

Attilio Nisco

Teorie espressive della pena: un'introduzione critica



Giappichelli

Teorie espressive della pena: un'introduzione critica



Attilio Nisco

Teorie espressive della pena: un'introduzione critica



Giappichelli

© Copyright 2024 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0801-9

ISBN/EAN 979-12-211-5797-0 (ebook - pdf)



Opera distribuita con licenza Creative Commons Attribuzione 4.0 (CC BY).

Pubblicato online nel mese di giugno 2024

*«Freilich manche List ist so fein, daß
sie sich selbst umbringt [...]»*

F. KAFKA, *Der Bau* (1923/24)

Indice

pag.

Capitolo I

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

1. Le ragioni di una critica	1
2. L'espressivismo di fine Ottocento come antesignano delle moderne teorie espressive della pena	7
2.1. La teoria denunciataria della pena di J.F. Stephen	8
2.2. La sociologia penale di E. Durkheim	10
3. La funzione espressiva della pena secondo J. Feinberg	13
4. La distinzione tra <i>censure</i> e <i>hard treatment</i> come elementi della pena: "perché non dirlo con i fiori?"	17
5. Le teorie comunicative della pena come specie evoluta delle teorie espressive: loro ripartizione tra teorie "orientate alla persona" e teorie "orientate alla norma"	22
6. Padri nobili: G.W.F. Hegel precursore delle teorie comunicative	25
6.1. (<i>Segue</i>). L'apporto di P.F. Strawson: la comunicazione intersoggettiva delle emozioni retributive	29
7. Espressivismo descrittivo e normativo, in bilico tra teoria e prassi	32
7.1. Espressivismo latente: la giurisprudenza costituzionale tedesca sul diritto della vittima alla persecuzione di gravi reati	36
7.2. Espressivismo populista: <i>shame sanctions</i> e pena di morte nell'esperienza statunitense	38
8. Funzione espressiva della pena e diritto penale simbolico	43
9. Collocazione delle teorie espressive rispetto alle tradizionali teorie della pena: impostazione del problema e rinvio all'analisi delle singole teorie	47

Capitolo II
**Le teorie espressive
 nel dibattito angloamericano sulla pena**

1. Premessa: teorie espressive e neoretribuzionismo	53
2. La teoria espressiva della retribuzione di J. Hampton	60
3. Il modello misto di A. von Hirsch: <i>censure</i> e ragioni preventive	66
4. La teoria comunicativa di R.A. Duff: la pena come “penitenza secolare”	74
4.1. (<i>Segue</i>). Sulla asserita struttura dialogica della pena: rilievi scettici	79
5. La versione pluralista di teoria comunicativa elaborata da J. Tasioulas e la topografia morale della clemenza	84
6. Specificazioni sul concetto di “pentimento”: attriti con una concezione liberale dello Stato e del diritto penale	89
7. Ulteriori e differenti approcci	93
7.1. Espressione come rituale di scusa: la tesi di C. Bennett	93
7.2. Ritorno all'espressivismo puro in J. Glasgow	96
7.3. L'espressivismo “denunciatorio” di B. Wringer: mutazione in prevenzione generale	98

Capitolo III
**Le teorie espressive elaborate
 dalla dottrina penalistica tedesca**

1. Premessa: la riscoperta del retribuzionismo nella dottrina tedesca	101
2. La teoria comunicativa della pena orientata alla persona elaborata da T. Hörnle: l'innesto del paradigma vittimario nella teoria della pena	106
2.1. (<i>Segue</i>). Gli inevitabili pericoli: snaturamento del sistema e strumentalizzazione della vittima	111
3. La teoria comunicativa di tipo funzionalista di G. Jakobs	116
3.1. (<i>Segue</i>). Rilievi critici: l'impossibilità (logica prim'ancora che deontologica) di occultare la dimensione empirica della pena	123
4. Le teorie comunicative costruttiviste: l'annichilimento della dimensione empirica	127
4.1. Il costruttivismo normativo di C. Gómez-Jara Díez	127

	<i>pag.</i>
4.2. Il modello normativo inferenziale di G. Pérez Barberá	129
5. La funzione comunicativa della pena tra minaccia e applicazione: il parziale ritorno all'empiria in W. Frisch	132
6. La teoria comunicativo-discorsiva di K. Günther: comunicazione senza trattamento afflittivo	137

Capitolo IV

Implicazioni sistematiche e osservazioni conclusive

1. Un quadro parzialmente definito: inammissibilità delle teorie comunicative orientate alla norma, persistente ambiguità di quelle orientate alla persona	143
2. Una verifica sistemica	148
2.1. <i>Censure</i> e colpevolezza	148
2.1.1. Una simbiosi dubbia	149
2.1.2. Una sostituzione impossibile	152
2.2. <i>Censure</i> e proporzionalità	154
2.2.1. Le premesse concettuali alla luce delle teorie comunicative	155
2.2.2. I riflessi nella dottrina tedesca della commisurazione: <i>Tatproportionalität</i> e rischi per l'individualizzazione della pena	158
2.3. <i>Censure</i> e giustizia riparativa: atteggiamento complessivo delle teorie comunicative e posizione di Duff	163
2.3.1. Osservazioni critiche	167
3. Dalla "statica" della retribuzione alla "dinamica" della censura: un tentativo di dialogo	170
4. In conclusione: la riduzione della sofferenza come logica conseguenza della critica alle teorie espressive	173
 Bibliografia	 179

Nel concludere il presente lavoro, vorrei anzitutto rivolgere un ricordo al mio Maestro, il prof. Filippo Sgubbi, al cui profondo insegnamento non cessa di orientarsi la mia attività di ricerca.

Sono infinitamente grato al prof. Rocco Alagna per la sua vicinanza, oltre che per la lettura del manoscritto e per le preziose osservazioni che ne ha tratto.

Ringrazio il prof. Stefano Canestrari, la prof.ssa Désirée Fondaroli e il prof. Vittorio Manes per l'interesse dimostrato verso la mia ricerca e per le plurime occasioni di confronto presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Bologna. Ringrazio, inoltre, il prof. Matteo Leonida Mattheudakis per la sua generosa collaborazione e le acute riflessioni che accompagnano le nostre conversazioni.

Desidero altresì ringraziare la dott.ssa Elisabeth Martin, responsabile della biblioteca del Max-Planck Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht di Friburgo, per avermi permesso di accedere alla biblioteca, manifestando un'impagabile cortesia. Pari riconoscenza debbo alla Giappichelli Editore, nella persona del dott. Paolo Andreoli, per la cura dedicata alla pubblicazione e l'attenzione rivolta al suo autore.

Grazie, infine, a mio figlio Alessandro ed a mia moglie Johanna, per il loro supporto affettuoso e per le delizie della rinomata "Teekocherei".

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. CATANEI, *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.

enfaticamente o, al contrario, a sminuire il ruolo da assegnare alla punizione come “convenzione”⁵³.

4. La distinzione tra *censure* e *hard treatment* come elementi della pena: “perché non dirlo con i fiori?”

La descrizione della pena compiuta da Feinberg è oltremodo significativa, in primo luogo perché, per quanto evidenziato anche in altri contesti, il carattere di disapprovazione insito nella pena non è relegato a un connotato fattuale, ma testualmente ritenuto una “funzione” della pena: il che prelude ad un uso del concetto in chiave (non solo descrittiva, ma anche) giustificativa della pena. Su questo specifico punto, invero, la lettura di Feinberg non appare del tutto isolata, non mancando altri Autori (contemporanei di Feinberg) che, nella letteratura tedesca come in quella italiana, hanno colto un analogo tratto distintivo della pena, ma talvolta distinguendolo dai veri e propri “scopi” della stessa⁵⁴.

Con Feinberg, però, comincia a prospettarsi una distinzione concettuale diventata tipica per le teorie espressive, e sulla quale è necessario sin d’ora cominciare a riflettere. Si allude alla suddivisione, all’interno del concetto di pena, tra il momento della disapprovazione e quello della conseguenza afflittiva che ne segue.

La disapprovazione coincide, sostanzialmente, con una pubblica condanna ovvero con un atto di “censura” insito nella pena: nella letteratura successiva a Feinberg, a tale elemento ci si riferisce col termine “*censure*”; in ambito tedesco, esso viene reso sovente con “*Tadel*” (“biasimo”). A questo primo elemento si aggiunge il trattamento afflittivo, indicato quasi sempre in inglese con l’espressione “*hard treatment*” e tradotto in

⁵³ Sul ruolo controverso delle convenzioni indicate da Feinberg, nella discussione successiva, v. anche le riflessioni di G. FORNASARI, “Right to punishment” e *principi penalistici*, cit., p. 87 ss.

⁵⁴ Per la letteratura italiana, si veda il saggio, già richiamato, di G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze*, cit., p. 311. Per quella tedesca, v. W. GALLAS, *Gründe und Grenzen der Strafbarkeit* (1964), in ID., *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlin, 1968, pp. 5-6, che tuttavia impiega la classica distinzione tra “scopo” e “concetto” di pena e riferisce la funzione di disapprovazione del fatto solo al concetto di pena (sul significato della distinzione di Gallas, v. anche K. KÜHL, *Zum Missbilligungscharakter der Strafe*, cit., p. 154).

tedesco alla lettera con “*harte Behandlung*”, o reso talvolta col composto “*Übelzufügung*” (“inflizione di un male”).

Prim’ancora del rapporto che lega questi termini, è il loro intrinseco significato ad apparire non del tutto scontato.

Il trattamento afflittivo consiste nella diminuzione di un diritto o nella privazione di un bene di cui è titolare l’autore del reato: tipicamente, almeno negli ordinamenti contemporanei, nella privazione della libertà personale – o della stessa vita – o in una diminuzione permanente del patrimonio. La lesione di tali diritti può essere conseguenza anche di sanzioni di altro tipo (una sanzione pecuniaria amministrativa)⁵⁵ o non avere affatto una natura sanzionatoria (si pensi a un provvedimento di messa in quarantena).

Infatti, non esiste un livello di afflizione al di sotto del quale una determinata misura cessi di per sé di essere considerata “pena”. La stessa nozione di “sofferenza”, insita nell’*hard treatment* (e quindi nella nozione di pena), è soggetta a mutamenti evolutivi, come segnala il passaggio dalla pena corporale alla pena carceraria⁵⁶. L’elemento distintivo della pena andrebbe allora colto nel fatto che il trattamento afflittivo è imposto deliberatamente, cioè proprio perché si vuol far soffrire il condannato, al fine di rivolgere una critica nei suoi confronti; ed è altresì necessario che il condannato abbia contezza di ciò: solo in questo modo la sofferenza diviene un tratto non puramente contingente della sanzione penale⁵⁷.

È la censura allora – se ne potrebbe arguire⁵⁸ – ad attribuire alla sofferenza il carattere di “pena”, divenendo il segno principale di riconoscimento di questo tipo di sanzione.

In via di prima approssimazione, la censura può esser definita «come una sorta di critica o giudizio morale, proveniente da un’autorità, su ciò che un colpevole ha fatto»⁵⁹. Secondo eminenti esponenti delle teorie

⁵⁵ Cfr. P. NUVOLONE, voce *Pena*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 787.

⁵⁶ Cfr. I. PRIMORATZ, *Justifying Legal Punishment*, cit., pp. 1-2.

⁵⁷ Cfr., in termini critici, N. HANNA, *Say What? A Critique of Expressive Retributivism*, in *Law and Philosophy*, vol. 27(2), 2008, p. 123 ss.; sulla distinzione tra deliberata inflizione di un danno nella definizione di “pena” («intentional harm requirement») e inflizione di sofferenza («retributive requirement») si sofferma D. BOONIN, *The Problem of Punishment*, Cambridge, 2008, p. 13 ss.

⁵⁸ Sulla scia di J. FEINBERG, *The Expressive Function*, cit.; v. R. HAMEL, *Strafen als Sprechakt. Die Bedeutung der Strafe für das Opfer*, Berlin, 2008, p. 129.

⁵⁹ A.Y.K. LEE, *Defending a Communicative Theory of Punishment: The Relationship*

espressive, tale giudizio non è solo un connotato fattuale della pena, ma rappresenta un requisito essenziale di un trattamento, riservato al reo, *rispettoso della sua dignità di "agente morale"*. Al tempo stesso, questo elemento funge da solenne riconoscimento di un comportamento come "ingiusto", riconoscimento del quale beneficiano anche gli altri consociati, comprese le vittime⁶⁰. L'efficacia connotativa della censura va però relativizzata, poiché è possibile che il legislatore, prevedendo una pena per condotte moralmente neutre (*mala prohibita*), cerchi di sfruttare l'effetto stigmatizzante della pena per fatti che al massimo meriterebbero una sanzione amministrativa⁶¹.

Comincia comunque a delinearsi una possibile area di interferenza tra "censura" e "rimprovero", dunque tra censura e giudizio di colpevolezza (comprensivo di un rimprovero). È un'interferenza non agevolmente districabile per il penalista formatosi in ambienti culturali diversi da quelli anglosassoni (e, in parte, dal contesto tedesco), e sulla quale potremo tornare solo nell'ultima parte della nostra analisi⁶².

Per ora, segnaliamo come il primo risultato di questa scomposizione analitica della pena nei suddetti elementi è che l'entità dell'afflizione va rapportata all'entità della censura, in quanto, se la pena trasmette un rimprovero, deve essere logicamente proporzionata al grado di rimproverabilità della condotta⁶³. Da questo punto di vista, le teorie espressive (al pari delle teorie retributive) si presentano come meglio attrezzate a fondare il principio di proporzionalità della pena rispetto alle teorie consequenzialiste⁶⁴.

Va però evidenziato un altro aspetto: una volta distinti, censura e trat-

between Hard Treatment and Amends, in *Oxford Journ. of Legal Studies*, vol. 37(1), 2017, p. 219.

⁶⁰ Cfr. A. VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, Oxford, 1993, p. 9 ss.; C. BENNET, *Why Should We Argue for a Censure Theory of Punishment?*, in A. DU BOIS-PEDAIN, A.E. BOTTOMS (eds.), *Penal Censure: Engagements within and Beyond Desert Theory*, Oxford, 2019, p. 67 ss.

⁶¹ Su questo utilizzo della portata stigmatizzante del diritto penale, J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Tadel als public policy? Der strafrechtlicher Vorwurf und die Arten von Straftaten*, in *FS für C. Prittwitz*, Baden-Baden, 2023, p. 193 ss.; sul tema, inoltre, in generale, A. CADOPPI, *Il "reato penale"*, cit., *passim* e, con riferimento alla funzione espressiva della pena, p. 375 ss.

⁶² *Infra*, cap. IV § 2.1.

⁶³ A. VON HIRSCH, *Censure*, cit., p. 15 ss.; T. METZ, *Censure Theory and Intuitions about Punishment*, in *Law and Philosophy*, 19, 2000, p. 491 ss., spec. p. 510 ss.

⁶⁴ Il tema sarà oggetto di specifico approfondimento *infra*, cap. IV, § 2.2.

tamento afflittivo entrano in un rapporto tendenzialmente dialettico, perché dovranno ricevere ciascuno una propria giustificazione⁶⁵. Sulla natura di questo rapporto, che condiziona le rispettive giustificazioni, non esiste accordo tra gli esponenti delle diverse teorie espressive; anzi, le varie soluzioni approntate al riguardo costituiscono alle volte il principale elemento di discriminazione tra le teorie che passeremo in rassegna.

Si tratta di una questione che per le teorie retributive classiche non si poneva, ma che qui diventa di cruciale importanza: infatti, se si afferma che l'essenza della pena è costituita dal messaggio di pubblica censura, subito dopo bisognerà spiegare perché questo messaggio deve essere *necessariamente* accompagnato da un trattamento afflittivo. In altri termini: se è finanche intuitivo cogliere nella pena un elemento di biasimo, non è altrettanto agevole illustrare il motivo per cui quel biasimo debba essere espresso infliggendo sofferenza. È questa la principale difficoltà in cui si imbattono tutte le teorie espressive della pena e, al tempo stesso, la spiegazione di cui, in virtù della loro stessa struttura, divengono inevitabilmente debitorici.

Il problema – definito “problema dell’*hard treatment*”⁶⁶ – si affaccia già in Feinberg, ma prim’ancora fu colto da Hart nella sua critica della teoria denunciataria della pena⁶⁷. Spesso, però, esso viene ricordato tramite la “storica” e icastica obiezione mossa da Thomas Scanlon alle teorie espressive: «Sottolineare “la funzione espressiva della pena” ci aiuta a comprendere le nostre reazioni alla punizione di particolari tipi di persone, ma che ruolo ha, se ne ha uno, nella giustificazione della pena? Non sembra avere alcun ruolo positivo nel giustificare il trattamento afflittivo di chi è giudicato legalmente colpevole. Nella misura in cui è l’espressione il nostro scopo, potremmo benissimo “dirlo con i fiori” o, forse più appropriatamente, con delle erbacce»⁶⁸.

⁶⁵ Cfr. U. NARAYAN, *Appropriate Responses and Preventive Benefits: Justifying Censure and Hard Treatment in Legal Punishment*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1993, p. 166 ss.; H. KAISER, *Widerspruch und Harte Behandlung. Zur Rechtfertigung von Strafe*, Berlin, 1999, p. 167.

⁶⁶ «The problem of hard treatment»: A.Y.K. LEE, *Defending a Communicative Theory*, cit., p. 219 ss.

⁶⁷ H.L.A. HART, *Law, Liberty*, cit., p. 66: «The normal way in which moral condemnation is expressed is by words, and it is not clear, if denunciation is really what is required, why a solemn public statement or disapproval would not be the most “appropriate” or “emphatic” means of expressing this. Why should a denunciation take the form of punishment?».

⁶⁸ T.M. SCANLON, *The Significance of Choice*, The Tanner Lectures on Human Va-

Alla domanda provocatoria: “perché non dirlo con i fiori?”, una prima risposta rileva che il trattamento afflittivo è l’unico mezzo adeguato ad esprimere la censura, data l’insufficienza di un messaggio puramente verbale. L’evidente sommarietà di questa risposta⁶⁹ ha col tempo sollecitato la costruzione di modelli esplicativi alquanto sofisticati, che scopriremo strada facendo.

Assai schematicamente, lo sviluppo di questi modelli riproduce la seguente progressione.

Nello spiegare perché la condanna debba essere espressa attraverso l’inflizione di sofferenza (e proprio mediante taluni metodi storicamente consolidati di induzione della sofferenza), si è passati:

a) dal riscontro di un nesso puramente “naturalistico” tra alcuni sentimenti collettivi (rabbia, indignazione, odio *et similia*) e la loro manifestazione mediante la punizione (più o meno quanto constatavano i fautori della vecchia teoria denunciataria);

b) alla supposizione di un nesso “simbolico”, in base al quale la pena è un modo convenzionale di esprimere la condanna (Feinberg);

c) sino a ricostruire il legame tra censura e sofferenza in forza di una qualche teoria della società, secondo forme peculiari di costruttivismo normativo (è il processo avviato da Durkheim e giunto a compimento in alcune moderne versioni di teorie espressive)⁷⁰.

Per seguire e analizzare la suddetta progressione, è però necessario considerare che le teorie espressive più avanzate non vedono nella pena solo un mezzo “espressivo”, bensì un vero e proprio “atto comunicativo”; così facendo, esse evolvono in teorie (*espressivo-comunicative*) della pena.

lues, Oxford University, 1986, p. 214 (il testo è reperibile al link [www.https://tannerlectures.utah.edu/_resources/documents/a-to-z/s/scanlon%20significance%20of%20choice.pdf](https://tannerlectures.utah.edu/_resources/documents/a-to-z/s/scanlon%20significance%20of%20choice.pdf)).

⁶⁹ Già H.L.A. HART, *Law, Liberty*, cit., pp. 65-66, non esitò ad accostare questa presunta adeguatezza della pena ad esprimere condanna morale alla funzione assoluta dal sacrificio umano nel culto religioso.

⁷⁰ Questi passaggi sono anticipati nello scritto di A.J. SKILLEN, *How to Say Things with Walls*, in *Philosophy*, October 1980, vol. 55(214), p. 509 ss.; in particolare, riferendosi a Feinberg, Skillen scrive che la pena non si limita a “simbolizzare” una “ostilità punitiva”, ma la “incorpora” («Such practices *embody* punitive hostility, they do not merely “symbolize” it»: *ibidem*, p. 517, corsivo in originale). Alle teorie espressive facenti appello a forme di costruttivismo, presenti in area tedesca, si farà riferimento nel cap. III, *infra*.

5. Le teorie comunicative della pena come specie evoluta delle teorie espressive: loro ripartizione tra teorie “orientate alla persona” e teorie “orientate alla norma”

Una volta concepita la pena come “messaggio”, è possibile distinguere vari aspetti che caratterizzano la comunicazione di questo messaggio: chi lo emette, il tipo di trasmissione, il destinatario⁷¹. Sull'emittente e il tipo di trasmissione non è necessario indugiare in questa sede, essendo qui in discussione la pena in senso giuridico, dunque solo la pena statale, minacciata da una legge e irrogata da un giudice al termine di un processo. Ricco di implicazioni non trascurabili è invece il discorso sul tipo di destinatario, da cui in parte dipende anche il contenuto del messaggio.

Le teorie comunicative della pena rappresentano una sottoclasse di teorie espressive tendenti per l'appunto a valorizzare quest'ultimo aspetto⁷². La loro definizione corre, anzitutto, lungo il filo di una distinzione semantica tra “espressione” e “comunicazione”: se “esprimere” vuol dire semplicemente esternare un messaggio, “comunicare” significa indirizzarlo verso qualcuno⁷³. Ne segue la ripartizione tra due sottogruppi di teorie (espressive) della pena: le teorie espressive in senso stretto o “pure”, da un lato, e le teorie comunicative della pena, dall'altro lato.

Le teorie espressive pure si limitano ad osservare come la pena adempia una funzione espressiva, cioè serva ad esternare sentimenti di indignazione collettiva, a prescindere dalla necessità (e dalla capacità del messaggio) di attingere uno o più destinatari, ed a prescindere da una puntuale selezione dei destinatari.

Le teorie comunicative, per contro, pongono l'accento sulla funzione comunicativa della pena, ovvero sulla effettiva capacità della pena di vei-

⁷¹ Cfr. R. NOZICK, *Spiegazioni filosofiche*, Milano, 1987, p. 417 (trad. it. di *Philosophical Explanations*, 1981, a cura di G. Rigamonti). Il punto è ripreso e variamente problematizzato da altri Autori: ad es., B. WRINGE, *An Expressive Theory*, cit., p. 42 ss.

⁷² Cfr. R.A. DUFF, D GARLAND, *Introduction: Thinking about Punishment*, in R.A. DUFF, D. GARLAND (eds.), *A Reader on Punishment*, Oxford, 1994, p. 14 ss.; D. DOLINKO, *Punishment*, in J. DEIGH, D. DOLINKO (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford, 2011, p. 417 ss.; T. BROOKS, *Punishment*, cit., p. 120 ss.

⁷³ Cfr. R.A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, Oxford, 2001, p. 27; ID., *Punishment as Communication*, in <https://papers.ssrn.com>, 2022, p. 4 ss. Sulla differenza tra “espressione” e “comunicazione”, v. anche M. DAVIES, *Punishment as Language*, cit., pp. 316-317.

colare un messaggio nei confronti di uno o più destinatari determinati o determinabili.

I due (sotto-)gruppi di teorie condividono un requisito minimo: la pena contiene un messaggio che deve risultare quantomeno comprensibile⁷⁴. Tuttavia, le teorie espressive pure si disinteressano dell'identità del destinatario del messaggio e soprattutto della possibilità, a questi eventualmente concessa, di rispondervi; esse, in sostanza, concepiscono la punizione come una reazione unilaterale e diremmo, a questo punto, autoreferenziale.

Per contro, le teorie comunicative ambiscono a ricostruire i termini di un rapporto, che in alcuni casi è inteso quale vero e proprio dialogo, tra chi punisce e il destinatario della punizione o altro soggetto a cui rivolgere il messaggio insito nella pena⁷⁵. Da questo punto di vista, le teorie comunicative rappresentano non solo un sottoinsieme ma, in un certo senso, anche un'evoluzione delle teorie espressive.

Stando così le cose, bisogna anzitutto precisare che il titolo di questo libro si richiama alle “teorie espressive” della pena, come categoria onnicomprensiva, sia per comodità di sintesi, sia perché, almeno nella letteratura giuridico-penale, questa denominazione appare di uso più frequente. Resta però inteso che le teorie propriamente definibili “comunicative” occuperanno una parte cospicua della trattazione. Rinviando all'analisi successiva per un'esatta classificazione delle singole posizioni riconducibili all'uno o all'altro gruppo di teorie, è bene anticipare alcune tra le possibili partizioni riguardanti le (sole) teorie comunicative.

Le teorie comunicative tendono a distinguersi, al loro interno, in ragione del tipo di destinatario cui si ritiene il messaggio sia rivolto. Per “destinatari”, infatti, possono intendersi vari soggetti, non solo l'autore del reato. Tra le classificazioni proposte – non sempre costanti, tanto meno concordi – la più chiara distingue tra teorie comunicative orientate alla “norma” o alla “persona”⁷⁶.

Per le teorie *orientate alla norma* il messaggio recato dalla pena è indirizzato alla generalità dei consociati, intesa come insieme astratto e in-

⁷⁴ T. ZÜRCHER, *Legitimation*, cit., p. 128.

⁷⁵ T. BROOKS, *Punishment*, cit., p. 120.

⁷⁶ La distinzione risale a T. HÖRNLE, *Straftheorien*, 2. Aufl., Tübingen, 2017, p. 31 ss., che tuttavia parla di teorie “espressive” orientate alla norma o alla persona (“*normorientierte*” e “*personorientierte expressive Straftheorien*”), ma dopo aver definito le teorie “espressive” negli stessi termini in cui si definiscono le teorie “comunicative” della pena.

determinato di destinatari. In alcune ricostruzioni, tipiche del contesto angloamericano, questo messaggio è teso a confermare la persistente validità dei valori morali infranti dal reo; in ambito tedesco, la pena conferma la validità della norma violata. In entrambi i casi, ma in maniera molto più evidente nel secondo, la funzione espressivo-comunicativa della pena finisce per sovrapporsi alla prevenzione generale⁷⁷, intesa, nel quadro di un funzionalismo penale spinto, come stabilizzazione delle aspettative normative (Jakobs). Si tratterà allora di valutare se la chiave di lettura volta ad evidenziarne i tratti “comunicativi” aiuti a superare, o per contro metta in risalto, i problemi che gravano sul funzionalismo.

