

Capitolo I

Lineamenti generali e problematiche di fondo delle teorie espressivo-comunicative della pena

1. Le ragioni di una critica

Nel dibattito filosofico sulla pena, le teorie espressive, il cui connotato essenziale consiste nel giustificare la pena come *espressione di un rimprovero*, hanno acquisito autonoma visibilità e una notevole popolarità. Il crescente riguardo nei loro confronti, manifestato anche da studiosi che non si riconoscono in esse, travalica oramai i confini del mondo anglosassone, entro il quale sono sorte e maturate, ed è condiviso da una parte della penalistica tedesca¹.

Una prima spiegazione di questo successo può essere colta nelle parole utilizzate da Michael Davis, qualche tempo fa, per descrivere il fattore che, a suo dire, accomuna tutti gli autori in qualche modo riconducibili all'espressivismo penale: «[...] tutti ritengono che la punizione sia giustificata (quando lo è) non perché (o principalmente non perché) la pena in quanto tale scoraggia, riforma, ristabilisce un giusto equilibrio tra benefici e oneri, o altrimenti soddisfa una qualche teoria tradizionale della punizione, ma perché (o principalmente perché) la punizione è una lezione morale, un rimprovero appropriato al criminale, una denuncia sufficientemente enfatica del crimine»².

¹Basti pensare allo spazio dedicato al tema dal prestigioso trattato di Claus Roxin, nella sua più recente edizione: C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht AT*, I, 5. Aufl., München, 2020, p. 146 ss.

²M. DAVIS, *Punishment as Language: Misleading Analogy for Desert Theorists*, in *Law and Philosophy*, vol. 10(3), 1991, p. 311. Va precisato che Davis utilizza le parole riportate nel quadro di una critica alle teorie espressive.

Due, in sostanza, gli elementi rilevati da Davis: da un lato, l'ambizione a superare le spiegazioni "tradizionali" (retributive e preventive); dall'altro lato, il richiamo a funzioni non omogenee né del tutto sconosciute al dibattito plurisecolare sulla pena, ma riunite attorno a un'idea (ri-)moralizzatrice del castigo, con l'intento di comporre una sintesi. In particolare, la coesistenza di una lezione morale o di un rimprovero, indirizzati al criminale, e della denuncia del crimine, da rivolgere al pubblico, evidenziano lo sforzo di unire finalità inconciliabili alla luce delle teorie monistiche e a malapena tenute insieme da quelle miste.

La *funzione espressiva* della pena diviene il collante di idee virtualmente antitetiche, ponendo una serie di questioni problematiche.

Un primo interrogativo riguarda proprio questa vantata capacità di oltrepassare e, al contempo, di ridurre a una sintesi gli approcci tradizionali sulla pena. A tal riguardo, il presente lavoro ha anzitutto uno scopo informativo: intende fornire una ricostruzione di alcune teorie espressive, che tenga conto degli sviluppi paralleli del dibattito anglosassone e di quello tedesco, protesi verso questo (improbo) traguardo. La nostra indagine non implica la necessità di prendere posizione *in* questo dibattito, altamente specialistico, quanto piuttosto di esprimere un giudizio *su* di esso³. È questa, del resto, la prospettiva consueta con la quale il giurista si avvicina alla teoria della pena: la ricerca di argomentazioni volte a giustificare o anche a criticare i sistemi penali vigenti⁴.

Ma il giurista deve soprattutto vigilare affinché non ogni "funzione" socialmente svolta dalla (o politicamente attribuita alla) pena sia convertita, acriticamente, in un "fine", cioè in un obiettivo perseguito dall'ordinamento tramite l'applicazione della pena legale⁵. Per tanto, se

³ Parafrasando A. ROSS, *Colpa, responsabilità e pena*, Milano, 1972, p. 65 (trad. it. di *Skyld, ansvar og straf*, 1970), che per altro mette in discussione l'impostazione "stereotipata" del dibattito.

⁴ G. FIANDACA, *Punizione*, Bologna, 2024, p. 20. Per una problematizzazione di questi rapporti, C.E. PALIERO, *Il sogno di Clitemnestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 447 ss., ove si segnala una certa "sudditanza" della scienza giuridica rispetto alle formulazioni giusfilosofiche, che per altro sfuggono ad una verifica di razionalità (*ivi*, p. 454 ss.).

⁵ Sulla distinzione tra "funzioni" e "fini", M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1187 ss., il quale, sulla scorta di tale distinzione, mostra come la prevenzione generale sia una mera funzione, e un non fine (in senso "tecnico") del quale si debba tener conto nell'irrogazione della pena individuale.

sul piano *sociologico* la pena ha sicuramente una funzione espressiva⁶, ciò non basta di per sé a dimostrare che detta funzione *giustifichi* la pena sul piano teorico, né che essa corrisponda ad un *fine* produttivo di effetti giuridici.

Si delinea, essenzialmente, un problema di trasposizione della funzione espressiva da un piano *descrittivo* ad un piano *normativo*, che risente di una questione metodologica di carattere generale⁷. Qualunque teoria della pena ha la pretesa di essere normativa, per cui non accetta smentite fondate sulla realtà, cioè sul modo in cui la pena viene in concreto applicata dai singoli ordinamenti. L'ambizione di una teoria della pena è piuttosto l'individuazione delle condizioni entro le quali tale realtà è legittima; là dove tali condizioni si rivelassero carenti, la teoria può sollecitare una modifica della realtà (ad esempio, tramite una riforma legislativa). Ma se la definizione di pena posta alla base di una teoria incorpora un pezzo di realtà, la teoria in questione diventa – o rischia di diventare – un artificio retorico volto null'altro che a legittimare l'esistente⁸.

