup> Occorre qui ricordare come, nell'ordinamento penale italiano, il termine “estinzione del reato” – quando la causa estintiva interviene *prima* della condanna definitiva – sia utilizzato impropriamente non avendo (almeno in via diretta) una valenza giuridica “sostanziale”, come viceversa la espressione “estinzione del reato” potrebbe a prima vista lasciare intendere (posto che il c.d. “reato estinto” continua comunque a produrre effetti discendenti dalla qualificazione del fatto come reato, civili *ma anche penali*: v., ad es., gli artt. 106 comma 1, 182 e 198 c.p.), ma propriamente “processuale”: infatti “oggetto” diretto dell'estinzione è la situazione giuridico-soggettiva processuale di potere-dovere del giudice penale, ritualmente investito dal p.m., di instaurare un processo o di proseguirlo fino al suo esito naturale; detto altrimenti, la esistenza di una causa estintiva del reato (prima della condanna definitiva) costituisce in capo all'organo giudicante il “dovere di non procedere ulteriormente”, risolvendosi quindi dommaticamente in una “causa di improcedibilità sopravvenuta”. Ciò trova definitiva conferma nel fatto che l'accertamento della presenza di una causa estintiva del reato comporta la pronuncia di una sentenza non sul “merito” ma sul “rito”: come stabilisce infatti l'art. 531 c.p.p., la sentenza non è di «assoluzione», ma di «non doversi procedere» per intervenuta estinzione del reato, specularmente a quanto disposto dall'art. 529 c.p.p. che stabilisce il «non doversi procedere» quando «l'azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita» per la mancanza di una condizione di procedibilità. Sul punto, vedi *amplius* M. TRAPANI, *Il reato e le sue*

Numerosi esempi in tal senso sono contenuti nello stesso codice penale oltre che nelle c.d. leggi speciali o complementari; ipotesi che sembrerebbero evidenziare una diversa linea di tendenza politico-criminale, se non nuova almeno perseguita con nuova e più matura consapevolezza critica, nello stesso ricorso agli strumenti del diritto penale e all'applicazione/esecuzione della sanzione punitiva effettivamente – e non solo dal punto di vista “declamatorio” – come *extrema ratio* di tutela rispetto ad altri modelli di risposta sanzionatoria.

Si pensi, anzitutto, all'istituto della sospensione condizionale della pena detentiva non superiore in concreto a due anni, meccanismo che, in mancanza di recidiva del beneficiario entro un certo termine, porta all'estinzione del reato e dunque della punibilità, la cui concessione può – e in certi casi deve – essere subordinata all'adempimento degli obblighi del risarcimento del danno e delle restituzioni ovvero – ancora più importante – all'«eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato» secondo le modalità indicate dallo stesso giudice nella sentenza di condanna (art. 165 c.p.). Senza dimenticare poi anche la possibilità di sospensione condizionale della pena non superiore ad un anno e per il termine di un anno, laddove, prima che sia stata pronunciata la sentenza di primo grado, il danno sia stato interamente riparato mediante il risarcimento di esso e, quando sia possibile, mediante le restituzioni e sempre che il colpevole si sia adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato da lui eliminabili (art. 163 comma 4 c.p.). Si pensi, ancora, all'istituto dell'oblazione discrezionale nelle contravvenzioni punite con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda, utilizzabile in relazione a gran parte degli illeciti contravvenzionali contenuti nella legislazione speciale, in cui l'ammissione alla particolare procedura di estinzione del reato, oltre che al pagamento di una somma di denaro, è subordinata all'eliminazione, ove possibile, delle conseguenze dannose o pericolose del reato stesso (art. 162 *bis* comma 3 c.p.).

Ancora, nella c.d. Parte speciale del codice penale, si pensi alla previsione della “non punibilità” degli autori anche di reati gravissimi contro la personalità dello Stato, come la banda armata e la cospirazione politica mediante associazione o accordo, i quali, sussistendo certi presupposti, disciolgono o comunque determinano lo scioglimento della banda o dell'associazione ovvero, non essendo capi o promotori, si ritirano dalla banda stessa o recedono

---

*conseguenze*, cit., pp. 103-108, spec. note 229 e 399.