Per le teorie *orientate alla persona*, invece, il messaggio insito nella pena è rivolto ad uno o più destinatari concreti. Secondo alcune impostazioni, il destinatario del messaggio è anzitutto o soltanto il condannato (così, rispettivamente, von Hirsch e Duff). Altri, invece, evidenziano che, almeno in certi tipi di reato, il messaggio deve soddisfare anche, se non in primo luogo, le *aspettative della vittima* (Hampton, Hörnle). Ognuna di queste posizioni presenta inconvenienti di cui diremo. In via preliminare, va evidenziato che, nella misura in cui la comunicazione si carichi di ulteriori contenuti – per esempio, se con essa ci si propone non solo di mostrare quanto sia ingiusto il fatto commesso, ma anche di recuperare moralmente il colpevole⁷⁸ –, la teoria comunicativa si arricchisce di contenuti teleologici⁷⁹, finendo per collocarsi ad una incerta distanza sia dalle teorie retributive sia da quelle consenzialiste (v. meglio *infra*, § 9).

Inoltre, le teorie comunicative orientate alla persona non sono prive di una certa ambivalenza. Con riguardo alle teorie orientate al reo, inquadrare il rapporto punitivo in una forma di comunicazione, o addirittura di dialogo, è sì finalizzato ad accrescere il tasso di umanità delle pene, in

⁷⁷ La presenza di elementi espressivi-comunicativi è del resto già segnalata nelle trattazioni classiche del tema: è quel «giudizio di disapprovazione sociale nei confronti di quel particolare atto», accanto (o oltre) alla intimidazione, evidenziato da J. ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, della irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in M. ROMANO, F. STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 33.

⁷⁸ È questo, in origine, il fine assegnato alla pena dalle prime teorie comunicative: per una ricostruzione critica, v. D. DOLINKO, *Punishment*, cit., p. 418 ss.

⁷⁹ Ciò spiega il termine «retributivismo teleologico», altrimenti difficilmente comprensibile, utilizzato da R. NOZICK, *Spiegazioni*, cit., p. 418. Sulla terminologia impiegata da Nozick e sul suo apporto alla nascita delle teorie espressivo-comunicative, v. C.L. TEN, *Crime, Guilt, and Punishment*, cit., p. 42 ss.

quanto il reo non è considerato mero soggetto passivo, ma in qualche modo un attore della comunicazione⁸⁰. Ma se il soggetto punito si mostra refrattario al messaggio, l'intera costruzione rischia di tradursi in una maschera grottesca da apporre al volto irrimediabilmente autoritario della pena.

6. Padri nobili: G.W.F. Hegel precursore delle teorie comunicative

Il passaggio dall'espressivismo puro alle teorie espressive di tipo comunicativo è costellato da richiami ad alcune teorie del passato. Frequente è il ricorso all'autorità di Kant e di Hegel: se il rinvio al primo attiene soprattutto all'imperativo categorico per il quale l'uomo è un fine in se stesso – principio che viene agitato contro ogni forma di utilitarismo penale⁸¹ –, più profondo è il nesso con Hegel, che in un certo senso viene considerato un precursore delle teorie espressive⁸².

Naturalmente, sarebbe fuori dalla portata del presente lavoro ripercorrere per intero la *Straflehre* hegeliana, tanto complessa e suscettibile di diverse interpretazioni, sia pure all'unico scopo di trarne la conferma di quest'ultima affermazione. Limiteremo piuttosto la trattazione ai soli punti in grado di contribuire a far luce su come, dalla rudimentale intuizione della pena come "espressione", si possa giungere ad una *teoria comunicativa* della pena.

⁸⁰ Cfr. E. NAHMIAS, E. AHARONI, *Communicative Theories of Punishment and the Impact of Apology*, in C. SURPRENANT (ed.), *Rethinking Punishment in the Era of Mass Incarceration*, New York, 2017, p. 144 ss. Questo aspetto viene segnalato anche in chiave critica, ad esempio, da V. TADROS, *The Ends of Harms. The Moral Foundations of Criminal Law*, Oxford, 2011, p. 88 ss.

⁸¹ È «la "parte nobile" del pensiero dei padri della retribuzione», cui in premessa si ispira ogni neoretribuzionismo (L. EUSEBI, *La pena "in crisi"*, Brescia, 1990, p. 67).

⁸² Per questa lettura, D. DEMKO, *Hegels Straftheorie im Lichte gegenwärtiger expressiver Straftheorien*, in M. KUBICIEL, M. PAWLIK, K. SEELMANN (Hrsg.), *Hegels Erben? Strafrechtliche Hegelianer vom 19. bis zum 21. Jahrhundert*, Tübingen, 2017, p. 277 ss.; sul punto, v. anche B. FEJOO SÁNCHEZ, *La estabilización normativa como fin de la pena: ¿puro teatro?*, in *Estudios de derecho penal. Homenaje al Profesor S. Mir Puig*, Montevideo-Buenos Aires, 2017, p. 313; diffusamente, inoltre, K. PETERS, *Strafe als Kommunikation. Zur Aktualität der Straftheorie G.W.F. Hegels*, Tübingen, 2024.

Notoriamente, Hegel affronta in primo luogo la questione del rapporto tra diritto, delitto e pena sulla scorta della sua dialettica triadica: il diritto è tesi, il delitto antitesi, la pena sintesi⁸³. Nella parte della *Rechtsphilosophie* dedicata al diritto astratto (l'unica parte che qui ci interessa, ma che non esaurisce affatto il suo pensiero sulla pena)⁸⁴, Hegel ritiene di emancipare la retribuzione dallo *ius talionis*, sostenendo che la pena è una riconferma del diritto, mediante la negazione del delitto, il quale è a sua volta negazione del diritto⁸⁵. La tesi fa leva essenzialmente sul valore simbolico e del delitto e della pena⁸⁶.

Il delitto, come lesione del diritto, deriva dall'affermazione della volontà particolare del reo, nella quale è ravvisata l'"esistenza esteriore" del delitto⁸⁷. Questa "affermazione" di volontà, pur avendo evidenza esteriore, non può attaccare la «volontà essente in sé (il diritto e la legge in sé)», perché quest'ultima «è piuttosto ciò che esteriormente non esiste e per tanto non può essere leso»⁸⁸. Per cui, la volontà particolare del reo – e quindi il delitto – è in realtà una negazione, è «in sé nulla»⁸⁹. La pena rimuove la lesione del diritto prodotta dalla volontà particolare del reo, cioè dal delitto, «che altrimenti varrebbe»: vale a dire, che altrimenti avrebbe una esistenza generale⁹⁰. Essendo ciò che viene rimosso in sé "negativo", la pena è «negazione della negazione»⁹¹.

In evidente analogia con le teorie espressive, dunque, Hegel prende in considerazione il delitto non nella sua consistenza empirica (nella sua

⁸³ Cfr. M.A. CATTANEO, *Sulla filosofia penale di Kant e di Hegel*, in L. EUSEBI (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989, p. 130.

⁸⁴ Per una lettura organica delle varie parti dell'opera, dalla quale per altro emerge una critica alla tradizionale immagine di Hegel quale sostenitore (esclusivamente) di una teoria retributiva della pena, si rinvia a S. MOCCIA, *Le teorie penali pure nel pensiero tedesco*, Napoli, 2023, p. 253 ss.

⁸⁵ Cfr. G. MOHR, *Unrecht und Strafe*, in L. SIEP (Hrsg.), *G.W.F. Hegel: Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 4. Aufl., Berlin-Boston, 2017, p. 83.

⁸⁶ Cfr. D. DEMKO, *Hegels Straftheorie*, cit., p. 280 ss.

⁸⁷ Cfr. G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, in ID., *Werke*, 7. Band, 15. Aufl., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2017, § 97, p. 185.

⁸⁸ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien*, cit., § 99, p. 187.

⁸⁹ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien*, cit., § 97, p. 185.

⁹⁰ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien*, cit., § 99, p. 187 ed ivi l'annotazione a mano di Hegel riportata in questa edizione.

⁹¹ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien*, cit., *Zusatz* § 97, p. 186.

“esistenza esteriore”), bensì nella sua dimensione simbolica, ossia come espressione della volontà particolare del reo (contrapposta al diritto), che “significa qualcosa”; per questo egli parla di “esternazione del delitto” (in sé nulla)⁹². Egualmente, la reazione si produce su un piano simbolico: la pena rimuove una volontà che “altrimenti varrebbe”; è la “manifestazione”⁹³ della negatività insita in quella affermazione; e con ciò essa è “il ripristino del diritto”⁹⁴.

In questo modo, Hegel può opporsi alle teorie della deterrenza sue contemporanee (in specie a quella di Feuerbach), tacciandole di ingenuo psicologismo, e ad un tempo può controbattere alla censura di irrazionalità incombente sulla retribuzione, se vista come “male contro male”⁹⁵. Difatti, il baricentro della tesi hegeliana non è il male in senso empirico, su cui superficialmente – a detta di Hegel⁹⁶ – si soffermavano le dottrine penali del suo tempo, ma il male come lesione del diritto, che non ha né può avere “esistenza esteriore”. La pena come “negazione della negazione”, pur coincidendo con una retribuzione (*Wiedervergeltung*)⁹⁷, assume allora il significato pienamente razionale di riaffermazione del diritto.

Questo modo di proiettare la retribuzione in un piano simbolico-comunicativo è prossimo a quello delle teorie comunicative orientate alla norma, per le quali la pena è una riconferma del diritto socialmente strutturata⁹⁸. In Germania, Carl Ludwig von Bar prese spunto proprio da Hegel per delineare una teoria della pena come “riprovazione morale” (*sittliche Missbilligung*), con la quale lo Stato preserva la costituzione morale della società⁹⁹. Abbiamo visto come una simile prospettiva sia

⁹² «Äußerung des Verbrechens», viene detto nel *Zusatz* al § 97 cit.

⁹³ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien*, cit., § 97, p. 185.

⁹⁴ «[...] die Wiederherstellung des Rechts»: G.W.F. HEGEL, *Grundlinien*, cit., § 99, p. 187.

⁹⁵ Per un commento aggiornato degli argomenti di Hegel, si veda S. STÜBINGER, *Der Vergeltungsgedanke bei Hegel und in der aktuellen Diskussion*, in K. VIEWEG ET AL. (Hrsg.), *200 Jahre Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 2022, p. 105 ss., spec. p. 115 ss.

⁹⁶ Cfr. G.W.F. HEGEL, *Grundlinien*, cit., § 99, p. 187 ss.

⁹⁷ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien*, cit., § 101, p. 192.

⁹⁸ Cfr., con ulteriori riferimenti, K. PETERS, *Strafe als Kommunikation*, cit., p. 38 ss.

⁹⁹ C.L. VON BAR, *Handbuch des Deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien. Erster Band: Geschichte des Deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, Berlin, 1882, p. 311 ss.

presente anche in Durkheim¹⁰⁰. Le due prospettive (Hegel e il pensiero sociologico, in particolare il funzionalismo di Luhmann, che in certa misura ripropone gli assunti di Durkheim) si ritroveranno riunite nelle odierne teorie comunicative orientate alla norma, che insistono sulla relazione simbolica tra i rispettivi significati di “reato” e di “pena”¹⁰¹.

La matrice teorica hegeliana è invece insufficiente a supportare le teorie comunicative orientate alla persona (del reo come della vittima), per l'evidente ragione che in Hegel prevale un fondamento giustificativo di tipo oggettivo della pena. Non solo la volontà particolare del reo ma anche quella della vittima è destinata a cedere alla volontà generale, la qual cosa è dimostrata dalla differenza tra pena e vendetta: quest'ultima, dice Hegel, «secondo il suo *contenuto* è giusta, fintanto che è retribuzione. Ma secondo la *forma* è l'azione di una volontà *soggettiva* [...]», come tale destinata a perpetrarsi all'infinito come nuova violazione¹⁰².

Semmai un fondamento anche soggettivo della pena può essere colto nella controversa affermazione per cui la pena costituisce un “diritto” del reo, sul presupposto che il reato sia espressione di un essere razionale che, nel momento in cui agisce, si comporta come legislatore di sé stesso; se si vuole “onorare” questa essenza razionale, la pena spetta al reo come suo diritto soggettivo. La tesi è in sé paradossale¹⁰³, ma viene tuttora evocata, nel contesto delle teorie espressive, congiuntamente all'altra affermazione di Hegel per cui questo “onore” verrebbe negato, ove si accogliesse il punto di vista della teoria della coazione psicologica, nel qual caso il reo sarebbe trattato come un animale pericoloso da ammansire con la pena¹⁰⁴. In realtà, non si vede perché il divieto di strumentalizzazione,

¹⁰⁰ Sul legame tra Hegel, von Bar e Durkheim, V. DE FRANCESCO, *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, in *Scritti in onore di A.M. Stile*, Napoli, 2013, p. 69.

¹⁰¹ J. KLEINFELD, *Reconstructivism: The Place of Criminal Law in Ethical Life*, in *Harvard Law Review*, vol. 129(6), 2016, p. 1485 ss., spec. p. 1504 ss., che chiama “ricostruttivismo” tale assunto teorico. In area tedesca, v. la teoria comunicativa di G. Jakobs, *infra*, cap. III, § 3.

¹⁰² G.W.F. HEGEL, *Grundlinien*, cit., § 102, p. 196 (corsivi nel testo originale).

¹⁰³ M.A. CATTANEO, *Sulla filosofia penale di Kant e di Hegel*, cit., p. 133 ss.; per una diversa spiegazione, in difesa dell'assunto di Hegel, v. invece F. D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, 5ª ed., Torino, 1999, p. 115 ss.

¹⁰⁴ L'affermazione fa il paio con l'altra, celebre, per cui ricorrere alla deterrenza sarebbe come agitare il bastone contro un cane (*Grundlinien*, cit., § 99); è significativo che von Hirsch si richiami ad un paragone simile, scrivendo che una sanzione incapace di esprimere “censura” tratterebbe i criminali (o i potenziali criminali) come le tigri in un

insisto in quest'ultima affermazione, debba *presupporre* un improbabile diritto del reo alla punizione, pur potendo perfettamente prescindere. Il rispetto dell'uomo come agente morale è garantito dal diritto a un processo, non alla pena¹⁰⁵.

6.1. (Segue). L'apporto di P.F. Strawson: la comunicazione intersoggettiva delle emozioni retributive

Al di là del riferimento ad un preteso diritto alla pena (che rischia di essere o puramente retorico o fuorviante), le teorie comunicative orientate alla persona non possono trarre da Hegel alcun reale sostegno per effettuare il passaggio, per esse vitale, da una dimensione collettiva della punizione a una concezione della pena come comunicazione a persone determinate. Tanto più che, se si ritiene che la reazione punitiva sia espressione di sentimenti (indignazione, rabbia, ecc.), una loro diretta trasposizione in una sanzione giuridica, senza ulteriori filtri argomentativi, cancellerebbe lo sforzo compiuto da Hegel per passare dalla vendetta alla retribuzione giuridica, infrangendo il divieto di desumere il "dover essere" dall'"essere"¹⁰⁶.

Il supporto teoretico di cui necessitano le teorie comunicative orientate alla persona giunge invero da un Autore molto distante (non solo nel tempo e nello spazio) da Hegel. Si allude a Peter Frederik Strawson, filosofo analitico inglese del secolo scorso, e in particolare ad un suo breve ma assai influente saggio su "libertà e risentimento"¹⁰⁷. L'obiettivo di questo saggio era dimostrare come l'attribuzione di responsabilità – anzitutto morale – e l'eventuale inflizione di una sanzione siano pratiche giustificabili, a prescindere da ciò che si pensi sul problema del libero arbitrio.

Secondo Strawson, infatti, tali pratiche dipendono dalla struttura delle

circo (A. VON HIRSCH, *Censure*, cit., p. 11). Sulle differenze che caratterizzano il pensiero di Hegel da quello di von Hirsch, che sul punto si rifà a Strawson (v. *infra* nel testo § 6.1), si sofferma K. SEELMANN, *Does Punishment Honour the Offender?*, in A.P. SIMESTER, A. DU BOIS-PEDAIN, U. NEUMANN (eds.), *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*, London, 2004, p. 111 ss.

¹⁰⁵ Si veda, nel quadro di un'ampia revisione della questione, N. CAMPAGNA, *Das Recht auf Strafe als Voraussetzung der Menschenwürde?*, in *FS für C. Joerden*, 2023, pp. 55-56.

¹⁰⁶ Cfr. D. DEMKO, *Hegels Straftheorie*, cit., p. 296 ss.

¹⁰⁷ P.F. STRAWSON, *Freedom and Resentment* (1962), in ID., *Freedom and Resentment and Other Essays*, London-New York, ed. 2008, p. 1 ss.

nostre relazioni intersoggettive e, più in particolare, dalla presenza di alcune reazioni emotive oggettivamente riscontrabili nel modo in cui ci relazioniamo agli altri. Nelle nostre interazioni quotidiane sono constatabili veri e propri “atteggiamenti reattivi” (*reactive attitudes*), corrispondenti a ciò che normalmente associamo ad emozioni quali, tra le altre, la gratitudine, il risentimento e il perdono. Gli atteggiamenti reattivi, che Strawson suddivide in personali, indiretti e riflessi, sono alla base di aspettative comportamentali, delle quali è intessuta la nostra socialità¹⁰⁸.

Lasciando da parte gli atteggiamenti riflessi, che riguardano il nostro rapporto con noi stessi, è importante cogliere il legame tra atteggiamenti personali e indiretti. L'atteggiamento personale corrisponde al risentimento che proviamo quando siamo vittime di certi comportamenti. L'atteggiamento reattivo indiretto è invece ciò che proviamo (non quando siamo vittime, ma) nella veste di *osservatori* di azioni che riguardano altri; questo atteggiamento, detto indignazione, è alla base dell'attribuzione della responsabilità morale, il cui funzionamento, proprio perché governato da atteggiamenti reattivi, prescinde da una concezione libertaria o deterministica della realtà.

Attraverso questo interscambio tra prospettive personale/indiretta, Strawson spiega come gli atteggiamenti reattivi siano generalizzabili. Ed è a questa spiegazione che alcuni esponenti delle teorie espressive si rifanno, per giustificare il passaggio dalla reazione individuale della vittima ad una reazione collettiva, “espressa” dalla comunità tramite l'inflizione di una pena¹⁰⁹.

Senonché, per quanto suggestiva, la tesi di Strawson non è di per sé sufficiente a fondare una teoria della pena. L'intero ragionamento, infatti, si presenta come una descrizione di come alcuni atteggiamenti soggettivi siano convogliati in meccanismi che ne consentono la trasmissione intersoggettiva. La descrizione pare coerente con gli studi sui rapporti tra emozioni e punizione, nei quali, in sintesi, si mette in luce il passaggio delle c.d. emozioni retributive da una dimensione biologica ad una sociologica¹¹⁰. Ma, anche ammesso che sia corretta, la descrizione non è anco-

¹⁰⁸ P.F. STRAWSON, *Freedom and Resentment*, cit., p. 7 ss.

¹⁰⁹ In questi termini, K. GÜNTHER, *Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe*, in *FS für K. Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, pp. 216-217.

¹¹⁰ J.L. MACKIE, *Morality and the Retributive Emotions*, in *Criminal Justice Ethics*, 1/1982, p. 3 ss.; il tema è stato criticamente ripercorso, alla luce delle teorie espressive, da P. KÖNIGS, *The Expressivist Account of Punishment, Retribution, and the Emotions*, in *Ethical Theory and Moral Practice*, vol. 16(5), 2013, p. 1029 ss.

ra una giustificazione della risposta punitiva: cosa ci autorizza (cosa autorizza una comunità e/o uno Stato) a considerare “giuste” quelle reazioni emotive, poste alla base degli “atteggiamenti reattivi”, cui corrispondono, in ultima istanza, rabbia e indignazione collettive? E perché uno Stato dovrebbe assecondarle, e non neutralizzarle o almeno lavorare per ridurle? ¹¹¹

In fondo, che il retribuzionismo sia un atteggiamento socialmente condiviso, non vuol dire che esso sia socialmente desiderabile; anzi, proprio perché diffuso, dovrebbe stimolare meccanismi istituzionali di contenimento. Com'è stato efficacemente osservato, infatti, l'impulso ad assecondare le emozioni punitive ha l'effetto di accrescere l'ostilità tra le persone, poiché la marginalizzazione continua di alcuni individui accresce l'ansia, e non la sicurezza, del resto della società; si attiverebbe, in tal modo, una «solidarietà ostile» destinata ad auto-perpetrarsi ¹¹².

Il saggio di Strawson non affronta tali questioni, limitandosi a constatare esistenza e condivisione sociale di determinati atteggiamenti, senza offrire un vero e proprio criterio per distinguere quelli “giusti” da quelli “errati”, e senza considerare che questo giudizio muta col mutare della cultura ¹¹³. La sua tesi, quindi, non può avere una pretesa normativa, non bastando ciò a giustificare l'inflizione di una pena e, più in generale, l'istituzione di un sistema penale, almeno nella sua consueta veste retributiva ¹¹⁴.

¹¹¹ Si ricordi la replica lapidaria di Franz Exner a quanti sostenevano che il fondamento della pena è ravvisabile nei bisogni retributivi presenti nella popolazione: «Il bisogno di retribuzione della popolazione non collima dunque con l'esigenza punitiva dello stato. [...] Bisognerebbe prima motivare perché lo Stato, che non riesce a garantire ai suoi cittadini “il diritto all'esistenza”, dovrebbe spendere milioni e occupare migliaia di impiegati per venire incontro al loro bisogno di retribuzione» (F. EXNER, *La funzione di tutela e la funzione retributiva della pena* (1914), in *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, cit., p. 19). Per una difesa del fondamento intrapsichico del retribuzionismo, nella nostra dottrina, v. invece E. MORSELLI, *La prevenzione generale integrante nella moderna prospettiva retribuzionistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 43 ss., spec. p. 63 ss.

¹¹² A. CHAMBERLAIN, H. CARVALHO, *The Emotional Aims of Punishment*, in C. PACHARALAMBOUS (ed.), *The Aims of Punishment. Theoretical, International and Law Comparative Approaches*, Athen-Baden Baden, 2020, p. 53 ss.

¹¹³ S.F. MAGNI, *Responsabilità, merito e conseguenze*, in *Riv. filosofia*, 3/2018, p. 468.

¹¹⁴ Fondamentale, al riguardo, la lettura di M.C. NUSSBAUM, *Rabbia e perdono. La generosità come giustizia*, Bologna, 2017, p. 31 ss. (trad. it. di *Anger and Forgiveness. Resentment, Generosity, Justice*, 2016), cui si rinvia per un'analisi critica degli atteggiamenti

Discende da quanto detto che, quando è ripresa nel contesto delle teorie della pena, la tesi di Strawson rischia di nascondere un presupposto meramente intuizionistico di matrice retribuzionista; nel contesto delle teorie comunicative – cioè di teorie più strutturate del retribuzionismo puro – si riscontra una ulteriore e più soffusa criticità. Poiché gli atteggiamenti reattivi vengono in considerazione dal punto di vista di un osservatore esterno, non in base all'esperienza di chi vive in prima persona le emozioni retributive, a ben guardare, il ricorso alla tesi di Strawson può condurre a risultati non dissimili da quelli prospettati dal funzionalismo sociologico¹¹⁵: in entrambi i casi, in fondo, ciò che rileva è un'aspettativa sociale di “reazione”, fondata sulla fiducia¹¹⁶; così che il punto di vista della società finisce col prevalere su quello dell'individuo.

Se e quanto questa impressione risulterà fondata, lo constateremo all'esito della nostra indagine. Vorremmo ora passare ad illustrare come la funzione espressiva della pena, senza un approfondimento critico di tipo teorico, che tenga conto dei rischi qui accennati, possa prestarsi ad un uso puramente retorico e strumentale.

7. Espressivismo descrittivo e normativo, in bilico tra teoria e prassi

Come anticipato¹¹⁷, ogni teoria della pena deve tenere conto della distinzione tra piano della definizione e piano della giustificazione, ossia tra individuazione degli elementi definatori della pena e sviluppo di argomenti volti a giustificare la pratica della punizione. Le teorie espressive non fanno eccezione, anzi vanno incontro a specifiche difficoltà.

menti reattivi incentrati sulla “rabbia” (*anger*), dei quali si mostra il possibile impiego a scopo non più retributivo.

¹¹⁵ Per un parallelo tra la tesi di Strawson e il funzionalismo di Luhmann, v. R. HAMEL, *Strafen als Sprechakt*, cit., p. 96 ss.; sulla dimensione sociale degli atteggiamenti reattivi, basata sulla fiducia, insiste M. GALLETI, *Reciprocità e connessione. Responsabilità morale, relazioni, emozioni*, in *Psiche*, 1/2021, p. 61 ss.

¹¹⁶ Da questo punto di vista, le teorie della prevenzione generale positiva e il neoretribuzionismo sono accomunati dal ricorso alle emozioni collettive come fondamento della pena: il punto è segnalato da M. PAVARINI, *Il “grottesco” della penologia contemporanea*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, 2002, pp. 281-282.

¹¹⁷ *Supra*, § 1.

È difficile negare che la pena *di fatto* assolve anche una funzione espressiva; tuttavia, perché possa parlarsi di “teoria” espressiva della pena, la funzione espressiva deve assurgere ad elemento fondamentale – o almeno a uno degli elementi fondamentali – dell’asserita giustificazione teorica. Limitarsi a richiamare quell’elemento nel quadro di una spiegazione più ampia oppure di una descrizione delle (varie) funzioni della pena, può non bastare a qualificare una certa ricostruzione come “teoria espressiva”.

In linea con tale premessa, si è distinto tra espressivismo “definitorio”, consistente nel ricorso alla funzione espressiva per spiegare ciò che la pena è, ed espressivismo “giustificatorio”, quale atteggiamento teorico volto a spiegare come la funzione espressiva possa svolgere un ruolo nel giustificare i sistemi penali vigenti¹¹⁸. Affine a tale distinzione è quella tra espressivismo “descrittivo” ed espressivismo “normativo”¹¹⁹, intendendosi col primo concetto la generica presa in considerazione della funzione espressiva come elemento definitorio della pena, con il secondo l’immissione di tale funzione in un apparato esplicativo finalizzato a legittimare la pena.

Senza nulla togliere alla plausibilità ed alla utilità delle suddette classificazioni, occorre però ribadire che, quando si prende in considerazione la funzione espressiva della pena, il passaggio da un piano definitorio/descrittivo ad uno giustificativo/normativo può rivelarsi alquanto insidioso.

Si consideri che lo scritto di Feinberg del 1965, come visto, rappresentò un tentativo di riformulare la definizione di pena, con il quale l’Autore suggerì (non una teoria, ma) la correzione di uno dei presupposti (qual è la definizione di pena) da cui muove una teoria della pena, cercando di evidenziare una lacuna delle teorie retributive. A ragione, per tanto, la ricostruzione di Feinberg può essere intesa come una forma di espressionismo definitorio o descrittivo¹²⁰. Eppure la (ri-)definizione del concetto di pena suggerita da Feinberg, non solo ha costituito terreno fertile per una riflessione teorica coltivata sino ad oggi da altri studiosi, ma conferma in modo paradigmatico quanto sia complessa l’interazione tra definizione e giustificazione della pena: arricchita della funzione espressiva, la defini-

¹¹⁸ B. WRINGE, *Expressive Theories of Punishment*, in M.C. ALTMAN (ed.), *The Palgrave Handbook on the Philosophy of Punishment*, Ellensburg, 2023, p. 245 ss.