È un primo sintomo di alcune disfunzioni, su cui la nostra indagine è chiamata a far luce, senza limitarsi a confrontare orientamenti teorici con-

⁶ Cfr. M. PAVARINI, *Pena*, in *Enc. scienze sociali*, 1996, in www.treccani.it.

⁷ O. HALLICH, *Strafe*, Berlin-Boston, 2021, p. 65 ss., coglie in questo aspetto il problema di fondo delle teorie espressive, nell'ambito di una più ampia (ed efficace) descrizione dei limiti di tali teorie.

⁸ La dottrina tedesca suole tematizzare la questione, facendo uso della distinzione tra “concetto” (*Begriff*) e “scopo” (*Zweck*) della pena: con specifico riguardo alle teorie espressive, v. G. SEHER, *Wert und Grenzen der expressiven Theorien der Strafe. Zugleich eine Skizze über Begriff und Zweck staatlicher Strafe*, in *FS für R. Merkel*, Berlin, 2020, p. 493 ss. Su tali premesse metodologiche, articolatamente e con ulteriori ed ampi riferimenti, cfr. inoltre L. GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlin, 2009, p. 274 ss. Il problema della definizione di “pena”, come premessa di una teoria, è una costante dei lavori teorici sul tema: basti richiamare il classico di T. HONDERICH, *Punishment. The Supposed Justifications*, London, 2006, p. 8 ss. In chiave critica, nella prospettiva del sociologo-antropologo, v. anche D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, 2018, p. 77 ss. (trad. it. di *Punir. Une passion contemporaine*, 2017). Sulla distinzione tra spiegazioni (perché esiste la pena?) e dottrine assiologiche o di giustificazione della pena (perché *deve* esistere?), L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 10^a ed., Roma-Bari, 2011, p. 314 ss., dove si denuncia una frequente confusione tra essere e dover essere della pena (ovvero tra motivazione e scopo). Su “essere” e “dover essere”, e la correlata distinzione tra sociologia e ideologia della pena, v. anche D. BERTACCINI, *Fondamenti di critica della pena e del penitenziario. Rielaborazione aggiornata dell'opera didattica di M. Pavarini*, 2^a ed., Bologna, 2021, p. 23 ss.

correnti con quelli tradizionali – cosa che, in sé, rischierebbe di risolversi in uno sterile gioco intellettuale –, ma provando a smascherare la capacità delle teorie espressive di legittimare, magari con argomenti più suadenti, una prassi punitiva pervicacemente ancorata a un ideale di giustizia retributiva⁹.

Ragioni contingenti rendono più acuta la necessità di un confronto critico.

Come recentemente rilevato da Giovanni Fiandaca, la riflessione penologica contemporanea è segnata da pulsioni opposte: «da un lato, una contingente deriva punitivista, figlia di un populismo politico che tende [...] a canalizzare in chiave repressivo-ritorsiva sentimenti di rabbia, indignazione e risentimento e frustrazione diffusi nei settori sociali più svantaggiati; dall'altro, un'accresciuta consapevolezza, da parte di molti esperti a vario titolo di questioni penali, che le forme tradizionali di pena forniscono una risposta sempre meno adeguata e soddisfacente in termini sia di giustizia che di efficace contrasto della criminalità»¹⁰.

Le teorie espressive – nel loro complesso ed a prescindere dalle specificazioni che seguiranno – si situano nel mezzo di queste opposte tendenze; e possono diventare una sorta di commutatore dell'una nell'altra.

Per un verso, come detto, esse si prestano a ricomporre la frattura tra le plurime funzioni assegnate alla pena, tramite una congenita quanto sospetta attitudine a conciliare gli opposti¹¹; con il risultato per cui, se il messaggio recato dalla pena non è diretto solo al reo, ma anche alla società e alle vittime, la teoria ha l'effetto di abilitare le pretese di queste ultime nei riguardi della punizione; sino a supportare un presunto “diritto alla punizione”, che offusca ogni barlume di clemenza¹².

⁹ Ovvero un «abbellimento conservatore della tradizione», per dirla con le parole rivolte alle concezioni espressive della pena da M. DONINI, *Punire e non punire. Un pendolo storico divenuto sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, p. 1307. Sulla natura legittimante (o ri-legittimare) i sistemi penali vigenti, insita nelle teorie penali, si veda, in generale, E.R. ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale*, Napoli, 1994 (trad. it. di *En busca de las penas perdidas. Delegittimación y dogmatica juridico-penal*, 1989).

¹⁰ G. FIANDACA, *Punizione*, cit., p. 125.

¹¹ F. GIUNTA, *Quale giustificazione per la pena? Le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi preventivi e disincanti scientifici*, in *Pol. dir.*, 2/2000, p. 274.

¹² Si veda, a tal proposito, il recente volume di G. FORNASARI, “Right to punishment” e principi penalistici. *Una critica della retorica anti-impunità*, Napoli, 2023, p. 36 ss., 85 ss., nel quale le teorie espressive sono indicate tra i fattori implicati nella “retorica anti-

Per altro verso, a causa della propensione a scambiare una funzione per un fine della pena, le teorie espressive – in specie quelle di tipo comunicativo – denotano un’ambigua disponibilità verso la riforma dei sistemi sanzionatori vigenti. L’*appeal* per la scienza penale cela così un duplice rischio: non solo di sdoganamento dell’odio retributivo tramite nuove e più sobrie formule legittimanti, ma anche di contropinta ideologica a programmi autenticamente riformisti (comprese le politiche di giustizia riparativa).