dall'accordo o dall'associazione (artt. 308 e 309 c.p.); o al reato di insolvenza fraudolenta, dove l'adempimento dell'obbligazione prima della condanna estingue il reato (art. 641 comma 2 c.p.); e all'istituto della "ritrattazione" con riferimento ad alcuni delitti contro l'amministrazione della giustizia, come ad es. la falsa testimonianza quando si stabilisce la non punibilità di chi, avendo prestato l'ufficio di testimone, «ritratta il falso e manifesta il vero non oltre la chiusura del dibattimento» (art. 376 comma 1 c.p.). Ancora, sempre a titolo di esempio, in materia ambientale, si pensi all'art. 257 comma 1 decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152, a tenore del quale la punibilità per aver cagionato l'inquinamento da rifiuti con superamento della soglia di rischio è condizionata alla mancata bonifica del sito secondo il procedimento previsto dalla legge stessa; e, in materia di reati societari, all'art. 2627 comma 2 c.c., secondo cui, in caso di illegale ripartizione degli utili o delle riserve da parte degli amministratori della società, «la restituzione degli utili o la ricostituzione delle riserve prima del termine previsto per l'approvazione del bilancio estingue il reato».

Tutto ciò evidenzia allora come l'ordinamento giuridico, in situazioni sempre più numerose, consenta all'autore di un reato di "fuoriuscire" dal "circuito penale", evitando l'applicazione o l'esecuzione della "pena", mediante un comportamento di "rimessione in pristino", che spesso già costituisce a sua volta il contenuto di un vero e proprio obbligo giuridico di natura civile (si pensi alle obbligazioni civili delle restituzioni e del risarcimento del danno, patrimoniale o non patrimoniale, derivanti da reato: art. 185 c.p.) o amministrativa. La pena criminale, sanzione "punitiva" per antonomasia, può dunque essere spesso *sostituita* (ad iniziativa – si noti – dello stesso autore dell'illecito) da una sanzione – ritenuta evidentemente dal legislatore "equivalente" dal punto di vista giuridico – c.d. "esecutiva", cioè da una sanzione che mira comunque a raggiungere, *sia pure tardivamente*, lo stesso risultato che l'ordinamento mirava originariamente a perseguire attraverso l'adempimento dell'obbligo violato.

Il che evidenzia allora, in particolare, come l'autore del reato abbia, in questi casi – contro l'ancora resistente mito, tralaticciamente ripetuto nei manuali di diritto penale, della "inderogabilità" come carattere indefettibile della pena criminale – la sostanziale "disponibilità" dell'applicazione in concreto o dell'esecuzione della sanzione punitiva-pena criminale, dal momento che è rimesso alla sua discrezionalità scegliere, *dopo* la commissione di un reato, se

“estinguere” la pena attraverso l’adempimento dell’obbligo contenuto di una sanzione “esecutiva” – che può essere anche civile o amministrativa, dimostrando così la stretta “interdipendenza” tra i diversi tipi di responsabilità “da reato” – in luogo della sanzione punitiva criminale. Il che conferma, anche da questa prospettiva, la “preminenza logica”, persino nel settore penale dell’ordinamento, delle sanzioni esecutive rispetto alle punitive. Ma – ed è questo il punto essenziale – “punitiva” o “esecutiva” che sia, si deve comunque trattare di “sanzione”, cioè di “risposta” dell’ordinamento giuridico alla commissione dell’illecito in funzione di una sua “reintegrazione”<sup>61</sup>. Quindi di risposta non solo logicamente necessaria dal punto di vista del diritto positivo, in grado di garantire la “serietà” dell’ordinamento, ma altresì eticamente “giusta”, e quindi in grado di soddisfare anche le esigenze politiche che stanno dietro alla c.d. “morale sociale”. Solo in questi limiti, dunque, la “rimessione” della pena criminale, ossia, sostanzialmente, il “perdono” dell’autore dell’illecito, può risultare congruente con la logica e la finalità della pena intesa in senso giuridico.

---

<sup>61</sup> Sul punto, più dettagliatamente, M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze*, cit., pp. 110-113; 443-464; 508-516, in una prospettiva di sistema criminale “integrale” e “integrato”, in particolare alla luce di una interpretazione sistematica di tutte le fattispecie di “responsabilità da reato”, penali ed extrapenali. In generale, sulla distinzione tra sanzioni “esecutive” e sanzioni “punitive”, ID., *op. ult. cit.*, pp. 48-59.