¹¹⁹ T. ZÜRCHER, *Legitimation von Strafe*, cit., p. 128 ss.

¹²⁰ I. PRIMORATZ, *Punishment as Language*, cit., p. 188.

zione rivista da Feinberg ha riflessi sistematici immediati, potendo fungere da ausilio per la distinzione tra sanzione penale e altri tipi di sanzioni, afflittive ma prive di elementi di disapprovazione (per esempio, le sanzioni amministrative stradali).

Se ci si avvale della funzione espressiva in chiave puramente descrittiva, il concetto può risultare utile a smascherare la natura sostanzialmente penale di sanzioni formalmente qualificate in modo diverso, ossia a svelare una “truffa delle etichette”.

Non a caso, la lettura di Feinberg viene richiamata a margine degli sviluppi della giurisprudenza della Corte EDU, nei casi in cui la qualificazione della sanzione sia in bilico tra natura amministrativa e penale. Come noto, a tal riguardo la Corte non arretra innanzi alla qualificazione formale attribuita alla sanzione dal singolo Stato, ma si riserva di verificarne la natura sostanziale in base ai c.d. criteri Engel¹²¹. Anche là dove il livello di severità della misura (che pure figura tra i criteri Engel) non sia dirimente (come può accadere nel caso di una sanzione pecuniaria), è la portata “stigmatizzante” della misura, connessa alle modalità di accertamento, a contraddistinguere la nozione di “pena”, e quindi la “materia penale” in ambito CEDU, con la conseguente necessità di una imputazione colpevole: perché è la natura stessa di tale sanzione ad imporre che il destinatario sia a conoscenza del motivo per cui viene punito¹²².

Il discorso cambia, se la funzione espressiva viene accostata agli scopi della pena in chiave *fondativa*.

L'esempio lampante di passaggio – disinvolto – da un espressivismo descrittivo ad uno fondativo è offerto dalla giustizia penale internazionale. La necessità di evidenziare la gravità dei crimini ivi considerati, e di conseguenza di stigmatizzarne l'autore e manifestare solidarietà alle vittime, è un fattore che trova riscontro anzitutto nella giurisprudenza penale internazionale¹²³. In sede teorica, le difficoltà di adattamento delle teorie

¹²¹ Per un'applicazione interna, significativa Corte cost., sent. n. 68/2021.

¹²² Tale lettura si deve a F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, p. 56 ss., cui si rinvia per i riferimenti alla giurisprudenza della Corte EDU. Sui nessi tra giurisprudenza CEDU sulla “materia penale” e funzione espressiva del diritto penale, nell'ottica di una strategia riduzionista (o comunque selettiva) del penale, v. A. CADOPPI, *Il “reato penale”*, cit., p. 361 ss.

¹²³ Cfr., anche per i riferimenti giurisprudenziali, E. FRONZA, *Le sanzioni*, in E. AMATI ET ALT., *Introduzione al diritto penale internazionale*, 3^a ed., Torino, 2016, pp. 268-269; A. EPIK, *Die Strafzumessung bei Taten nach dem Völkerstrafgesetzbuch*, Tübingen,

penali classiche (sviluppate per gli ordinamenti nazionali), come pure l'accentuato pragmatismo del settore, hanno addirittura sollecitato una lettura in chiave espressivo-comunicativa, non solo della pena, ma dell'intero sistema di giustizia penale internazionale, visto, in sintesi, come una istituzione "comunicativa"¹²⁴. In effetti, la funzione espressivo-comunicativa della pena ben si presta a ricomprendere i macroscopici obiettivi che si suole attribuire alla giurisprudenza penale in questo settore (difesa dei valori fondamentali della comunità internazionale, dei diritti umani, della pace, della memoria, della storia, della verità, ecc.); obiettivi che paiono più propriamente oggetto di *comunicazione* che di *realizzazione* (o, se si vuole, la cui mera comunicazione è vista, di fatto, come loro realizzazione).

Si è, per tanto, giustamente segnalata una torsione in chiave simbolica del diritto penale internazionale, che potrebbe avere effetti negativi anche sul sistema della responsabilità¹²⁵. In ragione del suo ampio spettro esplicativo, non è del resto agevole soppesare gli effetti di una ricostruzione legittimante in chiave espressiva in questo campo: la funzione espressivo-comunicativa della pena viene difatti invocata a supporto di tutte le forme e gli esiti della giustizia penale internazionale, dalle manifestazioni accentuatamente punitive, tra le quali un controverso diritto delle vittime alla punizione, alle forme alternative di gestione dei conflitti e di giustizia di transizione¹²⁶.

Effetti chiaramente distorsivi dell'espressivismo legittimante cominciano a notarsi, non appena si passi dal diritto internazionale al diritto penale di alcuni ordinamenti nazionali.

Vediamo alcuni esempi.

2017, p. 149 ss. In argomento, inoltre, L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello Statuto della Corte penale internazionale*, Torino, 2009.

¹²⁴ È questo il filo conduttore della documentatissima ricerca di C. STAHN, *Justice as Message. Expressivist Foundations of International Criminal Justice*, Oxford, 2020.

¹²⁵ Rivolge la propria attenzione critica a questi aspetti E. FRONZA, *Le sanzioni*, cit., p. 269, rilevando come il messaggio della giustizia internazionale sembri rivolto "al mondo intero" (cioè alle opinioni pubbliche mondiali), più che a destinatari determinati (a partire dagli autori dei reati).

¹²⁶ C. STAHN, *Justice as Message*, cit., p. 324 ss. Per un'applicazione delle teorie espressive al diritto penale internazionale, v. anche A. WERKMEISTER, *Straftheorien im Völkerstrafrecht*, Baden-Baden, 2014, p. 272 ss.

7.1. Espressivismo latente: la giurisprudenza costituzionale tedesca sul diritto della vittima alla persecuzione di gravi reati

Come noto, la Corte EDU riconosce un diritto della vittima di gravi reati alla effettiva persecuzione degli stessi, desumendolo dagli obblighi positivi di tutela della vittima incombenti sugli Stati membri. In alcuni casi, ci si è spinti, in base a tale diritto, a condannare lo Stato in ragione dell'eccessiva mitezza della pena irrogata¹²⁷. Ma la Corte EDU si astiene dal collegare direttamente questo diritto della vittima a una determinata finalità o addirittura a una teoria della pena¹²⁸.

Pur collocandosi in scia alla giurisprudenza di Strasburgo, il *Bundesverfassungsgericht* tedesco – che comunque, in linea generale, persiste anch'esso nel non prendere esplicita posizione sugli scopi della pena – si è spinto oltre¹²⁹. In alcune pronunce, nelle quali si sostiene un diritto della vittima alla effettiva persecuzione di alcuni gravi reati contro la persona (contro la vita, l'incolumità fisica, l'autodeterminazione sessuale e la libertà personale), il *Bundesverfassungsgericht* ha sviluppato originali argomentazioni, connesse alla teoria della pena¹³⁰. Secondo i giudici tedeschi, infatti, il diritto della vittima si concretizza quando l'omessa persecuzione di questi reati può portare ad uno *scuotimento della fiducia* nel monopolio della forza da parte dello Stato e ad un *clima generale di insicurezza e violenza*¹³¹. Per quanto manchino richiami espliciti in tal senso,

¹²⁷ Corte EDU, V Sez., *Gäfen v. Germany*, 30 giugno 2008.

¹²⁸ Per un'attenta disamina critica di questo "orientamento vittimocentrico" della Corte di Strasburgo, inaugurato da Corte EDU, *X e Y c. Paesi Bassi*, 26 marzo 1985, si veda V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, p. 47 ss., il quale, tra l'altro, non manca di rilevare alcuni nessi con le teorie neoretributive della pena (*ibidem*, p. 64).

¹²⁹ Si veda, al riguardo, la panoramica offerta da E.R. BELFIORE, *Teleologismo sanzionatorio*, in *Scritti in onore di C.E. Paliero*, Milano, 2022, p. 1929 ss.

¹³⁰ Per un esteso confronto tra la giurisprudenza europea e quella del *Bundesverfassungsgericht* sul punto, si rinvia a V. SCALIA, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'esempio degli obblighi di protezione del diritto alla vita (I parte)*, in *Arch. pen.*, 3/2020, p. 1 ss.

¹³¹ Cfr. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 19. Mai 2015 – 2 BvR 987/11 („Kunduz-Entscheidung“) Rn 20 ss.; v. anche BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 23. Januar 2020 – 2 BvR 859/17, Rn 24, in cui si legge: «Una rinuncia a perseguire efficacemente un reato, che riguarda la condotta even-

questo orientamento è stato accostato allo sviluppo dalle teorie espressive della pena (anche in Germania)¹³². Per la verità, tra quanti aderiscono a queste teorie, c'è chi sostiene che il citato indirizzo giurisprudenziale sia riduttivo, nella misura in cui tenderebbe ad appiattire quello che dovrebbe essere un vero e proprio diritto *individuale* della vittima su una funzione ordinamentale di tipo *generale*¹³³.

Nell'attesa di sottoporre quest'ultima posizione teorica ad un compiuto esame critico, è significativo riscontrare come essa sia stata invocata da un'autorevolissima dottrina, a supporto delle condanne seguite ai processi, celebratisi di recente in Germania, contro persone addette ai campi di sterminio nazisti con ruoli meramente operativi e, al momento del processo, oramai nonagenarie. A margine di uno dei casi più famosi (la condanna a quattro anni di reclusione del novantatreenne Oskar Gröning, per complicità nell'omicidio di 300.000 ebrei provenienti dall'Ungheria nel campo di Auschwitz)¹³⁴, Claus Roxin ha scritto che l'applicazione della pena necessita qui di una giustificazione teorica diversa da quella offerta dalle classiche teorie preventive, perché, se da un lato l'età del reo rende non perseguibili scopi specialpreventivi, dall'altro lato, la distanza temporale rispetto ai fatti mette in mora qualunque considerazione di prevenzione generale (anche) positiva, non avendo il ritardo della giustizia generato alcuna insicurezza giuridica nella collettività (sul presupposto che la collettività sia sensibile alla situazione attuale della società, non a quella passata). La condanna – prosegue Roxin – è qui giustificata dal persistente interesse delle vittime e dei loro superstiti ad ottenere una “soddisfazione” (*Genugtuung*) in caso di gravi reati¹³⁵.

Al di là dell'opinione che si può avere su questo tipo di attivismo giudiziario, nonché sulla perentorietà con cui Roxin esclude qualunque ra-

tualmente negligente di un medico di ospedale (o anche di più medici) e che, secondo le affermazioni del denunciante, può aver causato la morte di una paziente che ivi si trovi in cura, può portare, in considerazione dell'alto valore della vita umana, ad uno scuotimento della fiducia nel monopolio dello Stato sull'uso della forza e a un clima generale di incertezza giuridica e di violenza».

¹³² Almeno da C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht*, cit., p. 148 ss.

¹³³ *Infra*, cap. III, § 2.

¹³⁴ BGH, 20.09.2016 – 3 StR 49/16, in *JR*, 2017, p. 83 ss.

¹³⁵ C. ROXIN, *Anmerkung*, in *JR*, 2017, p. 91 (che richiama T. Hörnle). In senso adesivo, T. KÖPKE, *Zur straftheoretischen Rechtfertigung der späten Bestrafung hochbetagter NS-Verbrecher*, in M. VORMBAUM (Hrsg.), *Spätverfolgung von NS-Unrecht*, Berlin, 2023, p. 200.

gione preventiva, pare difficile, alla luce del suo ragionamento, distinguere tra la (invocata) funzione espressiva e la (reietta) retribuzione¹³⁶. La funzione espressiva sembra, in realtà, una scorciatoia argomentativa rispetto a temi meritevoli di ben maggiore approfondimento, a cominciare dal motivo per cui il legislatore giudica imprescrittibili certi tipi di reato¹³⁷, anche quando l'effettivo contributo alla loro realizzazione sia avvenuto in forma di "complicità" (*Beihilfe*, secondo il diritto penale tedesco).

Per altro, in ragione della asserita gravità del fatto (benché punito con "soli" quattro anni di reclusione), a Gröning fu negato anche l'accesso alla sospensione della pena detentiva a causa di inidoneità all'esecuzione (ai sensi del § 455 StPO), a fronte di una richiesta fondata unicamente sull'età avanzata del condannato: un diniego giudicato dal *Bundesverfassungsgericht* di per sé non in contrasto con il principio di proporzionalità¹³⁸. La Corte non lo dice, ma, ancora una volta, è la logica dell'espressivismo punitivo ad operare, sia pure in maniera latente: benché ultranovantenne, il condannato non può essere sottratto all'unico trattamento afflittivo che si suppone sia in grado di comunicare (alla società e alle vittime, più problematico dire: al reo) l'entità della censura.

7.2. Espressivismo populista: *shame sanctions* e pena di morte nell'esperienza statunitense

La medesima logica si afferma – questa volta in modo non così latente – in un ordinamento, in cui la funzione espressiva della pena viene evocata a supporto sanzioni a dir poco controverse. Anche qui si assiste ad un

¹³⁶ Per una critica ben più corrosiva, H. ALWART, *Strafrechtlicher Expressionismus auf dem Vormarsch. Über scheinphilosophische Manöver bedauernswerter „Krötenkinder“*, in *FS für T. Fischer*, München, 2018, p. 1039 ss.

¹³⁷ Sul tema, E. FRONZA, *Verspätete Strafverfolgung. Über die Vergangenheit urteilen, um die Zukunft zu gestalten*, in *Spätverfolgung von NS-Unrecht*, cit., p. 411 ss.

¹³⁸ Il diniego è stato avallato dal BVerG, Beschluss vom 21. Dezember 2017 – 2 BvR 2772/17, Rn 17: «Nelle decisioni impugnate, si muove dal presupposto, incensurabile dal punto di vista costituzionale, che l'età avanzata del denunciante non sia di per sé sufficiente perché ci si astenga dal far valere la pretesa punitiva dello Stato. Va tenuto conto del fatto che il ricorrente è stato giudicato colpevole di complicità in assassinio in 300.000 casi giuridicamente concomitanti. In questo contesto, l'imposizione della pretesa punitiva dello Stato è di particolare importanza e non si può presumere che l'interesse del condannato a una sospensione della pena detentiva sia chiaramente superiore solo a causa della sua età».

salto disinvolto tra descrizione e giustificazione, favorito da un uso visibilmente strumentale della funzione espressiva, privo cioè di una meditata riflessione teorica. Ma è un salto nel vuoto, come ci si accinge a constatare.

a) La funzione espressiva della pena è stata in primo luogo invocata a giustificazione delle *shame sanctions*, vale a dire di quelle misure alternative alla detenzione, diffuse nella prassi giudiziaria statunitense dalla fine degli anni Settanta, consistenti nell'espone il condannato al pubblico biasimo, sì da indurre in lui un acuto senso di vergogna (tramite, ad esempio, la pubblicazione a mezzo stampa della condanna o imponendo al condannato di portare un cartello, in pubblico, con un riferimento al reato commesso)¹³⁹. Prima che intervenisse il legislatore, tali sanzioni sono state rese possibili dal notevole margine di discrezionalità di cui dispone il giudice nel fissare i contenuti della *probation*, il che è all'origine della riflessione dottrinale sul tema.

È stato Dan M. Kahan, in un saggio molto discusso (ed oggetto di una successiva ritrattazione da parte dello stesso Autore), a riconnettere la legittimità delle *shame sanctions* alla funzione espressiva della pena, sostenendo, in sintesi, che l'esposizione del condannato al senso di vergogna derivante da questo tipo di sanzioni asseconderebbe la funzione stigmatizzante, caratteristica della pena, che per Kahan è strettamente connessa alla sua "dimensione espressiva"¹⁴⁰.

Al di là dell'inaccettabilità delle *shame sanctions* in sé, quali sanzioni lesive della dignità umana, la proposta di Kahan ha suscitato riserve anche riguardo all'impiego che egli fa della funzione espressiva della pena. In primo luogo, la connessione tra funzione espressiva e *shame sanctions* non è così lampante come si lascia intendere: anzi, se si adotta il punto di vista dei teorici della pena come comunicazione, si scorge chiaramente che l'induzione di un sentimento di vergogna sia cosa del tutto diversa dalla concezione della pena come rimprovero volto a trasmettere un messaggio al reo o, secondo alcune note posizioni teoriche, ad elicitare il

¹³⁹ Per una ricostruzione critica della tematica, A. VISCONTI, *Teoria della pena e "shame sanctions": una nuova prospettiva di prevenzione o un caso di atavismo del diritto penale?*, in *Studi in onore di M. Romano*, vol. I, Napoli, 2011, p. 633 ss. (cui si rinvia anche per le successive prese di posizione di Kahan). In argomento, v. anche E. HYSENI, *Shame Sanctions – eine (il)legitime Strafform?*, Berlin, 2023 (sui nessi con le teorie espressive, *ivi*, p. 162 ss.).

¹⁴⁰ D.M. KAHAN, *What Do Alternative Sanctions Mean?*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 63(2), 1996, p. 591 ss.

pentimento del condannato¹⁴¹. In secondo luogo, più che sulla censura come disapprovazione meritata dal reo in proporzione alla gravità del fatto, la tesi di Kahan insiste sullo “stigma”, cioè su una disapprovazione finalizzata a suscitare vergogna, dunque su un concetto funzionale di censura indipendente dalla gravità del fatto e tendenzialmente svincolato dal nesso di proporzionalità con la sanzione¹⁴².

Infine, l'uso della funzione espressiva della pena proposto da Kahan presenta un ulteriore profilo di criticità, in quanto non è volto solo a legittimare una pratica punitiva discutibile, ma anche a *delegittimare* le forme più convenzionali di alternativa alla pena detentiva (in particolare la pena pecuniaria e il lavoro di pubblica utilità nell'esperienza nordamericana). Kahan reputa le *shame sanctions* l'alternativa più efficace alla sanzione detentiva, poiché esse implicano comunque una censura pubblica, in grado di soddisfare la funzione espressiva della pena, unita ad un trattamento afflittivo che ogni condannato – secondo Kahan¹⁴³ – preferirebbe rispetto alla detenzione. In forza di tali osservazioni, egli si spinge a parlare di «inaccettabilità politica delle alternative convenzionali alla detenzione»¹⁴⁴. Si scrive “inaccettabilità politica”, si legge “populismo”.

b) Il secondo esempio di impiego strumentale della funzione espressiva riguarda la pena di morte. Una difesa della pena di morte su base espressionista si rintraccia, invero, già nei sostenitori della teoria denunciataria della pena; in particolare, in Lord Denning, il quale, nel *Report of the Royal Commission on Capital Punishment* del 1953, affermò che, per certi tipi di omicidio, solo la morte del reo può riflettere il grado di disapprovazione espresso dalla comunità¹⁴⁵.

¹⁴¹ Si vedano, anche per i richiami alla teoria comunicativa di Duff, le perspicue osservazioni di A. VISCONTI, *Teoria della pena*, cit., p. 650 ss.

¹⁴² Per questi rilievi (in realtà rivolti alla teoria del *reintegrative shaming* di Braithwaite), VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, cit., p. 24 ss.; altrove l'Autore ha liquidato le *shaming sanctions* come espressione del populismo penale (cfr., per i dovuti riferimenti, A. VISCONTI, *Teoria della pena*, cit., p. 659 ss.).

¹⁴³ D.M. KAHAN, *What Do Alternative Sanctions Mean?*, cit., p. 646.

¹⁴⁴ D.M. KAHAN, *What Do Alternative Sanctions Mean?*, cit., p. 652.

¹⁴⁵ «La punizione per reati gravi deve riflettere in modo adeguato la repulsione provata verso di essi dalla grande maggioranza dei cittadini. [...] La giustificazione ultima di tutte le pene non è di essere un deterrente, ma di essere la denuncia vibrata di un delitto da parte della comunità: e da questo punto di vista ci sono alcuni omicidi che, secondo la pubblica opinione attuale, richiedono la denuncia più vibrata di tutte, cioè la pena di morte». Così Lord Denning, citato in H.L.A. HART, *Responsabilità e pena*, cit., p. 197.

Analogo ragionamento, di fatto, trapela anche nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, tuttora ferma nel considerare la pena di morte di per sé non incostituzionale¹⁴⁶. Così, nel noto precedente *Gregg v. Georgia* del 1976 (cui si deve la fine della breve moratoria iniziata con *Furman v. Georgia* del 1972)¹⁴⁷, si legge che «In parte, la pena capitale è un'espressione dell'indignazione morale della società per una condotta particolarmente offensiva. Questa funzione può risultare sgradevole a molti, ma è essenziale in una società ordinata che chiede ai suoi cittadini di affidarsi ai processi legali, piuttosto che all'auto-aiuto, per rivendicare i propri torti»¹⁴⁸. Qui, in realtà, la Corte muove a difesa del fondamento retributivo della pena di morte, destinato ad imporsi anche a scapito di una dubbia efficacia deterrente. Questo fondamento retributivo viene però letto alla luce della funzione espressiva della pena capitale, alla quale si finisce con l'attribuire una finalità di stabilizzazione sociale, sul presupposto che una rinuncia alla stessa, nei casi dove sarebbe "meritata", schiuderebbe le porte alla "legge del linciaggio"¹⁴⁹.

Non è tutto. La funzione espressiva è in sintonia con la prassi, avallata dalla Corte Suprema, di ammettere i c.d. *Victim Impact Statements* nei processi che prevedono l'applicazione della pena capitale, vale a dire le dichiarazioni delle vittime sulle conseguenze del reato¹⁵⁰. In tal modo, i giudici acquisiscono dai familiari della vittima di un omicidio informazioni utilizzabili ai fini della decisione sulla pena di morte: informazioni che, provenendo da soggetti diversi dalla vittima in senso stretto, già di per sé comportano una deviazione del tema processuale. A tacer d'altro, questa prassi, coincidente con una forma istituzionale di espressione del risentimento, non può che arrecare un pregiudizio processuale all'imputato, che si vede esposto ai rischi di una decisione condizionata da una sorta di empatia emotiva creatasi tra vittime e giu-

¹⁴⁶ I nessi con le teorie espressive sono indicati da R. HOAG, *Capital Punishment*, in *Internet Encyclopedia of Philosophy (IEP)*, 2018, par. 4 (<https://iep.utm.edu/death-penalty-capital-punishment/#H4>). Diffusamente, inoltre, S.A. BANDES, *All Bathwater, No Baby: Expressive Theories of Punishment and The Death Penalty*, in *Michigan Law Review*, vol. 116(6), 2018, p. 905 ss.

¹⁴⁷ *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972).

¹⁴⁸ *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (183) (1976).

¹⁴⁹ *Ibidem*, dove si richiama l'opinione dissenziente del giudice Stewart in *Furman v. Georgia*, cit.

¹⁵⁰ *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991). Si consideri che, in quell'ordinamento, la decisione sulla sanzione è oggetto di un'autonoma fase processuale.

ria¹⁵¹. Inoltre, calibrando la pena (nel tipo o nella misura) sul risentimento della vittima e dei suoi superstiti, si aggira anche il classico limite garantistico imposto dalla retribuzione, dal momento che la decisione finisce col prendere in considerazione finalità soddisfattorie eccedenti la “colpa” per il fatto commesso.

Va da sé che gli argomenti della Corte Suprema, non solo sono inidonei a giustificare la pena capitale – nessuna teoria è capace di giustificare una conseguenza smisuratamente sproporzionata rispetto a qualunque colpa¹⁵² –, ma neppure appaiono riconducibili a una “teoria” degna di questo nome. Essi attestano, piuttosto, la deriva strumentale cui conduce l’appello alla funzione espressiva sganciata da una teoria della pena; una deriva perfettamente coerente con l’appello, parimenti strumentale, con cui alcune forze politiche, negli Stati Uniti, tuttora difendono la pena capitale¹⁵³.

A scanso di equivoci, poi, va aggiunto che, tra gli esponenti delle (moderne) teorie espressive della pena che di seguito incontreremo, non figurano sostenitori della pena di morte e che anzi sono riscontrabili posizioni ad essa esplicitamente avverse. In particolare, si segnala come le teorie comunicative orientate alla persona siano inconciliabili con la pena capitale, vuoi perché – tagliano corto alcuni – si tratta di pratica di per sé incivile, vuoi perché la morte impedisce ogni processo di pentimento che, come vedremo, alcune posizioni teoriche ritengono essere il fine della comunicazione¹⁵⁴.

Ma la coscienza di qualche studioso tentenna, se sono in gioco i gravi crimini contro l’umanità.

¹⁵¹ Per una serie di rilievi critici, M.C. NUSSBAUM, *Rabbia e perdono*, cit., p. 285 ss.; S.A. BANDES, *All Bathwater, No Baby*, cit., p. 915 ss.; M. VITIELLO, *The Victims’ Rights Movement. What It Gets Right, What It Gets Wrong*, New York, 2023, p. 82 ss.

¹⁵² U. CURI, *Il colore dell’inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Milano, 2019, pp. 112-114.

¹⁵³ Cfr., nel quadro di una ricostruzione complessiva delle ragioni della sopravvivenza della pena di morte, S.L. BABCOCK, *La pena di morte negli Stati Uniti e nel mondo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1135 ss.; F.E. ZIMRING, *La pena di morte. Le contraddizioni del sistema penale americano*, Bologna, 2009, spec. p. 79 ss. (trad. it. di *The Contradictions of American Capital Punishment*, 2003).

¹⁵⁴ Cfr. R.A. DUFF, *Punishment, Communication*, cit., p. 152 ss., il quale, per altro, approfondisce la questione, osservando che, se il suicidio può anche essere inteso come un atto di pentimento, la morte decretata da altri, per contro, comporterebbe un’esclusione del condannato dalla società del tutto incompatibile con la natura di “penitenza secolare” che, come avremo modo di vedere, questo Autore attribuisce alla pena.

Così, nel sostenere che la pena è chiamata a riconnettere il condannato ai valori violati dal reo (in ciò assolvendo la sua funzione espressivo-comunicativa), Robert Nozick escludeva la legittimità della pena di morte perché, a quel punto, sarebbe la connessione coi valori da parte di colui che punisce a subire una cesura, in quanto chi punisce rinnegherebbe il valore della persona del punito. Nondimeno, e benché in tono dubitativo, lo stesso Nozick si chiedeva se questa conclusione valesse anche in casi “mostruosi”, cioè nei casi, esemplificati da Hitler, in cui la persona del reo non poggia più su alcun valore¹⁵⁵. Come spesso accade, i casi estremi vengono elevati a banco di prova della “moralità” di un principio di civiltà.