Nei contesti in cui le teorie espressive assumono sembianze di teorie giuridiche, si profila così un modello di cooperazione tecnocratica tra filosofia e scienza penale conservatrice¹³. Questo modello va sabotato dall’*interno*, cioè con riferimento agli intrinseci difetti delle proposte teoriche più in vista, e criticato dall’*esterno*, ossia guardando ai potenziali effetti deformanti su alcune categorie del diritto penale classico.

Un’ultima considerazione al riguardo.

La finalità rieducativa, imposta dalla Costituzione italiana, vieta un uso “satisfattivo-simbolico” della pena, che invece alcune delle teorie che studieremo paiono legittimare¹⁴. Ciò, però, non mette del tutto al riparo il nostro ordinamento dalle loro pretese. Anzitutto, perché il testo dell’art. 27, comma 3°, Cost. non è impermeabile a nuove interpretazioni, né a nuove ideologie penali, come dimostra la sua storia¹⁵. Del resto, nel di-

impunità”. Con specifico riferimento ai nessi tra teorie espressive e c.d. paradigma vittimario, v. *infra*, cap. III, § 2, 2.1.

¹³ Di «una relazione di tipo tecnocratico» (non tra filosofia ma) tra «scienza sociale e tecnica giuridica», con riguardo alla teoria espressiva di tipo funzionalista di Jakobs, parlava già A. BARATTA, *Integrazione-prevenzione. Una nuova fondazione della pena all’interno della teoria sistemica*, in *Dei delitti e delle pene*, 1/1984, p. 18. Crediamo che questa relazione vada estendendosi anche agli usi delle teorie espressive non basati su una determinata teoria sociale (in specie, all’uso di una teoria della comunicazione), come si dimostrerà nel corso della ricerca (sino alla sintesi di cui al cap. IV, § 1). Uno spunto, in tal senso, è offerto dalla lettura di M.D. DUBBER, *The Dual Penal State. The Crisis of Criminal Law in Comparative-Historical Perspective*, Oxford, 2018, p. 50 ss., là dove ci si sofferma sull’uso delle teorie della prevenzione generale tedesca e delle teorie espressive nordamericane (delle quali, però, l’A. rimarca l’ambigua collocazione tra descrizione e legittimazione della pena).

¹⁴ Lo segnala, di recente, A. CAVALIERE, “Diritti” anziché “beni giuridici” e “principi” in diritto penale?, in www.sistemapenale.it, 16 ottobre 2023, p. 68 ss., il quale, in particolare, fa riferimento alla teoria della pena di Jakobs.

¹⁵ «I principi costituzionali sulla pena non sono verità rivelata», chiosa autorevolmente E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 28 ss. Sull’evo-

battito internazionale sulla pena – almeno in quello giusfilosofico – la finalità rieducativa non è affatto l'unica opzione, né il concetto è esente da significati dubbi e cangianti¹⁶. Ma il carattere insidioso dei nuovi approcci teorici risiede, come detto, nell'appello ad una *funzione reale* della pena, che, in quanto tale, è all'opera anche nel nostro sistema e rischia di minarne i caposaldi. Opporsi all'espressivismo, limitandosi ad invocare il principio rieducativo, rischierebbe di ridursi a una difesa formale o di retroguardia; occorre, piuttosto, andare alle fondamenta delle nuove teorie, svelandone contraddizioni dalle quali, riteniamo, il nostro principio costituzionale potrà uscire addirittura rinsaldato.

La trattazione si articolerà, per tanto, nei seguenti passaggi.

Nel presente capitolo (cap. I) si illustreranno origini, tratti comuni e ripartizioni interne delle teorie espressive. Saranno inoltre stese sul tappeto le principali problematiche, concernenti la loro precaria posizione tra giustificazione e descrizione della pena, i nessi con il populismo e l'uso simbolico del diritto penale, nonché i rapporti con le più consolidate impostazioni teoriche.

Nei capitoli II e III esamineremo le singole teorie espressive, selezionando le versioni più significative tra quelle emerse, rispettivamente, nel dibattito angloamericano e in quello tedesco.

Il capitolo conclusivo (cap. IV), oltre a presentare una sintesi dei risultati, offrirà uno spaccato sui possibili effetti sistematici delle teorie espressive, con riferimento a tre ambiti tematici connessi alla teoria della pena: colpevolezza, proporzionalità e riparazione. Si cercherà, infine, di dimo-

luzione interpretativa subita dal disposto dell'art. 27, comma 3°, Cost., fondamentale G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in *Commentario della Costituzione fondato da G. Branca, Rapporti civili. Artt. 27-28*, Bologna-Roma, 1991, p. 222 ss.; sul superamento del retribuzionismo nel pensiero penalistico italiano e sull'affermazione della funzione di integrazione sociale della pena ex art. 27 Cost., S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, p. 83 ss. (che, per altro, su queste basi propone una sistematica teleologica del reato). In ogni caso, il retribuzionismo è ancora presente nella nostra cultura penalistica contemporanea: per una sua raffinata difesa, v. M. RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996, spec. p. 176 ss. Per una revisione dei concetti di retribuzione e prevenzione (valorizzata nella sua dimensione generale, ma non coincidente con la deterrenza), con alcune riflessioni scettiche sulla prevenzione speciale, v., inoltre, A. PAGLIARO, *Funzioni della pena criminale*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1846 ss.

¹⁶ Cfr. F. COPPOLA, A. MARTUFI, *Introduction: What is Social Rehabilitation?*, in F. COPPOLA, A. MARTUFI (eds.), *Social Rehabilitation and Criminal Justice*, London-New York, 2024, p. 1 ss.

strare come, viste *a contrario*, le carenze delle teorie espressive possano giovare ad una strategia riduzionista della sofferenza legale.