In maniera ancor più contorta di Nozick, ma meno dubitativa, un giurista contemporaneo, Jens David Ohlin, reputa non immotivata la pena di morte in caso di genocidio, anche sulla base di argomenti espressivisti, dal momento che, «se si tratta di un crimine grave come il genocidio, solo forme estreme di punizione possono esprimere adeguatamente la condanna dell’atto malvagio da parte della società»¹⁵⁶. Questo tentativo di giustificare la pena capitale segna null’altro che il cedimento di ogni linea di demarcazione tra teoria della pena e legittimazione populista di qualsivoglia sanzione¹⁵⁷.

8. Funzione espressiva della pena e diritto penale simbolico

Il supporto nei confronti della pena di morte e delle *shame sanctions* suppone sia possibile ricavare un principio di legittimità da un (presunto) radicamento sociale di alcune bieche prassi sanzionatorie. La funzione espressiva della pena diviene così il viatico di un insopprimibile bisogno punitivo della collettività, teso ad esprimere indignazione non altrimenti che attraverso quelle forme sanzionatorie. Così concepita, la funzione è

¹⁵⁵ R. NOZICK, *Spiegazioni filosofiche*, cit., p. 424 s.

¹⁵⁶ J.D. OHLIN, *Applying the Death Penalty to Crimes of Genocide*, in *American Journal of International Law*, vol. 99, 2005, pp. 768-769. Per una ricostruzione del pensiero di questo Autore, e per una ferma critica nei suoi confronti, si rinvia a G. FORNASARI, “Right to punishment” e *principi penalistici*, cit., p. 36 ss.

¹⁵⁷ È infatti un tratto dell’odierno populismo penale la generalizzata denuncia dell’eccessiva mitezza della pena e la promozione di sanzioni draconiane, compresa la pena di morte (cfr. S. SEMINARA, *Consenso sociale, populismo e diritto penale*, in *www.giustiziainsieme.it*, 10 giugno 2020).

sostanzialmente indifferente rispetto al reale conseguimento di uno “scopo”: o, per meglio dire, realizza immancabilmente il suo scopo, perché sempre l'atto punitivo dà sfogo a tale genere di sentimenti.

Da questo punto di vista, la funzione espressiva della pena condivide la stessa dimensione concettuale della più generale funzione espressiva del diritto, dimensione in cui, più che prestarsi a una valutazione in termini di costi-benefici, il diritto viene considerato per il suo livello di prossimità o di distanza rispetto alle norme sociali vigenti in un determinato contesto storico¹⁵⁸. Una simile prospettiva di analisi offre sicuramente utili spunti per una compiuta descrizione del reale funzionamento del diritto (anche) penale e per la comprensione delle scelte politiche che lo orientano, ma – siamo costretti a ripetere – è incapace di per sé di giustificare (*ergo* legittimare) alcunché riguardo alle scelte di incriminazione.

Anzi, sganciato da una verifica circa l'effettivo conseguimento dei suoi fini, il ricorso alla pena evoca i tratti di un “diritto penale simbolico”. Le relazioni tra questo concetto e il tema che stiamo trattando richiedono, allora, alcune rapide delucidazioni¹⁵⁹.

Il diritto penale simbolico si manifesta in molteplici forme, variamente classificabili e misurabili, ma in linea generale – e per quello che qui interessa – il concetto denota due profili¹⁶⁰.

Si parla di “diritto penale simbolico”, anzitutto, in un'accezione prevalentemente critica e negativa, per evidenziare un utilizzo del diritto penale finalizzato a rassicurare i consociati, senza che sia effettivamente provato (o, in alcuni casi, malgrado sia *a priori* escluso) che con tale strumento si otterrà una tutela efficace di un bene giuridico e, più in generale, un effettivo incremento della sicurezza dei consociati. Il ricorso a questo strumento, percepito (e presentato) come “a costo zero” dal decisore politico, è dato in pasto alla massa alla stregua di un palliativo, in

¹⁵⁸ In argomento, M.D. ADLER, *Expressive Theories of Law: A Skeptical Overview*, in *Pennsylvania Law Rev.*, vol. 148(5), 2000, p. 1363 ss.; C.R. SUNSTEIN, *On Expressive Function of Law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 144, 1996, p. 2021 ss.

¹⁵⁹ Sui rapporti tra diritto penale simbolico e teorie espressive della pena, F. SALINGER, *Über das kommunikative Moment in neueren, insbesondere expressiven Strafrechtstheorien. Einige kritische Anmerkungen*, in *FS für U. Neumann*, Heidelberg, 2017, p. 696 ss.; in argomento, inoltre, v. i rilievi di A. CADOPPI, *Il “reato penale”*, cit., p. 379 ss., il quale, nella funzione “stigmatizzante” del diritto penale, coglie anche un necessario presupposto del suo funzionamento.

¹⁶⁰ Per un'analisi del tema, nelle sue varie sfaccettature, si rinvia a S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli, 2018.

mancanza della volontà politica di affrontare un problema sociale con risorse politicamente più impegnative.

L'introduzione di una nuova incriminazione (o l'inasprimento sanzionatorio di una esistente), ispirata a questa logica, si rivelerà inidonea a risolvere l'obiettivo politico criminale asseritamente preso di mira, ma sfortunatamente non sempre priva di ricadute negative sui diritti dei consociati. La nuova norma minaccerà e, anche se magari in pochi casi, produrrà comunque ulteriori limitazioni della libertà, imponendo un sacrificio del tutto inutile ai destinatari.

Si è parlato, a tal proposito, di “simbolismo affittivo”: un ossimoro¹⁶¹, se si vuole, estensibile ad ogni abuso della funzione espressiva della pena di cui si è discusso nei paragrafi precedenti. Da questo punto di vista, in cui si evidenziano i nessi tra diritto penale simbolico (in questa prima accezione negativa) e teorie espressive della pena, non si è mancato di considerare queste ultime un sintomo della decadenza alla quale si assiste nello scenario penalistico contemporaneo, accusando i fautori di tali teorie di voler “normalizzare” la tendenza della giustizia penale a scardinare le regole dell'imputazione di responsabilità per individuare meri capi espiatori, assolutizzando così gli interessi delle vittime a scapito delle garanzie¹⁶².

Finché si riferisca all'espressivismo – come definito nelle prime battute del presente lavoro – quest'ultimo rilievo coglie facilmente nel segno. Tanto più che la preoccupazione che vi si manifesta è inspessita dal crescente processo di spettacolarizzazione subito dalla giustizia penale, concorrente oramai con una “giustizia mediatica”, costantemente prona a denunciarne presunti lassismi¹⁶³. Lungo questa china, parlare di funzione

¹⁶¹ S. BONINI, *La funzione simbolica*, cit., p. 86. L'Autore conia questo “ossimoro” con precipuo riferimento a quelle che egli chiama “leggi simboliche di appello morale”, come forma specifica di manifestazione del diritto penale simbolico. Non sembra però arrischiato estenderlo a quelle peculiari forme di “appello morale” contenute nella pena di morte e nelle *shame sanctions* dell'esperienza nordamericana.

¹⁶² H. ALWART, *Strafrechtlicher Expressionismus auf dem Vormarsch*, cit., p. 1039 ss. (dove si legge di «sogenannte expressive Straftheorie als Indiz normativer Verfallserscheinungen»).

¹⁶³ Sugli effetti distorsivi indotti dai mass-media su varie categorie del diritto penale sostanziale e processuale, si veda il volume di V. MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, 2022, che tra l'altro si sofferma sulla “pena mediatica”, associandola ad una *shame sanction* (ivi, p. 74 ss.). Sulle interazioni tra media e sistema penale, v. inoltre l'elaborata ricostruzione di C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed “effetti penali” dei me-*

espressiva rischia non solo di distogliere da un'analisi degli effetti della pena, ma di mascherare ben altri pericoli: nella misura in cui la giustizia mediatica denunci un presunto lassismo di quella "ufficiale", quest'ultima non sarà mai in grado di dare compiuta e definitiva "espressione" al sentimento di indignazione collettiva. Sì che, in tal modo delegittimata la funzione espressiva della pena giuridica, si riterrà legittima solo la pena che, nella forma e nel *quantum*, corrisponda al senso di indignazione misurato dai media.

Le cose paiono complicarsi, se però si distingue, nei termini precedentemente esposti, tra funzione *espressiva* e funzione (e teoria) *comunicativa* della pena.

Di diritto penale simbolico, infatti, si è parlato anche in un'altra e più lata accezione, al fine di evidenziare il carattere intrinsecamente "comunicativo" del diritto penale. Il diritto penale, si è detto, comunica sempre qualcosa e talvolta contiene elementi simbolici, sì che la distinzione tra carattere comunicativo, che interessa tutto il diritto penale, e concetto critico di diritto penale simbolico sarebbe di tipo quantitativo e non qualitativo: solo quando gli elementi puramente simbolici superano una certa massa critica, viene in considerazione il concetto negativo di diritto penale simbolico¹⁶⁴.

Nel solco della suddetta distinzione (tra "simbolico" e "comunicativo"), si è aggiunto che il carattere intrinsecamente comunicativo del diritto penale contemporaneo coincide con la funzione di prevenzione generale; quando infatti si dice che con la pena si persegue il fine di "ripristinare il diritto come diritto" (*Wiederherstellung des Rechts als Recht*), non si intende semplicemente dire che essa ristabilisce un ideale di giustizia violato, come fanno le teorie assolute della pena, ma piuttosto che essa intende chiarire «il significato della giustizia per la comunità giuridica»¹⁶⁵. La teoria della prevenzione generale, secondo questa ricostruzione, non può essere tacciata di assolutezza "mascherata", proprio perché intende la pena come un mezzo di comunicazione simbolica, laddove le teorie asso-

dia), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 467 ss. Per l'intreccio tra diritto penale simbolico e mass-media, v. anche S. BONINI, *La funzione simbolica*, cit., p. 142 ss.

¹⁶⁴ W. HASSEMER, *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, in *FS für C. Roxin*, München, 2001, p. 1015 ss. Alludendo di fatto, almeno in parte, allo stesso fenomeno, altri Autori parlano, a tal riguardo, di un tratto intrinsecamente simbolico del diritto penale: cfr., con cospicui riferimenti, S. BONINI, *La funzione simbolica*, cit., p. 190 ss.

¹⁶⁵ R. BLOY, *Symbolik im Strafrecht*, in *FS für W. Frisch*, Berlin, 2013, p. 71 (con la specificazione, in nota, che la comunità comprende e rappresenta la vittima).

lute la concepiscono «al massimo grado simbolica ma *non* comunicativa»¹⁶⁶.

Se questa lettura sia sufficiente a distinguere la teoria della prevenzione generale – reinterpretata come teoria comunicativa – da un uso simbolico (in senso critico) della pena, dipende dal modo in cui si concepisce il rapporto tra una teoria della pena e la realtà; non solo dalla possibilità di sottoporre ad un controllo empirico gli effetti perseguiti dalla pena, ma proprio dal livello di astrazione dalla realtà da cui è caratterizzata ciascuna teoria comunicativa. La presa in considerazione di tale profilo presuppone che alle teorie espressive e comunicative sia data una collocazione – almeno in linea di massima – nel quadro delle classiche ripartizioni alle quali si è soliti ricondurre le teorie giustificative della pena.

9. Collocazione delle teorie espressive rispetto alle tradizionali teorie della pena: impostazione del problema e rinvio all'analisi delle singole teorie

Come noto, nel mondo anglosassone le teorie della pena sono suddivise in due principali gruppi: le teorie “retributive” si contrappongono alle teorie “conseguenzialiste”¹⁶⁷. Le prime desumono la giustificazione della pena, semplicemente, dal fatto che, per un’asserita esigenza di giustizia, il reo *merita* la punizione; in tal modo, come si usa ripetere, esse sono rivolte al passato, ossia al delitto commesso, mentre si disinteressano delle future conseguenze dell’applicazione della pena. Tra le varie difficoltà in cui si imbattono le teorie retributive – ciò nonostante, come meglio si dirà, tuttora largamente diffuse, non solo in area anglosassone – vi è l’impossibilità di dimostrare in cosa consista questo “merito”, e perché ad esso si debba corrispondere proprio e solo infliggendo un altro male.

All’opposto, le teorie consequenzialiste si concentrano sulle conseguenze – asseritamente vantaggiose – della pena, di volta in volta intravi-

¹⁶⁶ R. BLOY, *Symbolik im Strafrecht*, cit., p. 70 (corsivo nel testo).

¹⁶⁷ In sintesi, e in luogo di molti, R.A. DUFF, D GARLAND, *Introduction*, cit., p. 2 ss. Una guida essenziale è offerta da T. HONDERICH, *Punishment*, cit., *passim*, cui si rinvia per ulteriori sotto-classificazioni.

ste nella difesa della società e/o nel reinserimento sociale del reo, ma in ogni caso rivolte al futuro. In ossequio alla loro origine filosofica, tali teorie sono anche chiamate “utilitariste”, anche se in quest’ultima accezione non è chiaro se esse comprendano, oltre alle teorie preventive, anche quelle dell’emenda¹⁶⁸. Sulle teorie preventive pende la storica critica del rischio di strumentalizzazione del condannato: punirlo per uno scopo sociale, equivarrebbe ad utilizzarlo come mezzo per raggiungere questo scopo, violando la massima kantiana dell’uomo come fine in se stesso.

Alla distinzione tra teorie retributive e consequenzialiste (o utilitariste) corrisponde quella elaborata in area tedesca tra teorie assolute e teorie relative¹⁶⁹. Per le prime la pena si giustifica da sé, in quanto reazione al male costituito dal reato: la giustificazione è quindi *assoluta* in quanto indipendente da valutazioni di ordine contingente. A differenza che nel mondo anglosassone (e salvo quanto si dirà sull’incedere di un neoretribuzionismo anche in Germania), la penalistica tedesca ha gettato da tempo discredito su queste teorie, giudicandole irrazionali e irraguardose di quella necessaria separazione tra diritto e morale che dovrebbe caratterizzare il diritto penale in uno stato laico¹⁷⁰. Tuttavia, un residuo di retribuzionismo è in qualche modo irrinunciabile, se non per fondare la punizione, al fine di preservare il principio di colpevolezza e la proporzionalità della pena¹⁷¹: in entrambi i casi, viene preservato un profilo della pena rivolto al passato.

Per le teorie relative, invece, la pena è un mezzo per conseguire un fine, sì che la sua giustificazione dipende dalla possibilità di realizzare questo fine (consistente, anche qui, nella difesa della società dai reati, mediante prevenzione generale o speciale). La nozione di teoria “relativa” corrisponde però solo in parte a quella anglosassone di teoria “consequenzialista”. Difatti, una teoria volta alle conseguenze della pena cessa di essere relativa, se la finalità assegnata alla pena non è più il perseguimento dell’utile sociale ma la realizzazione di un ideale assoluto di giustizia o di un altro valore morale (in altri termini, là dove si distingue il

¹⁶⁸ V. M.A. CATTANEO, *La retribuzione penale nell’interpretazione e nella critica di Herbert L.A. Hart*, in *Materiali storia cult. giur.*, 1974, p. 641 ss.

¹⁶⁹ In luogo di molti, W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Aufl., München, 1990, p. 282 ss.

¹⁷⁰ Basti il richiamo al classico contributo di C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe* (1966), in ID., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York, 1973, p. 5.

¹⁷¹ C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, cit., p. 20 ss.

“conseguenzialismo” come concetto di genere rispetto all’“utilitarismo” penale)¹⁷².

Quest’ultima precisazione è indispensabile per chiarire il modo in cui le teorie espressive della pena prendono posizione nel dibattito.

Già nei primi esempi di espressivismo penale (*supra*, §§ 2-2.2) si è potuta notare una certa ambivalenza su questo punto, dal momento che, mentre la teoria denunciataria rappresenta una versione del retribuzionismo, la sociologia durkheimiana precorre la teoria della prevenzione generale positiva, la quale, almeno in apparenza, si atteggia a teoria consequenzialista. In effetti, la teoria denunciataria (come pure le teorie *espressive pure* che le sono succedute) è riconducibile al novero delle teorie assolute, dal momento che la condanna morale pare essere l’unica funzione intrinseca alla pena¹⁷³. Non altrettanto chiara è invece la posizione delle teorie espressive di tipo comunicativo, orientate alla persona o alla norma, dal momento che in esse viene in considerazione un profilo *lato sensu* teleologico.

Le teorie comunicative orientate alla persona, almeno in ambito anglosassone, rifiutano apertamente ogni presupposto utilitarista, onde neutralizzare in premessa il relativo rischio di strumentalizzazione. Da questo punto di vista, esse cercano di prendere il meglio del retribuzionismo, ma se ne differenziano (o pretendono di farlo) perché individuano uno scopo ulteriore rispetto all’atto di punire in sé considerato; in tal modo, esse guardano al futuro. Al tempo stesso, esse si distinguono (o pretendono di distinguersi) dal consequenzialismo, perché suppongono che la pena sia non solo *un mezzo* bensì l’*unico mezzo* appropriato per conseguire lo scopo comunicativo assegnatole. Con ciò, alcuni autori ritengono di poter spezzare il legame tra pena e scopi contingenti, pur non escludendo che, occasionalmente, la pena possa anche conseguire altri obiettivi (Duff); altri, per contro, non rinunciano a ricomprendere le conseguenze nella giustificazione della pena, abbracciando una teoria mista (von Hirsch).

Le teorie comunicative orientate alla norma – come oramai è chiaro – costituiscono una versione aggiornata della prevenzione generale positiva. L’appello a una funzione “comunicativa” e non puramente deterrente

¹⁷² Cfr., a tal riguardo, le osservazioni di M.A. CATTANEO, *La retribuzione penale*, cit., pp. 647-648.

¹⁷³ Cfr. la distinzione tra espressivismo “intrinseco” ed “estrinseco” introdotta da I. PRIMORATZ, *Punishment as Language*, cit., *passim*; la distinzione è oggetto di critica in M. DAVIES, *Punishment as Language*, cit., p. 311 ss., ed è ripresa e discussa criticamente da A. KALOUS, *Positive Generalprävention durch Vergeltung*, cit., p. 200 ss.

della pena serve loro a respingere l'accusa di strumentalizzazione. Ammesso (e non concesso) che basti a differenziarle dalle teorie della prevenzione generale negativa, questo elemento comunicativo le costringe però a fare i conti con un diverso inconveniente. Si tratta della questione alla quale si è fatto cenno al termine del paragrafo precedente, e che adesso possiamo compiutamente formulare: attribuire alla pena la funzione di "ripristino del diritto" (o, a seconda delle impostazioni, di riaffermazione della "validità della norma" *et similia*), può essere considerato uno scopo contingente? O, in tal modo, nella prevenzione generale s'insinua un principio assoluto per cui, in fin dei conti, la pena si giustifica da sé?

Il problema, non nuovo, è che la prevenzione generale positiva a base comunicativa rischia di scivolare in una diversa forma di retribuzionismo¹⁷⁴.

Ora, se per "obiettivo contingente" s'intende qualunque fine, a prescindere dalla possibilità empirica del suo raggiungimento, alle teorie comunicative orientate alla norma spetta il diritto di definirsi relative (oltre che consequenzialiste). Ma se si ritiene che l'attribuzione di uno scopo non sia già di per sé una giustificazione della pena, perché in fin dei conti di "scopo" si può parlare anche con riferimento alle teorie retributive, benché di uno scopo refrattario a qualunque indagine empirica¹⁷⁵, sarà formalmente corretto definire "relativa" una teoria comunicativa orientata alla norma, ma l'aggettivo recherà un'etichetta pressoché inconsistente.

Un atteggiamento consono a un'indagine *critica* sulle teorie della pena vieta di arenarsi in ripartizioni formali partorite da un dibattito filosofico

¹⁷⁴La questione in sé non è affatto inedita, essendo stata da tempo riscontrata una concomitanza storica tra sviluppo delle teorie preventive positive e neoretribuzionismo: si vedano, al riguardo, i rilievi di L. EUSEBI, *La pena "in crisi"*, cit., p. 33 ss. Per una lettura della prevenzione generale come effetto ineliminabile della funzione retributiva della pena (in una prospettiva retribuzionista), v. del resto E. MORSELLI, *La prevenzione generale integratrice nella moderna prospettiva retribuzionistica*, cit., p. 48 ss. Con più specifico riferimento al ruolo delle teorie espressive, il tema è al centro della ricerca di A. KALOUS, *Positive Generalprävention durch Vergeltung*, cit., *passim*, la quale ritiene però che le teorie espressive permettano di rivedere il giudizio di irrazionalità solitamente riservato, in ambito tedesco, alle teorie retributive, sì che le teorie della prevenzione generale positiva, proprio grazie al contributo delle teorie espressive, non avrebbero nulla da temere dall'accostamento alle teorie retributive.

¹⁷⁵Cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 110 ss.

caratterizzato da un marcato concettualismo. Nel momento in cui le teorie generalpreventive si vestono da teorie comunicative, sorge il legittimo sospetto che, in questo modo, esse stiano tentando di aggirare le difficoltà in punto di misurabilità empirica dei risultati promessi, e che lo stiano facendo accampando concetti dei quali è di per sé difficile trovare correlati empirici¹⁷⁶. Tra teorie della prevenzione generale positiva e teorie retributive permane, invero, una differenza non trascurabile: solo le prime possono giustificare una rinuncia contingente alla punizione, là dove questa non sia più utile a conseguire un fine sociale; cosa che una teoria retributiva, almeno nella sua forma più rigorosa, non può accettare (come dimostra l'*Inselbeispiel* di Kant)¹⁷⁷.

D'altra parte, però, il ricorso alla "comunicazione", come temperamento consequenzialista, rischia di compromettere la proporzione retributiva insita nella pena, nel momento in cui, attraverso questo elemento, nella giustificazione filtrano varie istanze tutorie della società e/o dalle vittime¹⁷⁸, con esiti (apparentemente) diversi, a seconda del concetto di

¹⁷⁶ Sulle difficoltà di ordine empirico della prevenzione generale positiva, già in ragione di concetti per i quali è difficile trovare dei correlati empirici (quali "fedeltà al diritto", "coscienza giuridica", ecc., la cui salvaguardia o ripristino viene indicata come obiettivo della punizione), v. ancora G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 138. Per una classificazione delle varie versioni della prevenzione generale in ragione della suscettibilità o meno di analisi empirica, si rinvia a V. DE FRANCESCO, *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, cit., p. 15 ss.; un quadro di sintesi aggiornato sulla ricerca è offerto da J. KASPAR, *Neue Perspektiven der Generalprävention*, in *FS für D. Dölling*, Baden-Baden, 2023, p. 771 ss. Sui problemi di dimostrabilità empirica della prevenzione generale, v. inoltre M. DOVA, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Torino, 2017, p. 201 ss., il quale, per altro, analizza la funzione simbolico espressiva come componente della prevenzione generale positiva (*ibidem*, pp. 206-209); per una ridefinizione degli scopi stessi di un'indagine empirica della funzione di prevenzione generale, A. PAGLIARO, *Funzioni della pena criminale*, cit., pp. 1851-1852.

¹⁷⁷ G. FREUND, F. ROSTALSKI, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 3. Aufl., Berlin, 2019, p. 13. Notoriamente, Kant ricorre all'esempio dell'isola per sostenere la necessità di punizione, anche là dove i membri di una società decidessero di dissolverla, come farebbero gli abitanti di un'isola, che decidessero di abbandonarla per disperdersi per il mondo: a quel punto, anche l'ultimo condannato dovrebbe finire di scontare la propria pena (I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), S.A 199/B299, in *Werkausgabe*, Suhrkamp, Band VIII, hrsg. von W. Weischedel, 19. Aufl., Frankfurt a.M. 2011, p. 455). Per una revisione critica dell'esempio kantiano, L. GRECO, *Kants Insel. Zu den guten und schlechten Gründen gegen die Vergeltungstheorie*, in *FS für U. Sieber*, Teilband I, Berlin, 2020, p. 27 ss.

¹⁷⁸ Cfr. G. FORNASARI, "Right to punishment" e principi penalistici, cit., p. 37, che

comunicazione di volta in volta adottato. Andranno allora verificate le *condizioni di utilizzo* di questo concetto e la sua capacità di sorreggere ideologie punitive refrattarie all'empiria.

A questo punto, è necessario interrompere le notazioni di carattere generale, per vagliare la reale consistenza dei problemi sin qui accennati attraverso l'esame delle singole teorie.

richiama (*ivi* nt. 59) M. PAVARINI, *Corso di istituzioni di diritto penale*, Bologna, 2013, p. 48.

Capitolo II

Le teorie espressive nel dibattito angloamericano sulla pena

1. Premessa: teorie espressive e neoretribuzionismo

Iniziamo la nostra rassegna dalle teorie espressive della pena affermatesi nel dibattito angloamericano, cioè nel loro ambito originario, segnalando alcuni connotati essenziali del dibattito. Anzitutto, per “dibattito angloamericano” (termine che possiamo considerare equivalente a quello, già impiegato nel corso di questa ricerca, di “mondo” o “contesto anglosassone”), si intende il contesto culturale e linguistico (di lingua inglese) nel quale vengono affrontati problemi concernenti la legittimazione della pena non riferibili ad uno specifico ordinamento, bensì ritenuti di portata universale¹.

Non è un caso che alla discussione sulla pena partecipino quasi esclusivamente filosofi, per lo più filosofi morali. La teoria della pena, in ambito angloamericano, è tradizionalmente una branca della filosofia morale (più che della sola filosofia del diritto o della filosofia politica)², dal momento che il problema di fondo viene impostato come un problema di tipo essenzialmente morale. Si muove dalla constatazione che l’inflizione deliberata di sofferenza ad altri esseri umani sia un atto generalmente ingiustificabile, per chiedersi, di conseguenza, cosa lo renda moralmente accettabile se praticato nel contesto della giustizia penale³. Affrontato in

¹ Per questa precisazione, T. HÖRNLE, *Trends in angloamerikanischen Debatten zu Straftheorien*, in *GA*, 2023, pp. 2-3.

² Lo rileva criticamente G. BINDER, *Punishment Theory: Moral or Political?*, in *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, 2002, p. 321 ss.

³ Tra gli altri, I. PRIMORATZ, *Justifying Legal Punishment*, cit., p. 7; R.A. DUFF, D. GARLAND, *Introduction*, cit., p. 2.

questi termini, per altro, il tema sconfinava talvolta oltre i limiti (della legittimazione) della sola pena “statale”⁴.

Con ciò si spiega, da un lato, l'elevata specializzazione che caratterizza la discussione e, dall'altro lato, il motivo per cui gli autori che vi prendono parte considerino il diritto penale una «filosofia morale messa in pratica»⁵, adottando un atteggiamento altamente problematico, per le ripercussioni che può avere sulla separazione – per noi fondamentale – tra diritto e morale⁶.