2. L'espressivismo di fine Ottocento come antesignano delle moderne teorie espressive della pena

Poiché allo stato le teorie espressive della pena compongono un «concetto poco specifico e polisenso»¹⁷, più che una perentoria definizione, se ne può indicare, in prima battuta, un primigenio nucleo concettuale, che possiamo chiamare “espressivismo”¹⁸, sulla cui base potremo procedere a ulteriori chiarimenti e progressive classificazioni.

Nel suo significato essenziale, l'espressivismo penale è definibile come l'atteggiamento teorico tendente a riporre enfasi sul messaggio, insito nella pena, di disapprovazione verso un fatto costituente reato. In questa prima accezione, l'espressivismo ritiene che la pena sia un mezzo strutturato nel quale convogliare la reazione emotiva suscitata dal reato nella collettività, sul presupposto che, proprio in quanto connessa ad un reato, cioè ad un fatto giudicato pubblicamente riprovevole, quella reazione sia giustificata. Nel nesso tra punizione e pubblicità della reazione è ravvisata, per l'appunto, una “funzione espressiva” della pena¹⁹.

Prima di assurgere ad elemento distintivo di un gruppo di teorie, la presenza di una tale funzione è stata segnalata da studiosi di diverse epoche e formazioni, sia pure come elemento in posizione subordinata rispetto ad altre funzioni assolute dalla pena e senza essere necessariamente inclusa tra i presupposti giustificativi della stessa²⁰. La filogenesi del di-

¹⁷ T. ZÜRCHER, *Legitimation von Strafe. Die expressiv-kommunikative Straftheorie zur moralischen Rechtfertigung von Strafe*, Tübingen, 2014, p. 127.

¹⁸ Preferibile tale neologismo, per tradurre l'inglese “*expressionism*”, piuttosto che “*espressionismo*”, termine che potrebbe suscitare confusione con l'omonimo movimento artistico (la stessa esigenza è segnalata, per il tedesco, da A. KALOUS, *Positive Generalprävention durch Vergeltung*, Regensburg, 2000, p. 188, nt. 64).

¹⁹ Per questa caratterizzazione, T. BROOKS, *Punishment. A Critical Introduction*, 2nd ed., London-New York, 2021, p. 119.

²⁰ Per esempio, in riferimento alla risalente dottrina italiana, F. GRISPIGNI, *Corso di diritto penale*, vol. I, Padova, 1932, p. 161, colse, quale fattore implicito nel “carattere” retributivo della pena, «una riprovazione giuridico-sociale» della condotta del reo (cor-

scorso espressivista – almeno a detta di alcuni dei suoi odierni assertori²¹ – risale però a due correnti di pensiero affermatesi, in maniera del tutto indipendente l'una dall'altra, nella seconda metà dell'Ottocento: la teoria denunciataria della pena di James Fitzjames Stephen e la sociologia del diritto penale di Émile Durkheim.

2.1. La teoria denunciataria della pena di J.F. Stephen

Un primo esplicito utilizzo della funzione espressiva della pena a fini giustificativi è rintracciabile in quella che Hart chiama “teoria denunciataria della pena”, riferendosi alla dottrina patrocinata da alcuni giudici inglesi di epoca vittoriana, il cui principale esponente fu James Fitzjames Stephen, ma a cui in sostanza si ispiravano ancora alcuni giuristi inglesi contemporanei di Hart (anzitutto *Lord Denning*)²². In contrapposizione al

sivo in originale; per altro, l'Autore evidenzia in una nota la differenza rispetto alla riprovazione “morale” della condotta). Un riscontro ancor più significativo è offerto dall'importante scritto di G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 311, nel quale si considera funzione “primaria” della pena «la riaffermazione del diritto oggettivo violato, compiuta mediante pubblica e solenne squalificazione sociale del fatto: riaffermazione e squalificazione che si ritiene ordinariamente di non poter esprimere in modo abbastanza chiaro e vigoroso se non attraverso la inflizione di un male al soggetto giudicato autore (colpevole) del torto» (corsivi nell'originale). La riaffermazione del diritto mediante “squalificazione sociale del fatto” è giudicata da Vassalli «fondamentale tra tutte le funzioni della pena», tra l'altro, perché «specifica della sanzione penale criminale» (*ibidem*, pp. 311-312, ed *ivi* i richiami in nota). Nella stessa sede, per altro, Vassalli distingue la propria posizione da quella di Petrocelli, per il quale la funzione della pena consisteva nella riaffermazione dell'ordine morale mediante il soddisfacimento del sentimento di giustizia (cfr. B. PETROCELLI, *La funzione della pena* (1934), in *ID.*, *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, p. 83 ss.). Vassalli considera quest'ultima funzione un “effetto collaterale” insito nella riaffermazione dell'ordinamento giuridico (G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze*, cit., pp. 315-316). Plurimi riferimenti alla funzione etico-sociale della pena si rinvengono nella dottrina tedesca: si rinvia a K. KÜHL, *Zum Missbilligungscharakter der Strafe*, in *FS für A. Eser*, München, 2005, p. 149 ss.; L. GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, cit., p. 283 ss.

²¹ Cfr. I. PRIMORATZ, *Punishment as Language*, in *Philosophy*, vol. 64(248), 1989, p. 187 ss.

²² Cfr. H.L.A. HART, *Responsabilità e pena. Saggi di filosofia del diritto* (trad. it. di *Punishment and Responsibility*, 1968), a cura di M. Jori, Milano, 1981, p. 196 ss.; cfr. anche *ID.*, *Law, Liberty, and Morality*, Oxford, 1963, p. 60 ss. Sulla teoria denunciataria v. anche, C.L. TEN, *Crime, Guilt, and Punishment*, Oxford, 1987, pp. 41-42, il quale però la distingue dalla tesi di Stephen, che chiama *satisfaction theory*, poiché consi-

liberalismo di John Stuart Mill, Stephen sosteneva che la punibilità di certi atti non è giustificata dalla loro presunta pericolosità per la società, bensì dalla necessità di assecondare il sentimento di odio e il desiderio di vendetta, presenti nella società, verso tali atti (come del resto dimostrava, a suo dire, l'influenza esercitata da tali sentimenti nella commisurazione giudiziale della pena)²³. I punti salienti del ragionamento di Stephen sono, per un verso, una piana identificazione del diritto penale con la morale corrente, in conseguenza della quale la pena è chiamata ad esprimere il giudizio morale della società verso determinati comportamenti e, per altro verso, la legittimità morale dell'«odio verso il criminale» espresso dalla pena: «The criminal law thus proceeds upon the principle that it is morally right to hate criminals, and it confirms and justifies that sentiment by inflicting upon criminals punishments which expresses it»²⁴.

Hart considera la teoria denunciataria una delle tante versioni insostenibili della concezione retributiva della pena, e muove al suo indirizzo un triplice ordine di obiezioni.

Anzitutto, l'idea per cui la giustificazione ultima della pena è l'espressione della indignazione morale della comunità può avere l'effetto di allontanare i giudici «dal compito di conoscere e meditare sugli effetti di quanto fanno», poiché li indurrebbe a una valutazione «inadeguata dei fatti», in quanto basata sul supposto sentimento morale del pubblico, quando invece il diritto penale non dovrebbe «riflettere passivamente le opinioni non elaborate, ma attivamente aiutare a formare i sentimenti morali per fini comuni e razionali». Inoltre, la teoria denota un'ingenuità sociologica, consistente nel credere che vi sia una «morale sociale omogenea». Infine, il diritto, specialmente quando elabora una scala di gravità delle pene in ragione della diversità dei reati, certo non deve ignorare le valutazioni morali comuni, ma solo al fine di garantire il principio di eguaglianza per il quale casi uguali vanno trattati in modo uguale²⁵.

Nel prosieguo della nostra trattazione, ci si renderà conto della persi-

dera la pena il mezzo necessario per dare soddisfazione al sentimento d'odio (*ibidem*, p. 51 ss.); sulle differenze con le teorie espressive moderne, v. anche I. PRIMORATZ, *Justifying Legal Punishment*, New Jersey, 1989, p. 149 ss.; in argomento, anche M.A. CATANEANO, *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1990, p. 73 ss.

²³ J.F. STEPHEN, *Liberty, Equality, Fraternity*, New York, 1873, p. 149 ss.

²⁴ J.F. STEPHEN, *A History of Criminal Law of England*, vol. II, London, 1883, p. 81.

²⁵ H.L.A. HART, *Responsabilità e pena*, cit., pp. 197-199 (da cui sono riprese le citazioni testuali).

stente attualità dei rilievi di Hart, in quanto riferibili ad alcuni assunti dell'espressivismo contemporaneo.

In sintesi, sulla scia di Hart, è fin troppo facile constatare come la teoria denunciataria azzerasse la distinzione illuminista tra diritto e morale, senza curarsi troppo di tenere distinta la “vendetta” dalla “pena” legale, ché anzi, a detta di Stephen, «the criminal law stands to the passion of revenge in much the same relation as marriage to the sexual appetite»²⁶. Tuttavia, pur nella sua ingenuità sociologica – come nota ancora Hart – la teoria denunciataria finisce (forse inconsapevolmente) per distinguersi dalle teorie retributive, nella misura in cui sposta l'attenzione dalla mera “gratificazione” del sentimento di odio o di vendetta alla essenziale funzione, attribuita alla pena, di condanna morale e di ratifica della morale comune violata²⁷.

2.2. La sociologia penale di E. Durkheim

Alla prospettiva offerta dalla teoria denunciataria si aggiunge quella schiusa, sempre sul finire del XIX secolo, dalle analisi dedicate alla pena da Émile Durkheim. Trattandosi di riflessione in sé ben nota, basterà qui evidenziarne solo la dimensione espressivista.

Nella *Divisione del lavoro sociale*, Durkheim discute la pena come sanzione repressiva a tutela della “solidarietà meccanica”, contrapposta alla sanzione ripristinatoria che caratterizza la “solidarietà organica”²⁸. In tale contesto, egli definisce il reato come violazione della coscienza sociale, intesa come insieme di sentimenti morali fondamentali in quanto comuni a tutti. La pena costituisce perciò una reazione passionale, collettiva e organizzata a quella violazione, in sé tesa a ristabilire i sentimenti lesi dal reato²⁹. Pur attecchendo nella vendetta, né smarrendo un persi-

²⁶ J.F. STEPHEN, *A General View of the Criminal Laws of England*, London, 1863, cit. da I. PRIMORATZ, *Punishment*, cit., p. 189.

²⁷ H.L.A. HART, *Law, Liberty*, cit., p. 63.

²⁸ Su questi concetti e, più in generale, per una introduzione alla sociologia del diritto penale di Durkheim, si rinvia a R. MARRA, *Durkheim sociologo del diritto penale. Sentimenti, riflessioni e valori nella produzione dei fatti normativi*, in *Dei delitti e delle pene*, 1/1984; D. GARLAND, *Pena e società moderna*, trad. it. di *Punishment and Modern Society* (1990), a cura di A. Ceretti, Milano, 1999, p. 31 ss., 61 ss.; M. CASCIVILLA, *La sociologia del diritto penale di Émile Durkheim*, in *Studi di sociologia*, 3/2018, p. 273 ss.