Quest'ultima considerazione merita un'immediata precisazione, valida quantomeno per gli autori che da qui a breve affronteremo: la maggior parte dei quali non rinnega affatto la distinzione tra morale e diritto, al punto da considerare illecito (e dunque legittimamente punibile) ogni comportamento immorale, solo perché immorale. L'interferenza tra morale e diritto va colta a una diversa altezza: se l'ordinamento, nel rispetto di propri principi liberali, considera penalmente illecito un certo comportamento, quest'ultimo, *in quanto reato, è anche immorale*. Che la selezione dei fatti punibili rispetti i principi liberali, non è però sufficiente a fugare i sospetti (e le accuse) di moralismo nei confronti delle teorie penali che incontreremo: se il livello di “immoralità” di un illecito è addotto a ragione per la quale ad esso si può (o si deve) rispondere con una pena, la contrarietà alla morale si proietta nelle ragioni giustificatrici della punizione, per cui, come vedremo, quei sospetti si spostano altrove⁷. Per il

⁴ Cfr. L. ZAIBERT L., *Punishment and Retribution*, Burlington, 2006, cit., p. 16 ss.

⁵ T. HÖRNLE, *Straftheorien*, cit., pp. 31-32.

⁶ T. HÖRNLE, *Straftheorien*, cit., p. 32.

⁷ Sul punto si veda T. BROOKS, *Punishment*, cit., p. 128 ss. Per una replica alla rilevata sovrapposizione tra funzione espressiva della pena e *legal moralism*, v. J. GLASGOW, *The Expressivist Theory of Punishment Defended*, in *Law and Philosophy*, 2015, 34, pp. 620-622; tale replica distingue due questioni: quella attinente alle condizioni in presenza delle quali si è responsabili e quella concernete la ragione per cui è legittimo sanzionare siffatta responsabilità con una pena; si afferma, così, che le teorie espressive si occupano solo di fornire una parte della risposta alla domanda sul perché una persona debba essere punita, occupandosi della giustificazione della pena e non del perché si è ritenuti responsabili. Questa replica può aiutare a tenere distinti concettualmente teoria del reato e teoria della responsabilità, ma, come avremo modo di appurare, non evita che molti degli autori di cui ci occuperemo impostino la loro teoria della pena partendo proprio da una precisa concezione di “reato” e di “responsabilità”; ciò si verifica, ad esempio, in Hampton, che prende le mosse da una distinzione tra *harm* e *wrong* (v. *infra*, § 2), e in Duff, che considera la pena una risposta adeguata ad un reato inteso come “*public wrong*” (*infra*, § 4).

momento, diciamo che questo tipo di moralismo da cui sono affette (anche) le teorie che studieremo, non le rende *a priori* inaccettabili, ma è un *caveat* per chi voglia sforzarsi di comprenderle (del resto, il moralismo è un atteggiamento da mettere in conto, quando ci si confronta con le teorie penali prodotte nel *common law*)⁸.

Anche alla luce dei rilievi appena effettuati, non sorprende che nel dibattito angloamericano sulla pena siano tuttora prevalenti le teorie retributive, sia pure variamente articolate al loro interno, né di certo esenti da critiche⁹. Storicamente, le teorie retributive vengono riabilitate alla fine degli anni Settanta, in concomitanza con la crescente sfiducia ma-

⁸Lo evidenzia M. DONINI, *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 14 ss., e spec. p. 24 ss.

⁹Sulle molteplici forme di retribuzionismo, e sui loro limiti, T. HONDERICH, *Punishment*, cit., p. 17 ss.; per un quadro di sintesi aggiornato, v. ancora T. HÖRNLE, *Trends in angloamerikanischen Debatten*, cit., p. 2 ss. Tra i recenti accusatori del retribuzionismo, una menzione a parte merita Gregg Caruso, il quale, sulla base della sua posizione scettica nei confronti del libero arbitrio, rivolge invero una critica radicale a tutte le classiche teorie sulla pena. In alternativa a queste, Caruso propone quello che egli chiama un «modello-quarantena» come misura di salute pubblica, alla stregua del quale l'intero sistema punitivo andrebbe rivisto e sostituito con una serie di interventi preventivi di tipo socio-sanitario, accompagnati da misure preventive incapacitanti, da eseguire con modalità ed in strutture diverse da quelle in cui attualmente si sconta la pena detentiva (G.D. CARUSO, *Rejecting Retributivism. Free Will, Punishment, and Criminal Justice*, Cambridge, 2021; una sintesi in italiano in G.D. CARUSO, D. PEREBOOM, *Un'alternativa non punitiva alla punizione retributiva*, in <https://dirittopenaleuomo.org>, 2021). Pur non essendo priva di spunti interessanti – con particolare riguardo all'implementazione di una politica sociale preventiva del crimine –, la proposta di Caruso risulta alquanto problematica: come storicamente accade per ogni posizione critica verso il libero arbitrio, il tentativo di sostituire la pena con delle misure preventive – qui assimilate a forme di intervento socio-sanitario – sfocia in qualcosa di peggio della pena, senza contare il profilo della proporzionalità dell'intervento, come pure dei criteri di selezione e del rispetto della dignità dei soggetti ad esso sottoposti (cfr., sul punto, i rilievi di G. FIANDACA, *Punizione*, cit., p. 37, che ravvisa delle analogie con il positivismo criminologico di Ferri). Non convince, per altro, il fatto che Caruso cerchi di legittimare il suo modello-quarantena, non con ragioni utilitariste, ma richiamando il diritto all'auto-difesa da un pericolo (G.D. CARUSO, *Rejecting Retributivism*, cit., p. 185). Risulta infatti fuorviante il parallelo tra un diritto individuale (alla base della legittima difesa), che lo Stato riconosce al singolo quando esso non può intervenire, e che quindi è condizionato da una situazione di pericolo imminente e contingente, e un intervento statale generalizzato e preventivo di un pericolo non contingente, di fatto coincidente con la vecchia categoria della pericolosità sociale.

turata, sul piano della prassi, nei confronti del progetto riabilitativo e, su quello teorico, dell'utilitarismo penale¹⁰. In sede scientifica, per la verità, la rivalutazione era cominciata qualche decennio prima¹¹, ma non c'è dubbio che la crisi dello stato sociale abbia dato la stura alle correnti neoretribuzioniste tuttora imperanti, sia pure sotto varie sembianze. Quanto poi agli effetti pratici del neoretribuzionismo, va ricordato, per inciso, come non solo esso è stato tacciato di aver contribuito alla crescita drammatica dei tassi di carcerazione degli Stati Uniti¹², ma neppure ha funzionato da argine a politiche sfacciatamente ispirate alla logica utilitarista neutralizzante, esaltata nelle famigerate regole sul “*three strikes you are out*” (un modello, almeno in teoria, agli antipodi del giustificazionismo retributivo)¹³.

Ad ogni modo, le teorie espressive della pena cominciano ad affermarsi negli anni Ottanta, cavalcando l'onda di ritorno del pensiero retributivo, con il quale all'inizio – sia pure problematicamente – finiscono per identificarsi. Nella loro fase iniziale, esse si presentano come antagoniste di quelle teorie della pena tendenti, in vario modo, a conciliare gli opposti punti di vista della retribuzione e dell'utilitarismo (come la teoria mista di Hart), e soprattutto come rivali – interne al filone retribuzionista – delle c.d. *fair play theories*¹⁴. Secondo queste ultime, in estrema sinte-

¹⁰ Si rinvia alle ricostruzioni di L. EUSEBI, *La “nuova” retribuzione, sezione I – Pena retributiva e teorie preventive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 958 ss., e di M. PAVARINI, *La pena “utile”, la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo*, in *Rass. penint. e crimin.*, 1983, p. 25 ss.

¹¹ La “riscoperta” del retribuzionismo avviene, in realtà, nell'ambito di celebri studi tesi a dimostrarne la compatibilità logica con l'utilitarismo (quindi, nella cornice di una spiegazione “mista”): A.M. QUINTON, *On Punishment*, in *Analysis*, vol. 14(6), 1954, p. 133 ss.; J. RAWLS, *Two Concepts of Rules*, in *The Philosophical Review*, vol. 64(1), 1955, p. 3 ss.

¹² D. DOLINKO, *Some Thoughts About Retributivism*, in *Ethics*, vol. 91(3), 1991, p. 537 ss.

¹³ Si tratta di una disciplina particolarmente rigorosa della recidiva, introdotta dalla legislazione di alcuni stati, a cominciare dalla California, dalla metà degli anni Novanta. Sugli scarsi effetti dell'ideologia retribuzionista, da questo punto di vista, v. M. TONRY, *Can Twenty-first Century Punishment Policies Be Justified in Principle?*, in ID. (ed.), *Retributivism has a Past. Has It a Future?*, Oxford, 2011, p. 3 ss.

¹⁴ Inizialmente ispirate a H. MORRIS, *Persons and Punishment*, in *The Monist*, vol. 52(4), 1968, p. 475 ss., le teorie della *fairness* conservano una certa attualità: in argomento, G. DUUS-OTTERSTRÖM, *Fair Play Theories of Punishment*, in *The Palgrave Handbook on the Philosophy of Punishment*, cit., p. 291 ss.

si, la “retribuzione” è in realtà il mezzo necessario a riequilibrare i vantaggi indebitamente conseguiti dall’autore di un reato. Il tentativo, compiuto da simili teorie, di rivestire il pensiero retributivo di nuova razionalità, muove dunque da un principio di giustizia distributiva: l’immagine della società come insieme di individui tenuti a cooperare lealmente tra loro, correlata a quella della pena come fattore di riequilibrio delle alterazioni della *fairness*. In tale ottica, il reo è un *free rider*, e la pena è letteralmente un “prezzo” da pagare per l’infrazione di una regola di correttezza¹⁵. L’approccio può effettivamente destare perplessità, almeno se applicato ad ogni reato: a questa stregua, ad esempio, dovremmo ritenere che un assassino meriti la punizione, non per riparare al danno o accettare un rimprovero, ma perché ha abusato della propria libertà *a svantaggio di coloro che non hanno ucciso*¹⁶.

Le prime teorie espressive rilevano come questo modo di pensare sminuisca l’essenza morale del crimine e della sua punizione, il cui recupero viene per l’appunto affidato alla funzione espressiva della pena come strumento di collegamento con i “valori” violati dal reo. Così facendo, le teorie espressive ritengono che la prospettiva additata da Feinberg – il quale invero, come visto, era anche critico verso le tradizionali teorie retributive – dovesse essere spesa in favore di un “diverso” retribuzionismo, che solo gradualmente si presenterà come una teoria autonoma.

Allo stato attuale – è appena il caso di notare – le teorie espressive non hanno affatto soppiantato le teorie retributive; anzi, almeno apparentemente, esse denotano alcuni punti in comune con talune delle più recenti versioni del retribuzionismo, alle quali è opportuno accennare.

a) Una forma di *retribuzionismo puro*, avversa cioè a qualunque contaminazione consequenzialista, è tuttora sostenuta da Michael Moore, nell’ambito di una teoria del diritto penale ispirata al moralismo giuridico (*legal moralism*)¹⁷. Per Moore, la pena è giustificata dall’esistenza di “emozioni morali” sottostanti al giudizio retributivo. In particolare, egli ritiene che, se si trovasse nelle condizioni dell’autore di un reato, secondo ciò che è ragionevole attendersi da un essere morale, ciascuno di noi proverebbe un senso di colpa, in base al quale riterrebbe meritata

¹⁵ M. RENZO, *Pena*, in M. RICCIARDI, A. ROSSETTI, V. VELLUZZI (a cura di), *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, Torino, 2015, p. 212.

¹⁶ Cfr. T. METZ, *Censure Theory and Intuitions about Punishment*, cit., pp. 504-505.

¹⁷ M.S. MOORE, *Placing Blame. A Theory of Criminal Law*, Oxford, 1997.

la punizione: questo senso di colpa è un'“emozione virtuosa” dotata di utilità euristica, che ci permette di far luce sulla fondatezza della pena retributiva¹⁸.

Il ragionamento di Moore cerca di spostare l'attenzione dal risentimento, che ciascuno proverebbe nell'assistere alla vittimizzazione altrui, al senso di colpa che proverebbe se fosse l'autore del reato, in ciò modificando la teoria di Strawson attraverso un giudizio “in prima persona”. Tuttavia, com'è stato puntualmente notato¹⁹, la c.d. “emozione virtuosa” è frutto solo di un'astrazione, perché non si può essere affatto certi che, una volta immessi nella situazione creata di un autore reale, davvero ciascuno di noi proverebbe un senso di colpa; né del resto è scontato che, provando questa emozione, penserebbe di “meritare” una punizione. Per tale ragione, e contrariamente alle sue aspirazioni, Moore non si discosta da un retribuzionismo di stampo intuizionistico.

b) Una forma peculiare di retribuzionismo, che fa leva proprio sulla validità delle intuizioni, è stata elaborata da Paul Robinson, il quale invece considera, come base di partenza per la giustificazione della pena, il consenso sociale, non solo verso la punibilità di certi comportamenti, ma anche verso la loro relativa gravità, ravvisabile nell'entità della sanzione meritata. Robinson ritiene che questo consenso sia determinato da “giudizi intuitivi” ampiamente condivisi dalla popolazione ed empiricamente misurabili, dei quali il legislatore dovrebbe necessariamente tenere conto, se intende istituire un sistema penale efficiente²⁰. Questa teoria è per tanto denominata “*retribuzionismo empirico*” (*empirical desert*), proprio perché basata su studi sociologici concernenti le intuizioni della popolazione sulla giustizia, in ciò distinguendosi dal retribuzionismo “deontologico”, che invece è basato su una concezione trascendente della giustizia²¹.

¹⁸ M.S. MOORE, *Placing Blame*, cit., p. 145 ss.

¹⁹ M. RENZO, *Pena*, cit., p. 215.

²⁰ La tesi è stata presentata e aggiornata in varie sedi: ad es., in P.H. ROBINSON, J.M. DARLEY, *Intuitions of Justice: Implications for Criminal Law and Justice Policy*, in *Southern California Law Rev.*, vol. 81(1), 2007, p. 1 ss.; P.H. ROBINSON, *Distributive Principles of Criminal Law*, Oxford, 2008, p. 135 ss.

²¹ P.H. ROBINSON, *The Ongoing Revolution in Punishment Theory: Doing Justice as Controlling Crime*, in *Arizona State Law Journ.*, vol. 42(4), 2010, p. 1104 ss.

La tesi di Robinson si espone ad insuperabili obiezioni²², sia riguardo alla correttezza del metodo, nella misura in cui si avvale di indagini empiriche controvertibili, sia riguardo all'opportunità degli esiti, poiché di fatto, se la si assecondate, si rimetterebbe la conformazione del sistema penale a delle "intuizioni" presumibilmente diffuse tra la popolazione riguardo a come punire certi fatti, cioè a null'altro che a un senso di giustizia collettivo. Per altro, una forma di retribuzionismo (socio-empirico) simile a quella di Robinson è stata proposta anche in Germania, per cui ci riserviamo di tornare in altra sede sugli ulteriori controversi corollari di questa posizione²³.

Pur nella loro evidente diversità, il retribuzionismo puro di Moore e quello empirico di Robinson cercano entrambi di conferire un valore epistemico alla base emotiva sottesa ai giudizi retributivi: nel primo caso, sfruttando una (presunta) emozione individuale, costituita dal senso di colpa; nel secondo caso, ricostruendo (e pretendendo di misurare) la disapprovazione collettiva verso i fatti di reato. È proprio rispetto alla premessa per cui la pena può essere fondata su tali atteggiamenti soggettivi, individuali o collettivi, che è possibile cogliere una certa affinità con le teorie espressive, essendo per l'appunto la funzione espressiva il mezzo col quale la pena recepisce quegli atteggiamenti. L'affinità, però, termina qui: mentre, infatti, per il retribuzionismo di Moore la funzione espressiva costituirebbe un "fine" incompatibile con la teoria assoluta che egli difende²⁴, nella prospettiva di Robinson essa appare strumentale a preservare o migliorare il sistema penale vigente²⁵.

Ne risulta, per converso, l'autonomia delle teorie espressive anche rispetto alle più agguerrite forme contemporanee di neoretribuzionismo. Alla consapevolezza di questa autonomia le teorie espressive pervengono valorizzando gli elementi consequenzialisti presenti al loro interno; questo dato è già riscontrabile nella produzione scientifica risalente alla seconda metà degli anni Ottanta, con i lavori di Andrew von Hirsch e Antony Duff, attraverso i quali si consuma il passaggio, non solo da retribuzionismo ad espressivismo, ma anche da teorie espressive a teorie comunicative della

²² Cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, p. 150 ss.

²³ *Infra*, cap. III, § 1.

²⁴ Cfr. M.S. MOORE, *Placing Blame*, cit., pp. 84-85.

²⁵ Cfr. T.R. ANDRISSEK, *Vergeltung als Strafzweck. Empirisch-soziologische Begründung und kriminalpolitische Folgerungen*, Tübingen, 2017, p. 80, ove si coglie un'affinità con la "prevenzione-integrazione" di matrice tedesca.

pena²⁶. L'ordine della trattazione cercherà di seguire questo processo, partendo dal tentativo più significativo di trasporre la funzione espressiva in un impianto teorico retribuzionista (Hampton), per poi analizzare le più importanti teorie comunicative (von Hirsch, Duff, Tasioulas) e chiudere con alcune recenti posizioni, che segnano il ritorno a forme di espressivismo puro o una convergenza con la prevenzione generale positiva.

2. La teoria espressiva della retribuzione di J. Hampton

Tra le prime posizioni dichiaratamente volte a declinare in senso retributivo la funzione espressiva della pena illustrata da Feinberg, è necessario richiamare quella di Jean Hampton. Inizialmente critica nei confronti del pensiero retributivo, nonché sostenitrice della "educazione morale" quale unico presupposto giustificativo della pena²⁷, nella fase più matura della sua riflessione sulla pena, la filosofa nordamericana (prematuramente scomparsa nel 1996) ha proposto una originale rilettura della retribuzione, definendola "teoria espressiva della retribuzione"²⁸.

Per comprendere la natura della pena in senso retributivo, Hampton è convinta che si debba partire dal tipo di comportamento al quale si reagisce con la pena, cioè dall'illecito. L'azione criminosa è intrinsecamente illecita, poiché viola in maniera incisiva uno standard morale; di conseguenza, per giustificare la pena, bisogna anzitutto individuare il fondamento di questa illiceità o "*wrongfulness*"²⁹.

²⁶ Invero, ad aver anticipato l'orientamento "comunicativo" delle teorie espressive, oltre al già citato lavoro di R. NOZICK, *Spiegazioni*, cit., sono stati H. MORRIS, *A Paternalistic Theory of Punishment*, in *American Philosophical Quarterly*, vol. 18(4), 1981, p. 263 ss., e J. HAMPTON, *The Moral Education Theory of Punishment*, in *Philosophy & Public Affairs*, vol. 13(3), 1984, p. 208 ss.

²⁷ J. HAMPTON, *The Moral Education Theory of Punishment*, cit.

²⁸ J. HAMPTON, *An Expressive Theory of Retribution*, in W. CRAGG (ed.), *Retributivism and Its Critics*, ARSP, Beiheft 47, Stuttgart, 1992, p. 1 ss. (con un richiamo a Feinberg proprio all'inizio del saggio); v. inoltre, con alcuni aggiustamenti, EAD., *Correcting Harms versus Righting Wrongs*, in *Ucla Law Rev.*, vol. 39(6), 1992, p. 1659 ss. e, in precedenza, EAD., *The Retributive Idea*, in J.G. MURPHY, J. HAMPTON, *Forgiveness and Mercy*, Cambridge, 1988, p. 111 ss.

²⁹ J. HAMPTON, *Correcting Harms*, cit., p. 1661; similmente EAD., *An Expressive Theory*, cit., p. 3 ss.

A tal proposito, Hampton distingue tra *wrong* (illecito) e *harm* (danno), sostenendo che il primo, identificabile con l'illecito penale, non implica necessariamente il secondo, a differenza di quanto accade per l'illecito civile. Difatti, non ogni danno – inteso come “perdita” (*loss*) anche solo potenziale, prodotta nella sfera personale del danneggiato – pare frutto di un illecito nel senso forte sotteso ad un illecito penale. Mentre la reazione appropriata al (solo) danno è la sua compensazione, la condotta illecita alla base di un reato, se realizzata intenzionalmente, esige una riparazione dell'illecito in sé (“*to right the wrong*”) ³⁰; essa, infatti, rappresenta un “affronto al valore o alla dignità della vittima”, che Hampton chiama “lesione morale” (*moral injury*) ³¹.

Siffatta lesione morale non coincide con il substrato fisico-materiale della persona, la cui offesa produce solo un “danno”. Essa, piuttosto, attinge il “valore” della vittima, ricostruito sulla base della nozione kantiana di dignità come valore intrinseco della persona, ed è per tanto indipendente dalla eventuale sofferenza fisica provata dalla vittima, come pure dalla effettiva consapevolezza, da parte di quest'ultima, di subire un'offesa ³². Il primo elemento di originalità di questa ricostruzione risiede nell'attribuzione di un significato al comportamento produttivo di una lesione morale. In particolare, Hampton sostiene che una condotta produttiva di una *moral injury* ha il significato di diminuire il valore della vittima e, al contempo, sopraelevare il valore del reo (rispetto a quello della vittima) ³³. Per tanto, la lesione morale, cagionata dalla condotta illecita (nel senso in precedenza chiarito di *wrongfull conduct*), è definita quale «danno alla realizzazione del valore della vittima o come danno al riconoscimento del valore della vittima, realizzato attraverso un comportamento il cui significato è tale da sminuirne il valore» ³⁴.

In sintesi, è come se, tramite la sua condotta, il reo avesse compiuto una statuizione morale fuorviante relativa al valore della vittima ³⁵. E la pena è la risposta appropriata a questa statuizione, in quanto in grado di ripristinare la verità morale sovvertita dal reo. La famosa affermazione di Hegel, secondo cui la pena “annulla” il crimine (la “negazione della ne-

³⁰ J. HAMPTON, *Correcting Harms*, cit., p. 1663.

³¹ J. HAMPTON, *Correcting Harms*, cit., p. 1666.

³² J. HAMPTON, *Correcting Harms*, cit., p. 1672.

³³ J. HAMPTON, *Correcting Harms*, cit., p. 1677.

³⁴ J. HAMPTON, *Correcting Harms*, cit., p. 1679.

³⁵ J. HAMPTON, *The Retributive Idea*, cit., p. 125.

gazione”), andrebbe dunque letta come “annullamento” del messaggio recato dal crimine, che falsamente induce a considerare la vittima sottomessa al reo³⁶. Con parole eloquenti, Hampton scrive che chi infligge una pena retributiva «usa l’inflizione di sofferenza per simbolizzare la soggiogazione del soggiogatore, il dominio su colui che ha dominato la vittima. E il messaggio recato da questa soggiogazione è “ciò che hai fatto a lei, lei può fare a te. Così siete uguali”»³⁷. In altre parole, la pena è chiamata a «rivendicare il valore della vittima» attraverso un mezzo che non solo cancelli il (falso) messaggio di superiorità del reo su di essa, ma che ristabilisca l’eguaglianza tra vittima e colpevole «in virtù della loro umanità»³⁸.

Innanzitutto alla possibile obiezione per cui un simile schema riproporrebbe la legge del taglione, Hampton osserva come sia proprio questa eguaglianza, cui aspira la punizione, ad impedire tale esito. Se difatti lo Stato assumesse nei confronti del reo proprio lo stesso contegno assunto da quest’ultimo verso la vittima, per esempio uccidendolo o sfregiandolo, infrangerebbe a sua volta quell’equilibrio tra reo e vittima che la pena, nella prospettiva fatta propria da Hampton, mira a ripristinare in ragione della loro comune umanità³⁹. Sì che una perfetta applicazione della legge del taglione violerebbe il principio per cui ogni essere umano, compreso il reo, ha un valore intrinseco⁴⁰.

Allo stesso tempo, punire in maniera troppo poco severa un crimine grave significherebbe svilire il valore leso dal reo, mentre la radicale rinuncia a punire (quantomeno un crimine grave) produrrebbe una vera e propria distorsione comunicativa, esprimendo sostanziale accondiscendenza per il trattamento inflitto alla vittima, senza venire incontro a quella reazione emotiva che è alla base dell’istinto retributivo⁴¹. L’argomento è già presente in Kant, come noto; tuttavia, Hampton ritiene che, pur nel quadro di una teoria retributiva, una rinuncia alla punizione pos-

³⁶ J. HAMPTON, *The Retributive Idea*, cit., p. 131. Sul punto v. anche EAD., *An Expressive Theory*, cit., p. 15 ss.

³⁷ J. HAMPTON, *An Expressive Theory*, cit., p. 13.

³⁸ J. HAMPTON, *Correcting Harms*, cit., p. 1686; similmente in EAD., *An Expressive Theory*, cit., p. 12.

³⁹ J. HAMPTON, *Correcting Harms*, cit., p. 1691.

⁴⁰ Cfr. J. HAMPTON, *An Expressive Theory*, cit., p. 14, dove si distingue tra “soggiogazione”, cui mira la retribuzione, e “degradazione” del reo, che le resta preclusa.

⁴¹ J. HAMPTON, *Correcting Harms*, cit., pp. 1684-1685, 1691-1692.

sa essere giustificata da altre e prevalenti ragioni morali, dal momento che lo Stato è sì obbligato a punire, ma una siffatta obbligazione non è “assoluta”⁴².

La teoria espressiva della retribuzione è tuttora apprezzata per aver richiamato l’attenzione sulla vittima⁴³, anche se dall’esposizione di Hampton non emerge con chiarezza che la funzione espressivo-comunicativa della pena sia rivolta proprio alla vittima (né, più in generale, chi sia il reale destinatario del messaggio di “annullamento” del crimine racchiuso nella sanzione)⁴⁴. In realtà, nella teoria di Hampton, la vittima reale, cioè la persona che ha subito un danno individuale, è presa in considerazione come portatrice di un valore collettivo, che è stato offeso dal reato; è sostituita, quindi, dalla vittima in senso “ideale”. Si tratta di un processo di generalizzazione, che in ultimo giunge a cogliere nella *dignità della vittima* il valore leso dal reato e, al tempo stesso, l’entità ideale al cui ripristino dovrebbe mirare la sanzione⁴⁵. Questa tendenza, come vedremo, riaffiora in una versione delle teorie espressivo-comunicative elaborata in Germania, subendo, per altro, una vera e propria trasposizione giuridica⁴⁶.