²⁹ E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, trad. it. di *De la division du travail social* (1893), a cura di F. Airoldi Namer, Milano, 2016, p. 119 ss.

stente tratto religioso, il diritto penale svolge così una funzione sociale essenziale (è una “illusione necessaria”): «Questi sentimenti, essendo collettivi, non rappresentano noi, ma la società; vendicandoli, dunque, vendichiamo essa e non noi stessi, e d'altra parte la società è qualcosa di superiore all'individuo. Ha torto quindi chi se la prende col carattere quasi religioso dell'espiazione, facendone una specie di superfetazione parassitaria: esso costituisce un elemento integrante della pena. È vero che esso ne esprime la natura soltanto metaforicamente, ma la metafora non è scvera di verità»³⁰.

A questa funzione “metaforica” (o, potremmo dire, “simbolica”) Durkheim riconduce la funzione espressiva propria del dolore insito nella pena, che è chiamata ad «esprimere l'avversione unanime che il delitto continua a ispirare, mediante un atto autentico che può consistere soltanto in un dolore inflitto all'agente. In questo modo, pur essendo il prodotto necessario delle cause che lo generano, questo dolore non rappresenta una crudeltà gratuita, ma il segno che attesta che i sentimenti collettivi sono sempre collettivi, che la comunione degli spiriti nella medesima fede sussiste interamente e ripara in tal modo al male che il reato ha recato alla società»³¹.

In tale prospettiva, apparentemente paradossale, «il castigo è destinato soprattutto ad agire sulle persone oneste»³². Lo spunto è ripreso ed approfondito nell'*Educazione morale*, là dove Durkheim respinge sia l'idea della pena come sofferenza volta all'espiazione della colpa, sia la funzione meramente intimidatrice della pena e, per contro, asserisce che la vera essenza della pena risiede nella necessità di ripristinare l'autorità della legge violata, “rassicurando” la coscienza di quanti, pur avendo assistito alla violazione, non per questo debbono perdere la “fede” in quell'autorità³³.

Si è osservato che, con ciò, Durkheim introduce un concetto di «punizione come *comunicazione*»³⁴, ragion per cui, possiamo aggiungere, egli

³⁰ E. DURKHEIM, *La divisione*, cit., p. 141.

³¹ E. DURKHEIM, *La divisione*, cit., pp. 146-147.

³² E. DURKHEIM, *La divisione*, cit., p. 147.

³³ E. DURKHEIM, *L'educazione morale*, in ID., *Il suicidio. L'educazione morale*, a cura di M.-J. Tosi, Torino, 2008, p. 603 ss. In questo scritto sono raccolte alcune lezioni tenute da Durkheim, per la prima volta, tra il 1902-1903. Benché il tema affrontato sia di taglio pedagogico, è stato autorevolmente dimostrato come l'opera costituisca un fondamentale completamento della sociologia della pena di Durkheim (così, D. GARLAND, *Pena*, cit., p. 79 ss.).

³⁴ D. GARLAND, *Pena*, cit., p. 83 (corsivo originale).

non solo ci appare quale un precursore delle moderne teorie della prevenzione generale positiva, ma delle teorie espressive della pena a base general preventiva³⁵ che, come vedremo, con maggior precisione potranno essere definite “teorie comunicative orientate alla norma” (*infra*, § 5). Del resto, le riflessioni di Durkheim anticipano anche alcuni nodi critici che tuttora avvulpano quelle teorie. Com'è stato notato, «il diritto penale, nella concezione sociologica durkheimiana, viene interpretato come risposta di tipo meccanicistico messa in atto da una entità collettiva ipostatizzata, quale è la coscienza comune»³⁶. Presentando la pena come atto socialmente determinato, siffatta concezione sminuisce il punto di vista dell'individuo, cioè del soggetto punito: è questo un profilo che si ripresenta puntualmente, sia pure con accenti rinnovati, nelle versioni funzionaliste delle teorie comunicative³⁷.

È necessario segnalare anche un altro aspetto della posizione di Durkheim, che non solo lo distingue dal conservatorismo moralistico dell'Ottocento, ma che pare già incorporare una problematica in cui si imbattono le odierne teorie espressivo-comunicative. Sempre nell'*Educazione morale*, Durkheim aggiunge che la sofferenza è «solo un contraccolpo della pena, non ne è l'essenziale. È il segno col quale si traduce esteriormente il sentimento espresso dinnanzi alla colpa, ma non è il segno col quale esso si esprime ad avere la virtù di neutralizzare il disordine morale causato dalla colpa. Così, il trattamento di rigore è giustificato soltanto nella misura in cui è necessario affinché la riprovazione dell'atto non dia adito a dubbi, la sofferenza, che sarebbe il tutto della pena se questa avesse per compito principale quello di intimorire o di fare espriare, è perciò in realtà un elemento secondario *che può persino mancare totalmente*»³⁸.

Nel passo citato, si intravedono i prodromi di due questioni fondamentali poste dalle teorie espressive: per un verso, la sofferenza va contenuta entro il limite necessario ad esprimere riprovazione; per altro verso, essendo funzionalmente subordinata alla riprovazione, essa potrebbe finanche rivelarsi non necessaria. In Durkheim la seconda questione è poco più che abbozzata; nelle odierne teorie espressive è invece ampiamente affrontata, ma non per questo risolta.

³⁵ A. BARATTA, *Integrazione-prevenzione*, cit., p. 16.

³⁶ M. CASCAVILLA, *La sociologia*, cit., p. 285.

³⁷ V. *infra*, cap. III, § 3 ss.

³⁸ E. DURKHEIM, *L'educazione morale*, cit., p. 609 (corsivo aggiunto).

3. La funzione espressiva della pena secondo J. Feinberg

Pur seguendo tracciati indipendenti, teoria denunciataria e sociologia durkheimiana muovono da un assunto comune: la pena è la risposta alla lesione di un ordinamento morale che le preesiste. L'ordinamento morale è, per tanto, la ragione giustificatrice sia del reato che della pena; di riflesso, le suddette teorie non distinguono tra criteri che orientano le scelte di incriminazione e criteri giustificativi della pena.

A distanza di un secolo circa, un impulso decisivo alla gestazione delle teorie espressive della pena giunge da un filosofo che, in virtù della sua impostazione liberale, ha invece ben presente sia la distinzione tra morale e diritto, sia quella tra criteri orientativi delle scelte di criminalizzazione e funzione della pena³⁹. È infatti Joel Feinberg, in un fortunatissimo saggio del 1965, a rilanciare il tema, con ben diverso spessore argomentativo rispetto ai precedenti sin qui incontrati.

Il saggio è solitamente considerato l'atto di nascita delle moderne teorie espressive della pena, anche se, per la verità, Feinberg non propone una vera e propria (tanto meno una nuova) "teoria" della pena, ma riconsidero alcuni connotati della punizione gravidi di spunti per il dibattito successivo⁴⁰. Sarebbe quindi improprio considerare questo scritto come una sorta di "manifesto" dell'espressivismo penale; è però innegabile che tale indirizzo ha beneficiato della capacità analitica di Feinberg.

Feinberg vuole inizialmente far notare l'insufficienza della definizione di pena legata ai nomi di Hart, Benn e Flew, divenuta in qualche modo un punto di partenza tradizionale nel dibattito giusfilosofico. In base a questa definizione, la pena è una «inflizione di un trattamento afflittivo da parte di un'autorità nei confronti di una persona, per una sua precedente mancanza in un qualche ambito (solitamente per l'infrazione di una regola o comando)»⁴¹. Feinberg sottolinea il carattere puramente formale di una

³⁹ La precisazione giunge da un profondo conoscitore del pensiero di Feinberg: A. CADOPPI, *Il "reato penale". Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, 2022, pp. 379-380. Si allude ovviamente alla teoria dei "limiti morali del diritto penale" e all'*harm principle*, sui cui nessi con la teoria della pena in Feinberg, si rinvia a G. FORTI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 597 ss.

⁴⁰ Come nota, tra gli altri, B. WRINGE, *An Expressive Theory of Punishment*, London, 2016, pp. 11-12.

⁴¹ J. FEINBERG, *The Expressive Function of Punishment*, in *The Monist*, vol. 49, Issue

simile definizione, che si rivela inadeguata a distinguere adeguatamente le pene vere e proprie (*punishments*), come conseguenza di un reato, da altre sanzioni (*penalties*) che sono conseguenza di infrazioni meno gravi. Si consideri, ad esempio, come la definizione di Hart, Benn e Flew sia virtualmente in grado di comprendere, o comunque non sia capace di escludere, anche la sanzione che consegue al mancato pagamento di un parcheggio, benché risulti intuitivo come mai ci potremmo riferire ad essa col termine “*punishment*”, ma semmai con quello di “*penalty*”⁴².

Le *penalties*, difatti, sono assimilabili ad un permesso di compiere delle attività a un dato prezzo, che si paga successivamente all'infrazione. La pena, invece, ha un contenuto specifico che la differenzia dalle altre sanzioni: costituisce uno strumento convenzionale per esprimere risentimento e indignazione, nonché giudizi di disapprovazione e riprovazione, da parte dell'autorità che la applica o dei soggetti nel cui nome è applicata. È esattamente in ciò che Feinberg intravede la “funzione espressiva” della pena, ovvero «un significato simbolico in larga parte assente in altri tipi di sanzione»⁴³.

Sulla scorta di tali osservazioni, Feinberg individua e distingue due elementi della pena: la condanna morale, ovvero la componente del rimprovero, cui egli si riferisce col termine “*reprobative symbolism*” della pena, e l'inflizione di una sofferenza, vale a dire di un trattamento afflittivo⁴⁴. Entrambe queste componenti, sottolinea Feinberg, fanno parte della definizione di pena, ma ognuna di esse solleva questioni diverse rispetto al tema della giustificazione della pena. Si tratta di uno snodo di fondamentale importanza per lo sviluppo delle teorie espressive⁴⁵, e sul quale a breve torneremo.

Dal suo canto, nel momento in cui formula queste considerazioni, Fein-

3, 1965, p. 397 ss.; il passo citato è dello stesso Feinberg, che così sintetizza la definizione di Hart da lui riportata in nota (*ibidem*, p. 397, nt. 2).

⁴² J. FEINBERG, *The Expressive Function*, cit., pp. 397-398.

⁴³ J. FEINBERG, *The Expressive Function*, cit., pp. 399-400. Conviene riportare il passo, piuttosto noto, in originale: «[...] Punishment is a conventional device for the expression of attitudes of resentment and indignation, and of judgments of disapproval and reprobation, either on the part of the punishing authority himself or of those “in whose name” the punishment is inflicted. Punishment, in short, has a symbolic significance largely missing from other kinds of penalties» (*ibidem*, p. 400).

⁴⁴ J. FEINBERG, *The Expressive Function*, cit., p. 400.