Ciò detto, preme adesso evidenziare i limiti di fondo della teoria di Hampton⁴⁷, sia con riferimento alla premessa assimilazione del reato ad un atto linguistico-comunicativo, sia con riguardo all’appropriatezza della pena retributiva quale atto comunicativo ad esso contrapposto.

Sotto il primo profilo, al di là dell’opportunità in sé di analizzare il reato come atto linguistico, è necessario evidenziare i limiti insiti in una

⁴² J. HAMPTON, *Correcting Harms versus Righting Wrongs*, cit., p. 1700.

⁴³ T. HÖRNLE, *Trends in angloamerikanischen Debatten*, cit., p. 8.

⁴⁴ Lo rileva, in tono critico, D. DOLINKO, *Some Thoughts About Retributivism*, cit., p. 554.

⁴⁵ Questa critica non è inficiata da K. BILZ, *Testing the Expressive Theory of Punishment*, in *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 13(2), 2016, p. 358 ss., che adduce alcuni esperimenti empirici a supporto della tesi di Hampton, dimostrando che effettivamente il crimine lede la posizione sociale della vittima all’interno della comunità e la pena la ripristina. Notiamo, infatti, che, se anche la dimostrazione fosse corretta, si tratterebbe, per l’appunto, della posizione *sociale* della vittima ad essere ripristinata, e non necessariamente della situazione concreta di ogni singola vittima.

⁴⁶ Si fa riferimento alla tesi di T. Hörnle, esposta *infra*, cap. III, §§ 2, 2.1.

⁴⁷ Per un efficace quadro critico, H.J. GERT, L. RADZIK, M. HAND, *Hampton on the Expressive Power of Punishment*, in *Journal of Social Philosophy*, vol. 35(1), 2004, p. 79 ss.

concezione che riduce l'illecito penale ad un'asserzione moralmente fuorviante. A tal riguardo, si è obiettato che esistono discorsi quantomeno svianti dal punto di vista morale, per esempio pubblicazioni razziste o sessiste, ma non per ciò solo meritevoli di una pena⁴⁸. Hampton ha precisato che queste condotte sono punibili, se capaci di esercitare un'influenza su altre persone⁴⁹: il che però dimostra che il disvalore morale di un atto comunicativo non è da sé sufficiente a giustificarne la punizione in assenza di un danno quantomeno potenziale (o, secondo le nostre categorie di pensiero, di un pericolo per un bene giuridico).

Inoltre, può osservarsi che anche infrazioni di modesta gravità, come la mancata restituzione volontaria di un libro preso in prestito da una biblioteca (l'esempio è suggerito dalla stessa Hampton), possono essere intese quali espressioni di superiorità dell'autore nei confronti delle prerogative di altri individui, per cui non si capisce a partire da quale momento si entri nella sfera dei gravi illeciti bisognosi di una risposta retributiva. Pur riconoscendo come anche queste azioni esprimano disprezzo per il prossimo, Hampton ritiene decisivo il modo in cui questo disprezzo si manifesta, segnalando come, se si guarda al modo, il disprezzo per i valori, espresso mediante l'appropriazione di un libro, è indiscutibilmente diverso da quello insito nel maltrattamento sistematico perpetrato da un marito verso la propria moglie (l'esempio è sempre di Hampton)⁵⁰. Questo criterio, afferente al modo in cui si esprime il disprezzo per i valori di altri individui, è però irrimediabilmente incerto, tant'è che per chiarirlo l'Autrice pone a confronto condotte caratterizzate da un disvalore palesemente diverso. Né può farsi a meno di osservare come la differenza tra una bagatella e un grave reato sarebbe meglio afferrabile se, ancora una volta, si guardasse al tipo di interesse protetto e al danno ad esso inferito, più che al contenuto morale dell'azione, che l'Autrice problematicamente inferisce dalle sue modalità di realizzazione.

Rispetto al secondo profilo – inerente alla pena retributiva come atto comunicativo contrapposto al crimine – le riserve critiche sono anche più penetranti.

⁴⁸ D. DOLINKO, *Some Thoughts About Retributivism*, cit., p. 551.

⁴⁹ J. HAMPTON, *Correcting Harms*, cit., p. 1679. Nel contesto nordamericano, per altro, questa soluzione è stata criticata, perché limiterebbe la libertà di opinione (*free speech*) in maniera incompatibile con un'impostazione autenticamente liberale: cfr. H.J. GERT, L. RADZIK, M. HAND, *Hampton on the Expressive Power of Punishment*, cit., p. 81 e nt. 19.

⁵⁰ J. HAMPTON, *Correcting Harms*, cit., p. 1682.

Occorre riflettere sul modo in cui Hampton affronta la questione della effettiva necessità di “annullare” attraverso la pena il messaggio prodotto dal crimine, il che ci porta a considerare la sua posizione sullo specifico tema dell’*hard treatment*.

Va detto che, agli occhi di questa Autrice, l’essenza della punizione sta nella *soggiogazione* più che nell’inflizione di sofferenza, sì che, da un lato, la sofferenza rileva come trattamento punitivo perché è il mezzo migliore per piegare la volontà del reo⁵¹; dall’altro lato, non è in linea di principio escluso il ricorso ad un mezzo diverso, purché capace di soggiogare la volontà del reo e, dunque, in tal senso comunque retributivo⁵². Nondimeno, innanzi alla ipotetica possibilità di cancellare il messaggio insito nel crimine, ad esempio, organizzando una parata in onore della vittima per ripristinarne la dignità, Hampton ritiene che ciò non sia sufficiente, perché il crimine non ha solo espresso una falsa concezione morale, ma ha fornito anche una falsa evidenza di tale concezione, offrendo una prova visibile del fatto che la vittima è sottomessa al reo. La pena, dal suo canto, è l’unico rimedio possibile, in quanto «[...] crea uno stato di cose (uno stato reale, non uno stato morale auspicato) in cui la vittima [è] elevata rispetto al malfattore»⁵³.

La fallacia di tale ragionamento risiede nella deliberata sovrapposizione delle nozioni di “valore” e di “potere”. Per comprendere questo punto, pare utile riproporre un parallelo formulato da alcuni critici della tesi di Hampton⁵⁴. Supponiamo che in un incontro di lotta libera A sconfigga nettamente B. Ne risulterà che, se B vuol dimostrare di non essere inferiore ad A, dovrà a sua volta sconfiggerlo in un nuovo *match*, e dovrà far sì che anche la sua vittoria sia netta, perché altrimenti permarrrebbe nel pubblico l’impressione che egli sia comunque inferiore ad A: la funzione retributiva della pena – per come concepita da Hampton – si attegga più o meno negli stessi termini. Tuttavia, l’esito di un *match* di lotta ci dirà se B è pari ad A nello scontro fisico, ma nulla dirà, ad esempio, sul fatto che B sia un marito, un cuoco o uno scrittore migliore di A. In altre parole: non fornirà alcuna informazione sul “valore” complessivo della persona di B.

La giustificazione della pena proposta da Hampton soffre lo stesso li-

⁵¹ Cfr. J. HAMPTON, *The Retributive Idea*, cit., p. 126.

⁵² Cfr. J. HAMPTON, *An Expressive Theory*, cit., p. 15 ss.

⁵³ J. HAMPTON, *Correcting Harms*, cit., pp. 1695-1696.

⁵⁴ H.J. GERT, L. RADZIK, M. HAND, *Hampton on the Expressive Power of Punishment*, cit., p. 85.

mite. Come visto, secondo questa Autrice, per riabilitare la vittima occorre un atto di forza nei confronti del reo, che non sia superiore ma neppure troppo blando rispetto al male da questi in precedenza inferto alla vittima. È però errato ritenere che questo secondo atto di forza ripristinerà il “valore” della vittima, semplicemente perché è errato pensare che il valore di una persona dipenda esclusivamente dalla possibilità di esercitare un potere coercitivo nei confronti di altri⁵⁵. Per tanto, se il reato reca il falso messaggio per cui la coercizione degrada lo *status* della vittima, paradossalmente la pena, quale atto coercitivo contrapposto, non solo non elimina quel messaggio, ma ne perpetua la falsità, confermando la deviante statuizione morale per cui il valore delle persone dipende da un rapporto di forza che consente di infliggere del male ad altri⁵⁶.

In conclusione, nella misura in cui non recide – anzi sopravvaluta – il legame tra esercizio del potere e valore della persona, la teoria espressiva della retribuzione non è altro che una teoria retributiva *tout court*. E volendo espandere e radicalizzare questa critica, si può aggiungere che, se la pena retributiva è vista come l'unico mezzo atto ad eliminare una “ingiuria morale” inferta alla vittima, vuol dire che *deve a sua volta e necessariamente costituire un'ingiuria morale* nei confronti del reo, rivelandosi così intrinsecamente immorale, non solo quando ecceda supposti limiti di proporzione.

3. Il modello misto di A. von Hirsch: *censure* e ragioni preventive

Andrew von Hirsch è considerato un protagonista assoluto, anche per gli importanti incarichi istituzionali ricoperti in carriera, del pensiero neo-retributivo incentrato sulla dottrina del *just desert*⁵⁷. A partire dalla metà

⁵⁵ Cfr. H.J. GERT, L. RADZIK, M. HAND, *Hampton on the Expressive Power of Punishment*, cit., pp. 85-86.

⁵⁶ H.J. GERT, L. RADZIK, M. HAND, *Hampton on the Expressive Power of Punishment*, cit., p. 88.

⁵⁷ A. VON HIRSCH (ed.), *Doing Justice*, New York, 1976. Sul *just desert model*, in ottica comparatistica, v. G. MANNOZZI, *Razionalità e “giustizia” nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing americano*, Padova, 1996, p. 71 ss. (ed *ivi*, p. 144 ss., per la presentazione del pensiero di von Hirsch come “orientamento dominante”).

degli anni Ottanta sono nettamente percepibili, nel suo pensiero, gli elementi di una teoria espressivo-comunicativa della pena⁵⁸, ricomposti in un'organica trattazione presente in un influente lavoro dei primi anni Novanta, dal quale è opportuno prendere le mosse per ricostruire la sua tesi⁵⁹.

Anche von Hirsch prende le distanze dalla teoria retributiva fondata sul vantaggio indebito conseguibile attraverso la commissione del reato (teoria della *fairness*), in quanto solo alcuni reati sono spiegabili in questi termini (per esempio l'evasione fiscale); inoltre, non è chiaro come e perché la pena possa ripristinare il vantaggio di cui ci si è indebitamente appropriati, né come la teoria possa guidare il giudice nello stabilire il *quantum* di pena necessario a ripristinare tale vantaggio⁶⁰.

Sulla scia di Feinberg, von Hirsch fa invece propria una giustificazione della pena basata sul rimprovero, ovvero sulla "*censure*". Scrive egli al riguardo: «La sanzione criminale chiaramente trasmette la colpa (*blame*). Punire qualcuno consiste nel fargli subire una privazione (trattamento afflittivo, *hard treatment*), perché si suppone abbia commesso un torto, in modo tale da esprimere disapprovazione personale per la sua condotta. Trattare l'autore come un malfattore (*wrongdoer*) [...] è centrale nell'idea di pena. La differenza tra una tassa e una pena pecuniaria non sta nel tipo di privazione materiale (denaro in entrambi i casi). Consiste, piuttosto, nel fatto che la pena pecuniaria trasmette disapprovazione o rimprovero, mentre la tassa no»⁶¹.

⁵⁸ Cfr. A. VON HIRSCH, *Past or Future Crimes. Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*, New Brunswick, 1985, p. 51 ss.

⁵⁹ Ci riferiamo a A. VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, cit., pubblicato nel 1993. Nella premessa si parla dell'attualità persistente del *just desert* e si fa riferimento all'*England Criminal Justice Act* del 1991, in cui per la prima volta in Inghilterra si affermano principi del *sentencing* incentrati sulla proporzionalità. Allo stesso tempo, l'A. fa riferimento a *Doing Justice* cit. come prima ricostruzione sistematica del *desert model* in un contesto liberale, che si proponeva di ridurre la severità delle pene in base al principio di proporzionalità incentrato sulla gravità del reato, respingendo altresì l'accusa di compromissione con l'ondata di conservatorismo penologico che di lì a poco avrebbe investito gli Stati Uniti, provocando l'enorme crescita dei tassi di carcerazione, dovuti proprio al ripudio del principio di proporzionalità alla base del *desert model*. Von Hirsch respinge anche l'accusa secondo cui la proporzionalità, su cui insiste il *desert model*, porti di per sé ad un incremento delle sanzioni, in specie della pena carceraria (cfr. *Censure and Sanctions*, cit., p. 89 ss.).

⁶⁰ A. VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, cit., p. 7 ss.

⁶¹ A. VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, cit., p. 9.

In tale prospettiva, l'elemento della *censure* permette di inquadrare più agevolmente il legame tra pena e proporzionalità: infatti, se la pena trasmette un rimprovero, deve essere logicamente proporzionata al grado di rimproverabilità della condotta. Ciò, per von Hirsch, è pressoché intuitivo; passibile di spiegazione è invece il perché, in risposta ad un reato, sia proprio necessario ricorrere ad una pena⁶².

A tal proposito, von Hirsch richiama espressamente la tesi di Strawson, secondo cui punire vuol dire trattare il reo come agente morale, cioè come persona responsabile delle proprie azioni e soggetto in grado di comprendere il rimprovero. Von Hirsch ritiene però possibile andare oltre questa premessa, articolando una funzione più propriamente comunicativa del rimprovero in termini multidirezionali⁶³. A suo modo di vedere, la pena si indirizza anche alla vittima, alla quale il rimprovero nei confronti del reo attesta che il dolore da essa sofferto è frutto dell'illecito altrui e non del caso (come accadrebbe in caso di calamità naturale).

Il rimprovero è poi certamente diretto al reo, al quale è data l'opportunità di rispondere, riconoscendo di aver sbagliato. Sul punto, però, von Hirsch è fermo nel ritenere che la pena non debba necessariamente sollecitare un pentimento da parte del reo, limitandosi ad offrire solo un'occasione di pentimento⁶⁴. Per questo Autore, in sostanza, il rimprovero ha una rilevanza meramente esterna: offre al reo l'opportunità di pentirsi, ma non deve necessariamente suscitare determinati sentimenti⁶⁵. Su quest'ultimo punto dovremo ritornare, poiché esso segna una significativa differenza con l'idea penitenziale di Antony Duff (su cui v. il prossimo paragrafo).

Infine, accanto a queste funzioni, in von Hirsch vi è un cauto riconoscimento anche di una funzione monitoria, in virtù della quale la pena rende evidente ai terzi che taluni comportamenti vanno evitati in quanto punibili⁶⁶.

Ma l'elemento di maggior spicco e originalità nella riflessione di von Hirsch sulla pena risiede nel suo modo di riprendere e approfondire la relazione tra le due componenti evidenziate da Feinberg: la censura e il trattamento afflittivo. In particolare, von Hirsch considera incomplete o

⁶² A. VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, cit., p. 9 ss.

⁶³ Così anche in A. VON HIRSCH, *Deserved Criminal Sentences*, Oxford, 2017, p. 33 ss.

⁶⁴ A. VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, cit., p. 10.

⁶⁵ A. VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, cit., p. 72 ss.

⁶⁶ A. VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, cit., pp. 11-12.

insoddisfacenti le spiegazioni del trattamento afflittivo come mezzo per rendere più credibile la censura⁶⁷. Ai suoi occhi, l'*hard treatment* necessita di una propria giustificazione, che egli intravede in una ragione di tipo preventivo⁶⁸.

Infatti, mentre il rimprovero fa appello alle capacità morali dell'individuo, l'*hard treatment* costituisce un supporto per il caso in cui quell'appello dovesse fallire. Tale supporto è reso necessario dalla fallibilità conaturata agli esseri umani, ovvero dalla possibilità che, nonostante la propria capacità morale, l'agente non resista alla tentazione di commettere illeciti. Von Hirsch intende l'*hard treatment*, in breve, quale «disincentivo supplementare di tipo prudenziale» al rimprovero⁶⁹.

È importante rilevare come – a giudizio di von Hirsch – l'elemento afflittivo – imposto da ragioni preventive – non operi in maniera autonoma dal rimprovero; diversamente opinando, non sarebbe garantito alcun principio di proporzionalità. Piuttosto, la funzione preventiva insita nell'*hard treatment* è destinata ad operare solo nella cornice della funzione di disapprovazione espressa dalla *censure*, sì che ogni incremento di severità del trattamento sanzionatorio deve essere necessariamente correlato al *quantum* di disapprovazione insito nella condotta, non potendo essere giustificato su basi prettamente preventive⁷⁰. In questo senso, sempre secondo questo Autore, *censure* e *hard treatment* convivono quali elementi distinti ma interdipendenti della pena, conservando il primo elemento una preminenza logica.

La combinazione tra *desert* e prevenzione fa della ricostruzione testé illustrata un “modello misto” di giustificazione della pena⁷¹. Più esattamente, tale combinazione è la giustificazione in generale della pena, mentre l'applicazione e la quantificazione della pena in concreto, per soddi-

⁶⁷ In contrapposizione a J. KLEINIG, *Punishment and Moral Seriousness*, in *Israel Law Review*, 25, 1991, p. 401 ss.

⁶⁸ A. VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, cit., p. 12 ss.

⁶⁹ A. VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, cit., p. 13. Von Hirsch aggiunge che una persona responsabile può ritenere sensata – e quindi rispettosa della sua natura di agente morale – questa minaccia di trattamento afflittivo, costituente un ulteriore incentivo, di tipo pragmatico, ad astenersi dalla condotta criminosa (*ibidem*, p. 42).

⁷⁰ A. VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, cit., p. 14.

⁷¹ L'espressione ricorre testualmente, ad esempio, in A. VON HIRSCH, *L'esistenza della istituzione della pena: rimprovero e prevenzione come elementi di una giustificazione*, in L. STORTONI, L. FOFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, Milano, 2000, pp. 142-143.

sfare il principio di proporzionalità, devono essere esclusivamente vincolate all'elemento della *censure*. Coerente con tale assunto, von Hirsch si premura di spiegare come, nel suo sistema, il meccanismo della proporzionalità sia immune da ragioni preventive, soprattutto in sede di commisurazione della pena, dove domina (e deve dominare) il rapporto di proporzionalità tra gravità del reato ed entità del rimprovero⁷².

La teoria di von Hirsch è soggetta a varie critiche, alcune delle quali comuni ad altre teorie miste, accusate di combinare elementi aporetici⁷³. Nella prospettiva abbracciata dalla nostra ricerca, non è però il carattere misto della teoria in sé suscitare riserve, essendo le teorie miste ampiamente riprese dalle concezioni liberali e garantiste del diritto penale⁷⁴. Piuttosto, è l'instabile equilibrio tra le plurime componenti della giustificazione della pena a destare perplessità.

In primo luogo, la teoria di von Hirsch si espone all'obiezione per cui, una volta immesse nella giustificazione delle ragioni preventive, sia disattesa la premessa per cui il reo va trattato come un agente morale. È infatti dato chiedersi se sia realistico pensare che, nella percezione di un potenziale delinquente, la minaccia di un trattamento afflittivo si limiti a fungere da mero "supporto prudenziale", in aggiunta alla disapprova-

⁷² Sui criteri di misurazione della gravità del reato e, di conseguenza, di proporzionalità della sanzione, A. VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, cit., p. 29 ss.; v. inoltre, in forma aggiornata, A. VON HIRSCH, A. ASHWORTH, *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*, Oxford, 2005, pp. 26 ss., 131 ss. La questione della proporzionalità della pena, alla luce delle teorie espressive, sarà ripresa organicamente *infra*, cap. IV, § 2.2. ss.

⁷³ Per una revisione critica del tema, L. ZAIBERT, *Rethinking Mixed Justifications*, in *The Palgrave Handbook on Philosophy*, cit., p. 221 ss.

⁷⁴ Si veda, ad esempio, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 243 s., il quale aderisce alla distinzione (hartiana) tra scopo generale della pena, necessariamente utilitaristico, e "distribuzione" della pena, che deve guardare al passato, e a sua volta distingue tra "ragione legale" e "ragione giudiziale" della pena. Un'impostazione mista è riscontrabile anche in diversi manuali italiani di parte generale; particolarmente sensibili alle plurime funzioni della pena si mostrano, tra gli altri, F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 9ª ed., Torino, 2023, p. 11 ss. (nel testo, si rinviene questa significativa affermazione: «Vi è insomma nella sanzione punitiva un'insopprimibile polifunzionalità per cui varie funzioni coesistono in un equilibrio storicamente condizionato dai diversi orientamenti culturali», *ibidem*, p. 16). La retribuzione, come momento logico della pena, era preservata anche nella ricostruzione compiuta da F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, p. 80 ss. (citato dall'edizione digitale *Roma Tre Press* del 2024), che è storicamente decisiva per la rivalutazione della finalità rieducativa come principio costituzionale.

zione espressa dalla legge, o se piuttosto quella minaccia non abbia effetti deterrenti *tout court*, sovrastando la disapprovazione e, con essa, la “forza morale” espressa della legge⁷⁵. Così che, in fin dei conti, giustificare l’*hard treatment* per ragioni preventive presta il fianco alle obiezioni mosse a una concezione consequenzialista⁷⁶.

È poi controverso se il trattamento afflittivo possa essere giustificato da ragioni preventive e, al tempo stesso, costituire uno strumento idoneo a comunicare il *quantum* di censura nei confronti del reato. È ciò che rilevano alcuni critici, alla luce del seguente esempio: supponiamo che, in un certo tempo t_1 , sia commesso un delitto contro il patrimonio, punibile con una pena detentiva di breve durata proporzionata alla sua gravità (che è data, per von Hirsch, dall’entità del danno e dalla colpevolezza). Supponiamo, ancora, che nel tempo t_2 sia commesso lo stesso reato, giudicato di eguale gravità, ma che le condizioni economiche della società siano mutate, in misura tale che, per soddisfare le ragioni preventive, sia ora sufficiente una pena non detentiva: applicare quest’ultima pena al fatto in t_2 non riflette più il livello di censura verso un fatto la cui gravità, secondo le premesse, è rimasta immutata⁷⁷. Per altro, se calassimo l’esempio nell’ordinamento italiano, e se la pena detentiva fosse stata sostituita da una nuova legge con una pena esclusivamente pecuniaria, quest’ultima troverebbe applicazione anche al fatto commesso in t_1 , anche là dove fosse intervenuta una condanna definitiva (*ex art. 2, comma 3°, c.p.*): la censura, consolidata nella condanna, dovrebbe cedere il passo a valutazioni di altro tipo.

D’altro canto, nell’attribuire un ruolo preminente alla *censure*, von Hirsch pare declassare la deterrenza ad una ragione di mera opportunità, chiamata a dirimere l’alternativa tra una censura solo verbale ed una seguita da conseguenze afflittive. È stato però obiettato che le ragioni della deterrenza effettuerebbero qui una sorta di “spareggio” tra due opzioni, senza però considerare che si è al cospetto di opzioni moralmente non equivalenti, perché solo una implica l’inflizione di dolore⁷⁸. Per cui, o la deterrenza è qualcosa di più di uno spareggio, e allora siamo innanzi a

⁷⁵ R.A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, in M. MATRAVERS (ed.), *Punishment and Political Theory*, Oxford, 1999, p. 55-56.

⁷⁶ R.A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, cit. (2001), p. 29.

⁷⁷ La critica e l’esempio provengono da A.Y.K. LEE, *Defending A Communicative Theory of Punishment*, cit., pp. 224-225.

⁷⁸ D. BOONIN, *The Problem of Punishment*, cit., p. 178.

una teoria preventiva (contro le intenzioni di von Hirsch), oppure, come pare più probabile, la giustificazione del trattamento afflittivo costituisce un problema irrisolto.

Va comunque riconosciuto che, nell'impiegare la classica coppia censura/trattamento afflittivo, von Hirsch ha costantemente alluso anche ai suoi potenziali effetti riduzionistici sul sistema penale, in virtù dell'esigenza di conformare il sistema punitivo ad un criterio di "parsimonia"⁷⁹.

In particolare, l'elemento della *censure* si rivelerebbe in grado, almeno potenzialmente, di delegittimare alcune dubbie scelte di criminalizzazione relative a comportamenti che, in verità, non paiono suscettibili di rimprovero – cioè della disapprovazione tipicamente connessa a una scelta di criminalizzazione –, e dunque andrebbero depenalizzati⁸⁰. Dal suo canto, la componente preventiva rivelerebbe il carattere contingente del sistema punitivo, dal momento che, se per una società venisse meno la necessità di perseguire tali esigenze, la pena (almeno nella sua veste di inflizione di sofferenza) non sarebbe più giustificata, a differenza di quanto accadrebbe in una società retta da un principio inflessibile di retribuzione, sul modello dell'isola di Kant⁸¹. Questa soluzione ha ricevuto l'approvazione di Claus Roxin, fautore di una teoria "mista-preventiva", il quale ha però precisato come il carattere contingente della pena possa mostrarsi già negli ordinamenti vigenti, non per forza in una società ipotetica⁸². In realtà, quest'ultima affermazione di Roxin sarebbe confermata, solo a patto di ammettere che l'elemento della censura non ha alcun carattere premi-

⁷⁹ A. VON HIRSCH, *Deserved Criminal Sentences*, cit., p. 29 ss. Del resto, già in *Censure and Sanctions*, cit., p. 45, von Hirsch proponeva una strategia volta al decremento delle sanzioni; siccome l'entità della sanzione (e l'attuazione del principio di proporzionalità) dipende dall'elemento della *censure* insito nella pena, il livello attuale delle pene dipende dal *quantum* di rimprovero/*censure* da esse espresso; e quest'ultimo si deve a una "convenzione", che l'Autore ritiene possa essere modificata se esiste una ragione per procedere a questa modifica: «questa ragione è, ovviamente, la parsimonia: mantenere la sofferenza inflitta dallo Stato al minimo».

⁸⁰ A. VON HIRSCH, *Deserved Criminal Sentences*, cit., pp. 31-32.

⁸¹ A. VON HIRSCH, *Deserved Criminal Sentences*, cit., p. 42. V. anche A. VON HIRSCH, A. ASHWORTH, *Proportionate Sentencing*, cit., p. 13, «[...] in principle, the system of criminal law and sanctions could be abolished, were it deemed essential to prevent crime».

⁸² C. ROXIN, *Prävention, Tadel und Verantwortung. Zur neusten Strafzweckdiskussion*, in *GA*, 2015, p. 188.

nente: riconoscendo cioè la fondatezza delle critiche sopra riportate, e quindi rapportando anche la teoria di von Hirsch ad un fondamento *misto-preventivo*.

Senonché, in alcuni scritti recenti, von Hirsch, non solo ha evitato di imboccare questa strada, ma sembra essersi mosso in una direzione opposta, cercando di rafforzare la relazione tra *censure* e *hard treatment* in termini accentuatamente simbolici.

L'*hard treatment* assolverebbe due funzioni: di “amplificazione” e di “graduazione” della *censure*⁸³. La funzione di amplificazione rafforza la censura, nel senso che «l'*hard treatment* serve ad aumentare la forza espressiva della disapprovazione trasmessa. Quando si tratta di un reato grave, ad esempio, l'imposizione di una significativa privazione serve ad esprimere la forte disapprovazione richiesta, in un modo che le semplici parole o i simboli non potrebbero esprimere»⁸⁴. La funzione di graduazione si collega invece alla predisposizione di diversi livelli di *hard treatment*, in corrispondenza delle varie ipotesi di reato, distinte in ragione della loro gravità e, dunque, comportanti un diverso livello di rimprovero⁸⁵. Tuttavia, se si approfondisce meglio questo legame tra *censure* e *hard treatment*, si scopre come non sussista alcun nesso di derivazione logica, per il quale il secondo possa dedursi dal primo: piuttosto, insiste von Hirsch, esiste un legame di tipo simbolico, nel senso che l'inflizione di sofferenza costituisce un atto simbolico volto ad esprimere rimprovero⁸⁶.

Ecco le sue parole: «Ma perché il trattamento afflittivo dovrebbe essere considerato un mezzo simbolicamente appropriato per trasmettere la censura? Ci sono varie ragioni possibili, tra cui la convenzione, l'uso storico e le somiglianze tra il mezzo di espressione e ciò che si intende esprimere. Tutte e tre queste ragioni sembrano funzionare in questo caso. L'uso di un trattamento afflittivo per esprimere censura ha una lunga storia ed è una convenzione consolidata»⁸⁷. Von Hirsch giudica però diffici-

⁸³ A. VON HIRSCH, *Censure and Hard Treatment in the General Justification for Punishment: A Reconceptualisation of Desert-oriented Penal Theory*, in A. DU BOIS-PEDAIN, A.E. BOTTOMS (eds.), *Penal Censure: Engagements within and Beyond Desert Theory*, Oxford, 2019, p. 87 ss.

⁸⁴ A. VON HIRSCH, *Censure and Hard Treatment*, cit., p. 88.

⁸⁵ A. VON HIRSCH, *Censure and Hard Treatment*, cit., pp. 88-89.

⁸⁶ A. VON HIRSCH, *Censure and Hard Treatment*, cit., p. 89.

⁸⁷ A. VON HIRSCH, *Censure and Hard Treatment*, cit., p. 90.

le che una tale modalità espressiva possa essere soppiantata da misure alternative, e ciò per due ragioni: la prima si deve alla difficoltà nel modificare una radicata convenzione sociale; la seconda è insita nella funzione preventiva, di tipo “supplementare”, assolta dall'*hard treatment*⁸⁸.

Se prima von Hirsch aveva lasciato intendere che, almeno in prospettiva, si sarebbe potuto rinunciare all'*hard treatment* al cessare delle ragioni preventive, alla luce delle ultime precisazioni, l'*hard treatment* (è sì parzialmente giustificato da ragioni preventive, ma) è reso strettamente dipendente da una relazione convenzionale con la censura. Rinunciarvi, per tanto, dipenderebbe da una improbabile modifica della convenzione sociale alla base della sua relazione simbolica con la censura. Con ciò, la teoria di von Hirsch si sottrae ad un'equivoca assimilazione alle teorie preventive, rientrando nei ranghi delle proprie premesse espressiviste; ma ad un prezzo: la sofferenza cessa di essere un elemento contingente – una variabile dipendente da ragioni prudenziali –, e si svela come elemento sostanzialmente irrinunciabile del sistema penale.

4. La teoria comunicativa di R.A. Duff: la pena come “penitenza secolare”

Nel panorama delle teorie espressive della pena – nella vasta accezione chiarita nel primo capitolo – Antony Duff occupa una posizione di primo piano, sia per l'influenza esercitata che per le controversie alimentate⁸⁹. La teoria della pena costituisce, per altro, un aspetto di una più vasta impresa intellettuale, nel cui ambito Duff ha riesaminato le basi filosofiche del sistema penale, e che in questa sede non sarà certo possibile esporre compiutamente. Pur limitando la nostra analisi alla teoria della pena, sarà comunque necessario tener presente che questa si collega ad

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ La teoria è principalmente illustrata in R.A. DUFF, *Trials and Punishments*, Cambridge, 1986 e, con alcuni cambiamenti, in ID., *Punishment, Communication, and Community*, cit. (2001). Le questioni di fondo che qui preme esaminare, in particolare il ruolo della “pena-penitenza” (v. *infra* nel testo), restano sostanzialmente immutate, come rileva M. MATRAVERS, *Duff on Hard Treatment*, in R. CRUFT, M.H. KRAMER, M.R. REIFF (eds.), *Crime, Punishment, and Responsibility. The Jurisprudence of Antony Duff*, Oxford, 2011, p. 70. Per un'esposizione più sintetica e aggiornata v., inoltre, R.A. DUFF, *Punishment as Communication*, cit., p. 1 ss.

una teoria della responsabilità, che ne costituisce la premessa, e ad una peculiare concezione dello Stato, come unico soggetto legittimato ad infliggere la sanzione⁹⁰.

In sintesi, la teoria della responsabilità di Duff si regge sull'ideale di "agente morale" (*moral agent*) di ispirazione kantiana, ossia sull'individuo capace di decidere per la propria condotta di vita, conciliando il suo comportamento con i valori e i fini che egli stesso ritiene per sé vincolanti⁹¹. Nel rapportarsi all'agente morale, lo Stato incontra un triplice ordine di limiti: *a*) è anzitutto tenuto a riconoscerne l'autonomia, vale a dire a rispettare i valori e la visione morale di ciascun individuo, in base ai quali questi può condurre una vita auto-responsabile; *b*) è tenuto a rispettarne la razionalità, potendo sì influenzare (o provare ad influenzare) la scala di valori di un individuo, ma a patto di rispettarne la capacità razionale, dunque evitando di manipolarlo (ragion per cui, nella comunicazione con un agente morale, saranno vietati la coercizione e l'inganno, mentre sarà consentita la sola persuasione fondata su argomenti razionali, a cui si può ricorrere anche per trasmettere convinzioni morali); *c*) non può strumentalizzarlo, cioè trattarlo come mezzo per conseguire un fine (secondo la nota formula kantiana)⁹².

Quanto alla concezione dello Stato, Duff postula una forma di comunitarismo liberale in cui, pur avendo lo Stato una base comunitaria, nella quale cioè si condividono alcuni valori di fondo, vige il rispetto dei valori individuali. S'innesta, in questo quadro, una definizione di reato come "illecito di interesse pubblico", in quanto i beni violati, sia pure appartenenti agli individui (come i classici diritti individuali, quali l'autonomia, la libertà, la riservatezza), sono socialmente riconosciuti e condivisi⁹³. Ne deriva che la reazione al crimine deve per forza coinvolgere la comunità, la quale può legittimamente fare appello ai propri membri, perché

⁹⁰ Cfr. C. SACHS, *Moral, Tadel, Busse: Zur Strafrechtstheorie von Antony Duff*, Baden-Baden, 2015. Per una breve introduzione al pensiero di Duff, non solo con riguardo alla teoria della pena, ma anche alla teoria della responsabilità, della criminalizzazione, del tentativo e del processo, v. anche M.R. REIFF, R. CRUFT, *Antony Duff and the Philosophy of Punishment*, in *Crime, Punishment, and Responsibility. The Jurisprudence of Antony Duff*, cit., p. 3 ss.

⁹¹ R.A. DUFF, *Trials and Punishments*, cit., p. 6.

⁹² Per questa sintesi, cfr. C. SACHS, *Moral, Tadel, Busse*, cit., p. 60 ss., con puntuali riferimenti all'opera di Duff.

⁹³ Sulla concezione politica di fondo della teoria della pena in Duff, v. R.A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, cit., p. 35 ss.

questi condividano i suoi valori, senza necessariamente pretendere che questa iniziativa abbia successo. Il problema – a giudizio di Duff – consiste nel capire se questo “appello” possa essere fatto attraverso il diritto penale col suo arsenale di misure coercitive e, in particolare, con una pena che imponga un trattamento afflittivo⁹⁴.

Va precisato che l'appartenenza alla comunità, per Duff, è un dato di fatto, cioè una situazione non passibile di scelta da parte dell'individuo, il quale, per tanto, non può liberamente sottrarsi; allo stesso tempo, questa appartenenza genera un'obbligazione politica in capo ai membri della comunità, consistente nell'obbligo di aver cura degli altri membri. Coerente con tale visione filosofico-politica è la posizione di Duff sui rapporti tra diritto e morale. Per Duff, la legge poggia necessariamente su un vincolo di ordine morale: i consociati non devono obbedire ai precetti solo perché l'inosservanza è minacciata con una sanzione, ma devono essere convinti, in quanto esseri razionali, della bontà in senso morale della legge, ovvero del nesso tra valori e legge, il cui sfondo è dato dal perseguimento del bene comune. Di conseguenza, la legge deve fornire le ragioni perché si agisca conformemente ad essa, prim'ancora che imporre sanzioni⁹⁵.

Da queste premesse emerge come la concezione dello Stato si ponga in un rapporto di delicato equilibrio con l'idea di individuo quale agente morale fatta propria da Duff⁹⁶; vedremo come questo equilibrio si ripercuota anche sulla teoria della pena e quali tensioni ne derivino.

Per Duff la sola funzione della pena compatibile con la sua concezione di Stato e di individuo è la funzione “comunicativa”, termine che egli tiene ben distinto da “espressivo”, in quanto la pena è parte di un processo in cui il reo deve essere messo in condizione di dialogare con lo Stato, quale “soggetto” e non come semplice “oggetto” della comunicazione⁹⁷.

⁹⁴ Cfr. R.A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, cit., p. 68 ss.

⁹⁵ R.A. DUFF, *Trials and Punishment*, cit., p. 97, dove si legge: «[...] ciò che rende la legge un metodo appropriato di controllo sociale non è la sua maggiore efficienza rispetto a metodi di controllo più manipolativi o coercitivi, ma il fatto di incorporare un dovuto rispetto nei confronti dei cittadini come agenti razionali». Questo vincolo morale obbliga tutti i membri di una comunità, anche coloro che non accettano quei valori, in quanto membri della comunità. In tale frangente, Duff ha modo di prendere posizione nel dibattito sui rapporti diritto/morale secondo gli schemi del giusnaturalismo e del positivismo, dicendosi in parte tributario, ma allo stesso tempo autonomo, ad entrambe le tradizioni (cfr. *ibidem*).

⁹⁶ Cfr. C. SACHS, *Moral, Tadel, Busse*, cit., p. 85 ss.

⁹⁷ R.A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, cit., p. 79 ss.

Con la pena, difatti, si cerca di persuadere il reo a riconoscere l'illiceità delle proprie azioni, essendo questo l'unico modo per trattare il reo (ancora) come un membro della comunità politica cui appartiene (ché altrimenti la pena finirebbe solo per escluderlo) e da agente morale. Anzi, come per Hegel, il trattamento in questione costituisce un vero e proprio diritto del reo, dal momento che ignorare il reato o sottoporre l'autore a una qualche misura incapacitante (non definibile "pena") svilirebbe la sua natura di essere morale⁹⁸.

Più in dettaglio, la pena esprime anzitutto condanna, ovvero la riaffermazione di quei valori racchiusi dalla legge e violati dal reato. Tale funzione assume fondamentale importanza, dal momento che una mancata condanna equivarrebbe ad un "tradimento" di quei valori⁹⁹. Ma l'inflizione di una pena cerca anche di indurre nel condannato la consapevolezza di ciò che ha commesso e l'eventuale modifica dei comportamenti futuri, solo che, contrariamente alle visioni consequenzialiste-utilitariste, questo fine non va misurato in termini di efficienza, e dunque sulla base di ragioni contingenti (per le quali potrebbe riuscire o fallire), ma è un connotato intrinseco della pena, ossia una funzione *in sé adeguata*, ed è un *atto dovuto* nei confronti, non solo dell'offeso, ma anche del colpevole.

A questo punto del ragionamento, Duff introduce la sua nota quanto controversa proposta di concepire la pena come una "penitenza secolare", i cui obiettivi – come detto, non subordinati a ragioni contingenti – sono articolabili in "tre r": *repentance, reform, reconciliation*; essi vanno perseguiti attraverso un «processo comunicativo di imposizione di oneri penitenziali nei confronti del reo»¹⁰⁰. Il pentimento (*repentance*) è, come anticipato, un obiettivo insito nel rimprovero (*censure*) espresso dalla pena, poiché il rimprovero serve a persuadere il reo a riconoscere l'illecito e a pentirsene¹⁰¹. Tuttavia, tale opera di persuasione costituisce sempre e soltanto un *tentativo*, che deve essere intrapreso anche se accettiamo in

⁹⁸ R.A. DUFF, *Trials and Punishment*, cit., p. 258 ss. (con richiamo a Hegel); ID., *In Defence of One Type of Retributivism: A Reply to Bagaric and Amarasekara*, in *Melbourne University Law Review*, 2000, p. 418; con lievi aggiornamenti, ID., *Punishment as Communication*, cit., p. 8 ss.

⁹⁹ R.A. DUFF, *Trials and Punishment*, cit., p. 233 ss.

¹⁰⁰ R.A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, cit., p. 106 ss.

¹⁰¹ Così, R.A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, cit., pp. 81-82 e 107.

partenza che possa fallire¹⁰². La sua riuscita è rimessa esclusivamente alla libertà del reo; «noi proviamo a raggiungere la “cittadella interna della sua anima”: ma non proviamo ad abbattere i suoi cancelli; piuttosto, proviamo a persuaderlo ad aprire da sé quei cancelli, lasciandolo libero di tenerli fermamente chiusi»¹⁰³.

Ma per quale ragione il pentimento deve essere sollecitato tramite l'inflizione di sofferenza? O in altre parole: che ruolo assume l'*hard treatment* in questa ricostruzione?

Duff nega, anzitutto, ogni eventuale fondamento deterrente come pure ogni possibile incorporazione di ragioni preventive nella definizione di pena; in caso contrario, la legge tornerebbe ad essere minaccia e non più persuasione, sì da diventare incompatibile con l'idea di comunità liberale e con la natura di agenti razionali dei consociati affermate in premessa. Secondo la sua originale impostazione, la sofferenza inflitta al reo si rende necessaria a causa dell'incapacità, solitamente mostrata dagli esseri umani, di riflettere adeguatamente, cioè a lungo e con profondità, sul male commesso, sì da non potersene pentire “seriamente”¹⁰⁴.

L'*hard treatment*, allora, assolve una prima funzione, consistente nel richiamare l'attenzione del reo, tramite la sofferenza indotta dalla pena, sul crimine commesso, in base al presupposto per cui solo questa condizione possa propiziare un serio pentimento. Questo processo dovrebbe costituire al tempo stesso la premessa di una *auto-riforma* del condannato, motivata dal pentimento. Infine, la penitenza, corredata dal trattamento afflittivo, costituisce la maniera adeguata attraverso cui il condannato esprime il suo tentativo di *riconciliarsi* con le persone offese e, in generale, con la comunità: la sofferenza causata dalla pena, come forma di scusa pubblica, attesta la serietà di questo tentativo di riconciliazione, ben al di là di quanto farebbe una semplice richiesta verbale di scuse¹⁰⁵.

In sostanza, per Duff *censure* e *hard treatment* si giustificano in base ad una comune funzione comunicativa; il trattamento afflittivo, in particolare, costituirebbe, da un lato, un atto comunicativo a disposizione del-

¹⁰² Così R.A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, cit., p. 82: «But our censure still takes the form of an attempt (albeit what we believe is a futile attempt) to persuade him».

¹⁰³ R.A. DUFF, *Trials and Punishment*, cit., p. 272.

¹⁰⁴ R.A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, cit., p. 107.

¹⁰⁵ R.A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, cit., pp. 107-109; ID., *Punishment as Communication*, p. 8 ss.

lo Stato-comunità (non solo per esprimere un rimprovero, ma anche) per indurre il pentimento e, dall'altro lato, un mezzo con cui il reo comunica adeguatamente il suo pentimento. Con la pena-penitenza, dunque, si conclude il dialogo tra comunità e reo cominciato col processo¹⁰⁶.

4.1. (*Segue*). Sulla asserita struttura dialogica della pena: rilievi scettici

Mentre alcune premesse del pensiero di Duff (incentrate sulla legge come messaggio) paiono compatibili con gli assunti di fondo del costituzionalismo penale, la prima osservazione critica concernente la sua teoria riguarda proprio il ruolo rivestito dal trattamento afflittivo: in fondo, dire che il reo è tenuto a soffrire perché non basta chiedere scusa, corrisponde a null'altro che a una nozione di senso comune, o semmai riflette una convenzione sociale, ma non spiega ancora perché sia *necessario* soffrire¹⁰⁷. Questa critica, comune anche ad altre teorie espressive e comunicative, può essere estesa alla struttura complessiva della spiegazione fornita da Duff, costituita dall'assimilazione della pena ad una forma di comunicazione morale.

È in primo luogo necessario appurare se, conformemente a quanto da lui stesso rivendicato, la tesi di Duff sia in grado di superare la secca alternativa sottesa alle impostazioni tradizionali. In effetti, questa tesi offre una via d'uscita alla dicotomia tra una visione rivolta esclusivamente al passato (retribuzionismo) e una rivolta principalmente al futuro (conseguenzialismo), nella misura in cui sostiene che, capire perché ha sbagliato, costituisce in sé un motivo di riforma interiore per il reo. La pena, dunque, è sì e in primo luogo una risposta ad un fatto del passato, ma guarda al tempo stesso ad un traguardo futuro (la triade pentimento, riforma e riconciliazione)¹⁰⁸. E la conciliazione tra passato e futuro rimane attrac-

¹⁰⁶ Cfr. R.A. DUFF, *Trials and Punishment*, cit., p. 238.

¹⁰⁷ N. HANNA, *Say What? A Critique of Expressive Retributivism*, cit., p. 142 ss.; sul punto, v. anche la critica di M. MATRAVERS, *Duff on Hard Treatment*, cit., p. 75 ss., il quale, per altro, non respinge *in toto* la tesi di Duff, ma la ritiene carente proprio rispetto alla giustificazione dell'*hard treatment*. Questo Autore considera la posizione di Duff sul punto incompleta, sostenendo che l'impiego di un trattamento afflittivo andrebbe spiegato con riguardo non solo alla natura dell'uomo come agente morale, ma anche come "essere prudentiale" (*ibidem*, p. 82).

¹⁰⁸ R.A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, cit., p. 89.

cata ad una teoria assoluta della pena, svincolata cioè da ragioni contingenti che possono ostacolarne il risultato.

Insomma, la “finalità” della pena appare intrinsecamente virtuosa, secondo una prospettiva d’analisi indubbiamente stimolante, ma non del tutto appagante. Resta infatti da capire se sia possibile assegnare alla pena degli obiettivi, ignorando del tutto i presupposti empirici per conseguirli. Quand’anche assecondassimo Duff nel ritenere che quegli obiettivi non necessariamente debbano concretizzarsi, si porrebbe quantomeno la questione dell’astratta idoneità della punizione a realizzarli: parlare di “fini” implica, in linea di principio, se non proprio una verifica empirica del mezzo, quantomeno l’impossibilità di trascurare completamente la dimensione empirica nel discorso che si va facendo¹⁰⁹.

Nella prospettiva di Duff, l’estromissione della dimensione empirica si giustifica in ragione della sua impostazione di fondo, ovvero della susunzione della pena-penitenza in un processo comunicativo; in siffatta prospettiva, il tema dell’efficacia empirica è, per così dire, rimpiazzato da una supposta efficacia comunicativa della pena. Questa efficacia non si ricava dal sistema punitivo vigente, ma corrisponde ad un modello normativo ideale¹¹⁰. E allora la critica si riversa nel seguente interrogativo: davvero l’infrazione di (e la sottoposizione a) una pena può essere inquadrata in una forma di “comunicazione”, di cui il reo sia parte attiva? O la natura coercitiva della sanzione compromette in radice questa possibilità?¹¹¹

Duff non elude il problema, che ha discusso in varie sedi e sotto vari punti di vista. Va premesso che qui non è in discussione la possibilità che, ad un tempo, si sia “costretti” a partecipare ad un dialogo (costrizione che la pena di fatto comporta) e rimanere liberi di lasciarsi o meno

¹⁰⁹ Un problema di tipo empirico è rilevato anche da P. KÖNIGS, *The Expressivist Account of Punishment*, cit., p. 1036, che però lo riferisce al fatto che Duff suppone che solo la pena, e nessun’altra risposta, sia idonea a conseguire il pentimento (non essendo escluso, per altro, che la pena possa provocare risentimento più che rimorso).

¹¹⁰ Duff ha rimarcato la differenza tra il piano concreto e il piano ideale della giustificazione della pena in varie sedi, ad esempio, in R.A. DUFF, *In Defence of One Type of Retributivism*, cit., p. 420.

¹¹¹ V. gli interrogativi sollevati da J.E. BICKENBACH, *Duff on non-custodial punishment*, in *Restitutivism and Its Critics*, cit., p. 71 ss. Con più specifico riguardo all’assimilazione del processo penale a un “dialogo”, v. le riserve critiche di R.J. LIPKIN, *Punishment, Penance and Respect for Autonomy*, in *Social Theory and Practice*, vol. 14(1), 1988, spec. p. 95 ss.

convincere dal messaggio veicolato dal dialogo¹¹². Del resto, fin dalla prima formulazione della sua tesi, Duff sostiene che la pena può essere coercitiva senza essere manipolativa¹¹³. La persuasione, infatti, si realizza col prospettare al reo ragioni “buone e appropriate” perché egli cambi il suo comportamento; essa si rivelerebbe rispettosa dell’autonomia della persona, a differenza della manipolazione e dell’inganno, consistenti nella prospettazione di ragioni non vere. Ragioni “buone e appropriate” sono le stesse che spingono chi muove il rimprovero a considerare il comportamento del reo moralmente riprovevole; tale qualità verrebbe meno se si “corrompesse” il reo, offrendogli un premio o una qualche utilità per indurlo al cambiamento: in tal caso il colpevole sarebbe “persuaso” dalla prospettiva di conseguire quel premio e non dall’aver compreso l’ingiustizia della propria condotta¹¹⁴.

Il nocciolo della questione, però, attiene alla effettiva possibilità del reo di esprimersi liberamente nell’ambito di questo dialogo. Alla possibile obiezione, secondo cui la sua tesi suscita l’impressione che la “parte” del reo, in fin dei conti, sia interamente scritta dallo Stato, Duff ha replicato osservando che il dialogo non richiede sincerità da parte del reo, il quale non deve per forza modificare le sue attitudini interiori; in sostanza, il reo è obbligato a partecipare a un rituale di scuse ma resta libero di non pentirsi¹¹⁵.

Nonostante queste delucidazioni, l’impressione è che il trattamento ri-

¹¹² Possibilità efficacemente difesa da R.A. DUFF, *In Defence of One Type of Retributivism*, cit., p. 414.

¹¹³ R.A. DUFF, *Trials and Punishment*, cit., p. 268 ss., 273.

¹¹⁴ R.A. DUFF, *Trials and Punishment*, cit., p. 50 ss.

¹¹⁵ R.A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, cit., p. 110. Va altresì segnalato come l’obiezione per cui il carattere coercitivo della pena sia incompatibile con la natura di agente morale del destinatario sia stata fronteggiata ricorrendo anche al seguente argomento. I reati non sono semplicemente torti oggettivi, bensì “azioni” sorrette da colpevolezza, elemento che rende l’azione imputabile al colpevole. Il colpevole, per tanto, non può sostenere che le intenzioni e gli atteggiamenti manifestati nella sua azione criminosa siano un affare “privato”, del quale il diritto penale non debba interessarsi. Il diritto penale, dunque, non esercita mera coercizione, ma chiama a rispondere i colpevoli, perché questi hanno manifestato, attraverso il reato, attitudini avverse a un interesse fondamentale della comunità (*ibidem*, pp. 128-129). L’argomento è in sé tipicamente retribuzionista, nel momento in cui riecheggia la tesi della pena-sofferenza come punizione della volontà tracotante del reo (così, rileggendo Hegel, F. D’AGOSTINO, *La sanzione*, cit., p. 111).

servato al reo sia soltanto il simulacro di un processo comunicativo; per dirla con le parole di Kimberley Brownlee, «suggerire che questo trattamento sia coerente con il rispetto della libertà dell'offeso di scrivere il proprio lato del dialogo è [...] simile a ritenere che una persona cui è stata imbottita la bocca di cibo sia nondimeno rispettata nell'essere libera o meno di inghiottire»¹¹⁶. Il punto è che, nel processo comunicativo tra Stato e reo, il primo possiede il potere di modificare lo *status* legale e morale del secondo, in misura tale da alterare la parità tra gli attori e, di conseguenza, da compromettere le condizioni stesse di un vero e proprio "dialogo". La condanna, infatti, proprio perché in grado di modificare lo *status* del condannato, è un atto performativo, al quale il condannato non può "rispondere", nei termini in cui si suppone che ciò avvenga in un vero e proprio dialogo¹¹⁷.

La "risposta" del reo potrebbe essere insincera – il che avvalorerebbe la critica per cui siamo innanzi ad una finta comunicazione –, ma risulta oltremodo problematico, nella prospettiva assunta da Duff, giustificare la punizione del reo già pentito, prima ed a prescindere dalla sottoposizione alla pena, come pure del reo renitente al pentimento, cioè non persuaso malgrado la pena o radicalmente impersuadibile. Nei confronti del primo, Duff considera la pena comunque necessaria, in quanto costituente l'unico mezzo adeguato con cui il reo è chiamato ad esternare il proprio pentimento e, con ciò, a chiedere la propria riammissione nella comunità. Non si può non replicare che, nei fatti, in tal caso egli sia esposto ad una sofferenza inutile¹¹⁸.

Quanto al reo non pentito e non persuadibile, per Duff nulla ci autorizza a ritenere che, per quanto sinora fallito, il tentativo di riformare un simile criminale sia sempre destinato a fallire; il rispetto che dobbiamo alla sua essenza di agente morale vieta non solo la pena di morte o forme di incapacitazione definitiva, ma anche che lo si punisca solo per dare un esempio agli altri (cioè che lo si degradi a mezzo per un fine sociale).

¹¹⁶ K. BROWNLEE, *The Offender's Part in the Dialogue*, in *Crime, Punishment, and Responsibility*, *The Jurisprudence of Antony Duff*, cit., p. 55.

¹¹⁷ Per tali osservazioni, K. BROWNLEE, *The Offender's Part in the Dialogue*, cit., p. 57 ss. La sostanziale asimmetria del processo comunicativo realizzato con l'imposizione di una pena è constatata anche da J.E. BICKENBACH, *Duff on non-custodial punishment*, cit., pp. 72-73.