⁴⁵ Cfr. A. KALOUS, *Positive Generalprävention durch Vergeltung*, cit., pp. 192-193 e quanto si dirà nel paragrafo successivo.

berg non definisce esattamente quali siano i rapporti tra i due elementi in questione. Egli afferma che alcune forme di trattamento implicanti una costrizione fisica del condannato, tipicamente la detenzione, possiedono una propria capacità di esprimere condanna, in quanto assurti a simboli convenzionali di riprovazione, proprio come bere *champagne* è considerato un modo adeguato di festeggiare e vestire di nero di celebrare un lutto⁴⁶.

Tuttavia, subito aggiunge che, se è facile dire che la pena ha una funzione espressiva, lo è molto meno dire cosa esprime; né manca di riconoscere – o di supporre – che la pena non esprime solo disapprovazione, ma anche un risentimento affine ad una “vendetta legittimata” (“*legitimized vengefulness*”)⁴⁷. Inoltre, Feinberg elenca e passa in rassegna alcuni “fini secondari” della pena (diversi dalla deterrenza e dall’emenda), quali la riaffermazione del diritto e la non accondiscendenza della società verso il reo, la cui realizzazione è resa possibile proprio dalla funzione espressiva⁴⁸.

Il punto critico, ma forse anche più suggestivo, di questa riflessione attiene alla possibilità di rinunciare a uno dei due elementi della pena, ovvero alla possibilità quantomeno teorica di sostituirli con qualcosa di diverso. Feinberg ritiene che, per quanto essa stessa dotata di un contenuto afflittivo, la componente simbolica, cioè la mera condanna, serva per l’appunto a realizzare i suddetti fini secondari, ma è lecito chiedersi se questi fini possano essere perseguiti con meno sofferenza o senza infliggere affatto sofferenza.

L’aver constatato in precedenza che le forme consuete di trattamento afflittivo sono connesse a una convenzione sociale, ci autorizza a pensare che la loro sostituzione sia quantomeno prospettabile al superamento di questa convenzione (laddove la retribuzione non lascerebbe spazio a nes-

⁴⁶ J. FEINBERG, *The Expressive Function*, cit., p. 402.

⁴⁷ J. FEINBERG, *The Expressive Function*, cit., p. 403.

⁴⁸ J. FEINBERG, *The Expressive Function*, cit., p. 404 ss., richiama le seguenti funzioni derivate: a) il “disconoscimento da parte dell’autorità” (che si ha, ad es., in caso di punizione di un pilota che sorvoli lo spazio aereo di uno stato estero, su richiesta di questo stato: nel punire, lo stato di appartenenza del pilota misconosce l’atto di quest’ultimo); b) la “non acquiescenza simbolica”, dovuta al fatto che la pena “parla a nome del popolo”, dimostrando che la legge si schiera in favore di una determinata opzione di valore; d) la “rivendicazione del diritto”; e) la “assoluzione di terzi” (diversi dal colpevole), ossia l’assoluzione morale come effetto simmetrico dell’attribuzione di una colpa a qualcuno (Feinberg fa l’esempio dell’accusa di stupro da parte di una ragazza che, se accertata, confermerebbe l’onestà morale di costei).

sun esito diverso dalla punizione)⁴⁹. Su questo punto, però, Feinberg si mostra esitante. Egli ipotizza, infatti, che il trattamento afflittivo possa essere sostituito da un rito, in cui il comportamento del reo sia pubblicamente stigmatizzato, in modo che sia assolta la funzione di condanna, ma senza l'imposizione di una misura che comporti un trattamento fisico del condannato; per poi commentare: «Forse questa è solo un'inutile fantasia; forse c'è di più. Sicuramente la questione è aperta. L'unico punto che qui desidero sottolineare riguarda la natura della questione. Il problema della giustificazione della pena, quando prende questa forma, può essere in realtà quello della giustificazione dei nostri particolari simboli di infamia»⁵⁰.

Su un altro punto, però, Feinberg non è affatto esitante, vale a dire quando bolla la teoria retributiva come risposta sicuramente "incoerente" (alla questione sollevata), quantomeno nella versione che, senza far riferimento né alla condanna né alla vendetta, si basa esclusivamente sul principio per cui la pena deve costituire una sofferenza proporzionale al male commesso dal reo⁵¹. Dopo aver riassunto alcune classiche obiezioni a questa idea (sostanzialmente riducibili all'impossibilità di quantificare la sofferenza sulla sola base della gravità del fatto commesso, senza prendere in considerazione l'intera vita del reo), Feinberg osserva come solo la componente costituita dal rimprovero corrisponde ad un principio di proporzionalità, nel senso che più grave è il reato, maggiore deve essere il rimprovero; mentre non è affatto scontato che lo sia la componente afflittiva della pena. In conclusione, scrive Feinberg, «Date le *nostre convenzioni*, ovviamente, la condanna è espressa da un trattamento afflittivo, e il grado di severità di quest'ultimo esprime il grado di riprovazione della prima; tuttavia, questo non deve farci dimenticare che sono la disapprovazione sociale e la sua espressione appropriata a doversi adattare al crimine, e non il trattamento afflittivo (la sofferenza) in quanto tale. Il dolore dovrebbe corrispondere alla colpa solo nella misura in cui la sua inflizione è il veicolo simbolico della condanna pubblica»⁵².

Vedremo come gran parte della credibilità delle odierne teorie espressive dipenda dalla interpretazione – o dalla sovrainterpretazione – delle parole di Feinberg, ossia dalla tendenza, riscontrabile di volta in volta, ad

⁴⁹ Cfr. G. FORTI, *Principio del danno*, cit., p. 600.

⁵⁰ J. FEINBERG, *The Expressive Function*, cit., pp. 420-421.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² J. FEINBERG, *The Expressive Function*, cit., p. 423, enfasi aggiunta.