¹¹⁸ Cfr. K. BROWNLEE, *The Offender's Part in the Dialogue*, cit., p. 60; critico, sul punto, anche M. MATRAVERS, *Duff on Hard Treatment*, cit., p. 80.

Piuttosto, non bisognerebbe mai abbandonare la speranza di riforma, continuando a fare appello alla capacità di discernimento morale insita in ogni uomo (“al bene che c’è in lui”) ¹¹⁹. Sia pure in forma problematica, Duff ritiene che questa speranza non vada dismessa, qualunque sia la gravità del crimine commesso, ad esempio, anche nei confronti degli autori di un grave attentato terroristico. In chiave critica, ci si può anzitutto chiedere se abbia un senso insistere nel punire un soggetto che non ha alcuna intenzione di pentirsi e, soprattutto, se l’obiettivo del pentimento, per quanto indeterminato o radicalmente irraggiungibile, non condizioni il rapporto di proporzionalità, incentivando un trattamento più severo, a parità di gravità del reato commesso, per l’autore che mostri maggiore ritrosia a pentirsi ¹²⁰.

Duff considera anche una differente ipotesi di reo non pentito: il caso di colui che, in coscienza, ritiene di aver agito in modo non ingiusto, assecondando però valori diversi da quelli della comunità, come chi uccide l’amico malato terminale sofferente. In questo caso, secondo Duff, si potrebbe ricorrere a un’attenuante, ma giammai rinunciare alla punizione, poiché l’agente ha commesso comunque un atto contrario ai propri doveri di cittadino, solo che questo atto è punito non più quale *malum in se* ma come *malum prohibitum* ¹²¹. Questa soluzione è comunque insufficiente, sia perché non esiste un dovere puro di “obbedire” alla legge in quanto cittadini, sia perché esistono diversi livelli di disobbedienza civile: in alcuni di questi l’agente rifiuta ogni dialogo con la società, in altri invece tenta comunque di intraprendere un dialogo morale con la società, sì che una pena attenuata costituisce una risposta comunque inadeguata ¹²².

¹¹⁹ R.A. DUFF, *Trials and Punishment*, cit., pp. 264-265, ove ci si distacca dall’idea esposta nel *Gorgia* di Platone (§§ 512a, 525c), secondo la quale il colpevole “incurabile” dovrebbe continuare ad essere punito come esempio per gli altri oppure essere ucciso (cfr. PLATONE, *Gorgia*, a cura di F. Adorno, Roma-Bari, 1997, p. 161 ss.).

¹²⁰ Per questa critica, che in verità potrebbe virtualmente coinvolgere anche le teorie che assegnano uno scopo rieducativo alla pena, A. VON HIRSCH, *Punishment, Penance, and the State*, in M. MATRAVERS (ed.), *Punishment and Political Theory*, cit., p. 80.

¹²¹ R.A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, cit., p. 122.

¹²² K. BROWNLEE, *The Offender’s Part in the Dialogue*, cit., p. 61.

5. La versione pluralista di teoria comunicativa elaborata da J. Tasioulas e la topografia morale della clemenza

Ai problemi da ultimo accennati ha cercato di dare una soluzione John Tasioulas, filosofo inglese profondamente influenzato dal pensiero di Duff.

Al pari delle posizioni da ultimo esaminate, Tasioulas fa propria una concezione in base alla quale la funzione della pena, consistente nel comunicare – non solo al reo, ma anche alla vittima e a “terze parti” – un giusto rimprovero¹²³, costituisce la giustificazione e non solo una descrizione nominalistica della pena. Egli rivendica però una specificità “cruciale” della sua impostazione: la comunicazione, a suo modo di vedere, rappresenta la *spiegazione formale* della pena, accanto alla quale si pone una *spiegazione sostanziale*, che è data dalla giustizia retributiva. La distinzione tra i due piani esplicativi permette di attribuire alla pena fini diversi, corrispondenti a valori ulteriori rispetto a quello retrostante alla retribuzione; il fondamento di codesti valori risiede nella loro relazione con il fine formale, consistente, come detto, nella comunicazione della censura¹²⁴.

L’approccio di Tasioulas può essere definito “pluralista”, proprio perché ambisce ad ascrivere più fini, connessi a una pluralità di valori giustificativi della pena, cercando di risolvere i possibili conflitti nel quadro di un unico apparato teorico¹²⁵. Tra i plurimi valori e fini della pena trovano collocazione le ragioni preventive, che in tal modo riceverebbero una spiegazione esente dalle aporie di una teoria mista o ibrida sul modello di von Hirsch¹²⁶, e quelle costituenti una possibile causa di clemenza (*mercy*), sulle quali nel prosieguo di questo paragrafo dovremo ritornare.

La relazione tra giustificazione formale (comunicazione) e sostanziale (retribuzione) della pena è foriera di alcune differenze rispetto alle teorie

¹²³ J. TASIOLAS, *Punishment and Repentance*, in *Philosophy*, vol. 81(316), 2006, p. 283 ss.

¹²⁴ J. TASIOLAS, *Punishment and Repentance*, cit., p. 285.

¹²⁵ J. TASIOLAS, *Punishment and Repentance*, cit., p. 279 ss. Sul pluralismo assiologico di Tasioulas (nell’ambito di una personale revisione di “monismo” e “pluralismo” come concetti classificatori delle teorie della pena), L. ZAIBERT, *Rethinking Punishment*, Cambridge, 2018, pp. 15 ss., 133 ss.

¹²⁶ J. TASIOLAS, *Punishment and Repentance*, cit., pp. 286, 293 ss.

comunicative sinora analizzate, a cominciare dalla legittimazione dell'*hard treatment* come modalità tipica di espressione della censura. Questa legittimazione, per Tasioulas, non può basarsi unicamente su una convenzione sociale, ma deve poggiare su un "valore" («a justifying value») in grado di svelare il nesso tra censura e inflizione di sofferenza¹²⁷. A tal proposito, egli ritiene di dover invertire l'ordine argomentativo tipico delle teorie comunicative, secondo le quali la pena è "meritata" (*deserved*) perché "giustificata" (*justified*) dall'essere una forma di censura; in questi termini, è inevitabile chiedersi perché la censura debba essere espressa proprio attraverso una privazione materiale. In realtà, osserva Tasioulas, l'ordine argomentativo andrebbe invertito: è la censura ad essere "giustificata" perché incorpora un rimprovero "meritato" al reo¹²⁸. Il carattere centrale della pena, dunque, non è solo la comunicazione di un "rimprovero meritato" (*deserved blame*) bensì di una "censura giustificata" (*justified censure*)¹²⁹.

Impostata in tal modo la relazione tra questi concetti, Tasioulas fa anzitutto notare come non sussista uno iato qualitativo, ma semmai quantitativo, tra *censure* e *hard treatment*, dal momento che la censura contiene già un proprio contenuto afflittivo; per tanto, il passaggio dall'uno all'altro elemento della pena richiederebbe minor dispendio argomentativo, sì da potersi riassumere nella seguente domanda: «perché la censura deve assumere la forma di una condanna implicante un trattamento afflittivo in aggiunta al trattamento afflittivo già insito nei mezzi più indulgenti di comunicazione della censura?»¹³⁰. La risposta, in sostanza, fa appello all'adeguatezza del trattamento afflittivo a riflettere la gravità dell'illecito commesso, dunque, ad una concezione della retribuzione come norma fondamentale di giustizia e ragione primaria della pena. Le altre finalità della

¹²⁷ J. TASIIOULAS, *Punishment and Repentance*, cit., p. 289 ss. (cit. a p. 290, corsivo in originale).

¹²⁸ V. J. TASIIOULAS, *Punishment and Repentance*, cit., p. 294, dove l'A. denuncia «[...] the mistaken idea that on a communicative account, punishment is deserved because it is justified as censure. If this is the direction in which the relation between these concepts runs, then one might very well be mystified as to why censure need take the form of material deprivation. But, if anything, this gets things in precisely the reverse order. On the formal account, the censure conveyed by punishment is *pro tanto* justified because it embodies the blame that the wrongdoer deserves».

¹²⁹ J. TASIIOULAS, *Repentance and the Liberal State*, in *Ohio Journal of Criminal Law*, 4/2007, p. 499.

¹³⁰ J. TASIIOULAS, *Punishment and Repentance*, cit., p. 296.

pena sono dettate da ragioni secondarie, giustificabili solo se è valida la prima ragione giustificatrice di carattere retributivo¹³¹.

Da questo punto di vista, la teoria di Tasioulas può essere vista come un tentativo di conciliare il monismo della giustificazione della pena (inteso come atteggiamento opposto a quello assunto dalle c.d. "teorie miste"), che in ultima istanza è di tipo retributivo, con il pluralismo delle sue finalità, ottenuto attraverso un affinamento concettuale delle teorie comunicative, in specie della teoria di Duff. Essendo la sua tesi incentrata su un fondamento retributivo, non ci sembra di essere in presenza di una "nuova" teoria giustificativa della pena, tanto meno di una teoria idonea a giustificare la componente dell'*hard treatment*¹³². Tuttavia, la precisazione per cui la censura debba essere "giustificata" (non solo "meritata", cioè corrisposta in base a un principio retributivo) permette a Tasioulas di inquadrare nella sua teoria pluralista alcune questioni in maniera originale rispetto alle altre teorie comunicative e differente rispetto alle teorie retributive pure.

Viene in considerazione, soprattutto, il ruolo assolto dal pentimento.

Tasioulas ritiene che, tra le finalità secondarie della pena, figuri anche l'opportunità che essa offre al reo di pentirsi, sottoponendosi alla pena¹³³. Anche egli affronta, dunque, la questione della necessità di punire, o di punire con immutata severità, il reo giunto al pentimento prima dall'applicazione di una pena.

Data la centralità del principio retributivo, nessun valore esimente e, in linea di principio, attenuante può essere riconosciuto a questa ipotesi (a meno che il pentimento, immediatamente dopo il fatto, non abbia l'effetto di attenuarne la gravità: ma si tratta della classica "eccezione che conferma la regola")¹³⁴. Duff, come abbiamo visto, giunge a un risultato ana-

¹³¹ *Ibidem*. V. anche J. TASIOLAS, *Repentance*, cit., p. 495.

¹³² È interessante notare che questo stesso addebito viene mosso da Tasioulas alla teoria di Duff, tacciata di essere sostanzialmente "dominata dall'idea del merito retributivo" e non realmente aperta al pluralismo di valori al quale, almeno in premessa, Duff aderisce (cfr. J. TASIOLAS, *Punishment and Repentance*, cit., p. 286). In realtà, la tesi di Tasioulas consente un inquadramento diverso di alcune questioni (v. *infra* nel testo), ma resta espressamente ancorata a presupposti retributivi (dai quali Duff, invece, cerca di discostarsi). Per un confronto tra Duff e Tasioulas, sotto questo punto di vista, si rinvia a L. ZAIBERT, *Rethinking Punishment*, cit., p. 133 ss.

¹³³ Cfr. J. TASIOLAS, *Punishment and Repentance*, cit., p. 301.

¹³⁴ J. TASIOLAS, *Punishment and Repentance*, cit., p. 308.

logo, sostenendo che il pentimento ottenuto senza passare dalla punizione non sia incanalato nell'unica forma di espiazione adeguata sul piano comunicativo, intravista nella sottoposizione alla pena. Tasioulas concorda circa l'esistenza di un nesso costitutivo e non puramente strumentale tra pena e pentimento, che impedisce anche di elevare il carico sanzionatorio in vista del conseguimento di un effettivo pentimento; ma ritiene che, entro il limite del rispetto del principio retributivo, vi sia anche un nesso strumentale tra pena e pentimento, in base al quale il giudice può scegliere la pena più idonea a sollecitare il pentimento¹³⁵.

A differenza di (von Hirsch e) Duff, dunque, la tesi in esame non chiude le porte a considerazioni di tipo teleologico in sede di commisurazione. Piuttosto, almeno secondo il suo Autore, la tesi consentirebbe una migliore soluzione di questo genere di problemi, da un lato, preservando l'integrità della regola di giustizia retributiva (e con essa le esigenze di proporzionalità), dall'altro lato, spiegando il valore attenuante occasionalmente attribuito al pentimento con gli strumenti di una teoria comunicativa¹³⁶.

Per comprendere quest'ultimo punto, bisogna accennare a un tema ampiamente presente nel dibattito anglosassone sulla pena: la legittimazione morale della "mercy". A tale espressione, traducibile, almeno in questo contesto (strettamente filosofico), con "clemenza"¹³⁷, sono di fatto riconducibili istituti alla cui applicazione consegue un trattamento più mite del reo (a cominciare dalle circostanze da tener presenti nella commisurazione della pena) o, in una più lata accezione, la stessa rinuncia alla punizione (in questo caso però, almeno secondo alcuni autori, occorrerebbe distinguere tra *mercy* e *forgiveness*)¹³⁸.

¹³⁵ J. TASIIOULAS, *Repentance*, cit., p. 495 ss.

¹³⁶ J. TASIIOULAS, *Punishment and Repentance*, cit., p. 310 ss.

¹³⁷ Dal punto di vista più strettamente giuridico, le difficoltà di traduzione derivano dalla molteplicità di istituti riconducibili al termine "mercy" (grazia, amnistia, perdono giudiziale, ecc.) nei sistemi di *common law* e dal differente inquadramento dato sovente agli stessi nei sistemi di *civil law*. Sulle difficoltà di traduzione del termine *mercy*, v. G. FORNASARI, "Right to punishment", cit., p. 28 ed *ivi* nt. 40. Per avere contezza di tali difficoltà, basti consultare A. NOVAK, *Comparative Executive Clemency. The Constitutional Pardon Power and the Prerogative of Mercy in Global Perspective*, London, 2016, che per altro (sin dal titolo) utilizza in maniera sostanzialmente fungibile i termini "mercy" e "clemency". Per una ricostruzione delle ripercussioni anche pratiche del dibattito teorico, D.J. CORNWELL, *Mercy. A Restorative Philosophy*, Hook, 2014.

¹³⁸ Cfr. L. ZAIBERT, *Rethinking Punishment*, cit., p. 120.

Nell'impossibilità di ripercorrere compiutamente questo dibattito, sia detto solo che la clemenza costituisce un problema per ogni sostenitore della retribuzione, in quanto contraddice il principio per cui il reo merita la punizione per il fatto, né più né meno di quanto esiga la gravità del fatto stesso (in senso oggettivo e soggettivo). Anche nell'ambito della teoria comunicativa di Duff, la clemenza ha un fondamento morale distinto dalla ragione che giustifica la pena: il che non significa che di essa sia negata qualunque applicazione, ma piuttosto che di ogni sua eventuale applicazione deve essere data una giustificazione basata su valori eccentrici rispetto a quelli che giustificano il magistero punitivo, cioè siti al di fuori di ciò che Duff chiama "*the realm of criminal law*"¹³⁹.

Per contro, Tasioulas ritiene che la clemenza possa trovare una giustificazione nell'ambito di quelle ragioni secondarie (rispetto alla retribuzione) che egli riconnette alla giustificazione formale (cioè alla funzione comunicativa) della pena. La clemenza diviene con ciò una risorsa per punire in modo più mite, per ragioni diverse da quelle concesse dalla giustizia retributiva (ragioni che, comunque, non determinano alcun diritto del reo alla clemenza e che devono sempre essere contemperate a quelle della giustizia retributiva)¹⁴⁰. Si delinea così una "topografia morale" della clemenza interna al sistema penale, diversa dalla collocazione assegnata dalle teorie retributive e dalla teoria di Duff.

Tornando alla questione del pentimento antecedente alla punizione, Tasioulas vede questa ipotesi come causa di clemenza («ground for mercy»), da prendere in considerazione come fattore attenuante la pena. Il pentimento non influisce sulla responsabilità per il fatto (per cui l'attenuazione non può basarsi su ragioni retributive, come accadrebbe in caso di desistenza); nondimeno, scrive Tasioulas, «[...] vi è un inevitabile senso di eccesso nell'insistere nella piena inflizione del trattamento afflittivo meritato, dal momento che il reo si è già pentito». Il pentimento incide, infatti, su una delle finalità assegnate alla pena dalla teoria comunicativa, quella appunto di indurre il pentimento; l'attenuazione, per tanto, si colloca nella struttura di tale teoria, a temperamento della norma retributiva¹⁴¹.

¹³⁹ R.A. DUFF, *The Intrusion of Mercy*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 4/2007, p. 361 ss.

¹⁴⁰ J. TASIIOULAS, *Punishment and Repentance*, cit., p. 312 ss.

¹⁴¹ J. TASIIOULAS, *Punishment and Repentance*, cit., p. 318.

6. Specificazioni sul concetto di “pentimento”: attriti con una concezione liberale dello Stato e del diritto penale

È interessante notare, a questo punto, come, pur muovendo da un fondamento retributivo, la concezione della pena come misura volta al pentimento finisca con l'affrontare questioni solitamente poste dalle teorie consequenzialiste. Significative, in particolare, le similitudini con la messa di problemi (e di polemiche) a suo tempo sollevate dalla teoria pedagogica dell'emenda¹⁴². Vero è che i sostenitori della teoria comunicativa si sforzano di conciliare il fine del pentimento con l'autonomia del reo («[...] he is required to hear the message, but remains free to ignore it or reject it»)¹⁴³, accettando in premessa che il tentativo di far pentire il reo possa fallire: ma ciò non toglie che questo tentativo sia stato intrapreso proprio affinché il condannato recepisca i valori infranti dalla sua azione criminosa. Già solo questa speranza non può sottrarsi all'accusa di moralismo, insito nelle “migliori intenzioni” del punitore, non necessariamente condivise dal punito¹⁴⁴.

In fin dei conti, al di là dei problemi, per così dire operativi, del pentimento, come scopo della pena, e della sua esatta “topografia morale”, si ripropone – proprio come per la teoria dell'emenda – il tema della compatibilità tra una concezione della pena di questo tipo ed il ruolo e i limiti di uno Stato liberale, ciò malgrado le premesse sinceramente liberali da cui muovono i due Autori da ultimo studiati (sia pure alla luce delle differenti sfumature più sopra evidenziate). Il dibattito è presente tra gli stessi assertori delle teorie comunicative.

La critica più autorevole, da questo punto di vista, giunge infatti da von Hirsch, il quale si chiede con forza cosa abbia a che fare il pentimento con una funzione asseritamente “comunicativa” attribuita da Duff (anche) al trattamento afflittivo, e come la funzione espiatoria racchiusa in siffatto trattamento possa servire alla riconciliazione del condannato con

¹⁴² Sulla teoria dell'emenda, a cominciare dalle classiche versioni del Roeder e dello Spirito, si rinvia a M.A. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana*, cit., p. 162 ss. Per un inquadramento critico, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 252 ss.; alcuni riferimenti essenziali, inoltre, in G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, cit., p. 324 ss.

¹⁴³ J. TASIOLAS, *Repentance*, cit., p. 511.

¹⁴⁴ Cfr., con riguardo alla prima monografia di Duff, i rilievi di R.J. LIPKIN, *Punishment*, cit., p. 87 ss.; B.M. BAKER, *Penance as a Model for Punishment*, in *Social Theory and Practice*, vol. 18(3), 1992, p. 311 ss.

la comunità (cosa ancor meno chiara, nel caso in cui il reo fosse giunto da sé a pentirsi). In proposito, von Hirsch osserva che se, come ritiene Duff, la comunità punisce in quanto tenuta a far valere una serie di valori condivisi dai suoi membri, allora solo una comunità avente determinati scopi morali può difendere i valori condivisi imponendo una espiazione. Un esempio potrebbe essere costituito da una comunità di religiosi in un monastero o un'abbazia, la cui guida spirituale possiede questo tipo di autorità, ma non certo dallo Stato liberale, il quale non potrebbe imporre una penitenza senza violare il proprio mandato¹⁴⁵.

Nella sua replica a von Hirsch, Duff ha ribadito che il significato comunicativo della penitenza ha una duplice direzione: a) pubblica, coincidendo con la costrizione a sottoporsi ad un rituale di scusa; b) privata, nella misura in cui si induce il reo a pentirsi. Quest'ultimo obiettivo non deve necessariamente realizzarsi né può essere forzato, ché altrimenti non si rispetterebbe il reo come agente morale. Se il reo non si pente, dunque, la pena fallisce, ma fallisce solo in uno dei predetti obiettivi, potendo invece avere ancora successo come forma di comunicazione. Duff però sottolinea come noi abbiamo il dovere di considerare la pena come (se fosse) una genuina forma di espiazione, proprio come abbiamo il dovere di considerare come (se fossero) sincere le scuse provenienti da un nostro concittadino non in intimi rapporti con noi; il che farebbe scudo all'ipotesi di un condannato costretto ad assumere un'espressione inautentica di rimorso allo scopo di beneficiare di una remissione di pena¹⁴⁶.

Questa replica, in realtà, non attenua l'impressione che il processo comunicativo possa risolversi in una messinscena; tant'è che, come vedremo nel prossimo paragrafo, sostanzialmente da questa considerazione si dipartono alcuni sviluppi speculativi più marcatamente "espressivi" (non più "comunicativi") o tendenti ad enfatizzare il significato simbolico-rituale della pena.

Prima di passare ad esaminarli, va riportata la posizione di Tasioulas rispetto al tema del pentimento, nel cui ambito si rivede la nozione stessa di pentimento e si tenta di affrancarla dalla sua ascendenza religiosa.

A giudizio di Tasioulas, il pentimento non può essere inteso come una "nozione o tutto o niente", ma va piuttosto scomposto in una serie di elementi: a) il senso di colpa iniziale, come sensazione di disagio perché

¹⁴⁵ A. VON HIRSCH, *Punishment, Penance, and the State*, cit., p. 72 ss.

¹⁴⁶ R.A. DUFF, *Response to von Hirsch*, in M. MATRAVERS (ed.), *Punishment and Political Theory*, cit., p. 83 ss.

quanto commesso è sbagliato e merita un rimprovero; *b*) il giudicare, non più solo il “sentire”, che quanto commesso è sbagliato; *c*) il confessare il torto e scusarsi sinceramente presso la vittima e la comunità per quanto fatto; *d*) la riparazione morale e non solo materiale del torto, consistente nell’acceptare un rimprovero meritato, anche attraverso la sottoposizione volontaria alla pena come penitenza; *e*) infine, la decisione di non commettere nuovamente il reato. Perché la nozione sia integrata, questi elementi non devono essere presenti tutti nello stesso tempo né nello stesso livello di intensità; il che renderebbe appropriato parlare di “gradi di pentimento”¹⁴⁷. Ora, nell’affermare che la pena mira al pentimento, viene in gioco, in particolare, l’elemento sub *d*), non necessariamente gli altri elementi, in specie quelli che attengono alle emozioni del condannato. Di conseguenza, lo Stato non si arroga alcun compito introspettivo finalizzato a modificare la psiche, accontentandosi della sottoposizione ad un rituale formale di scusa, con una sincerità presumibile fino a prova contraria. Per tale ragione, la pena intesa come penitenza non violerebbe l’autonomia morale del condannato¹⁴⁸.

Tasioulas, inoltre, non vede alcuna contraddizione tra Stato liberale e teoria del pentimento. Il pentimento (o anche *atonement*, ossia “espiazione”), se inteso nei termini suddetti, coinciderebbe con la “reintegrazione” del reo nei valori che egli ha violato¹⁴⁹. È innegabile che si tratti di “valori morali”, ma “obiettivi”, nel senso che ogni agente razionale li riconoscerebbe come tali. Del resto, negare questa realtà, per Tasioulas, significherebbe negare che ogni illecito penale è anche e prim’ancora un illecito morale; il che è diverso dal sostenere che ogni illecito morale possa diventare anche un illecito penale, la qual cosa sì che violerebbe i principi di uno Stato liberale¹⁵⁰.

Notavamo, in precedenza, come quest’ultimo ragionamento non sia del tutto idoneo a rintuzzare l’accusa di moralismo pendente sulle teorie espressive¹⁵¹; ne abbiamo qui la riprova. Infatti, che la violazione del precetto penale sia anche violazione di valore morale è vero solo in parte,

¹⁴⁷ J. TASIOLAS, *Repentance*, cit., p. 487 ss.

¹⁴⁸ J. TASIOLAS, *Repentance*, cit., p. 512 ss.

¹⁴⁹ J. TASIOLAS, *Repentance*, cit., p. 514: «Atonement [...] is first and foremost reintegration with objective values that apply to the offender whether he identifies with them or not. If these values are “shared”, it is primarily in the sense that all rational agents have good reasons to comply with them».

¹⁵⁰ J. TASIOLAS, *Repentance*, cit., pp. 507-508.

¹⁵¹ *Supra*, § 1.

data l'elevata presenza, negli ordinamenti contemporanei, di fattispecie di creazione artificiale ovvero *mala prohibita*¹⁵². Tasioulas prova a superare questo ostacolo, sostenendo che per i *mala prohibita* vi sia comunque un obbligo morale di rispettare la legge¹⁵³; ma è dato obiettare che, se accettassimo questa risposta, la pena sarebbe sempre e solo giustificata proprio da questo obbligo generalissimo di rispettare la legge, e non più dalla necessità di reintegrare il reo in alcuni valori fondamentali.

Ma il punto più interessante è un altro.

Vi è una conseguenza forse paradossale nella difesa a oltranza della pena volta al pentimento del reo: nel tentativo di sottrarla all'accusa di moralismo, l'idea di espiazione secolare è di fatto avvicinata a quella di risocializzazione¹⁵⁴. Resta però un'importantissima e, a quanto pare, ineliminabile differenza: nella teoria della penitenza secolare la sofferenza è un tratto strutturale della pena; nel senso che, mentre il reo può essere risocializzato anche senza inflizione di sofferenza (e addirittura, come sappiamo, si può rinunciare a punirlo, se dalla pena altro non vi fosse da attendersi che la sua desocializzazione), non può realmente "espiare" – o, se si vuole assecondare le teorie comunicative, non può farlo in modo attendibile sul piano simbolico – senza essere sottoposto a dolore.

Si manifesta, qui, una contraddizione irrisolta: la sofferenza è vista come un tratto strutturale della pena in quanto, per un verso, elicit il pentimento e, per altro verso, è idonea a comunicarlo pubblicamente; ma se il tentativo di elicitare il pentimento accetta in premessa il proprio fallimento, si resta in debito della spiegazione sul perché esso debba essere compiuto proprio e solo somministrando dolore. Insomma, il ragionamento non ci porta molto lontano dal «fosco principio»¹⁵⁵ *non fit redemptio sine effusione sanguinis* sotteso alla pena come «medicina dell'anima»¹⁵⁶.

¹⁵² Lo osservava già G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, cit., pp. 316-318.

¹⁵³ J. TASILOULAS, *Repentance*, cit., p. 508.

¹⁵⁴ Cfr. O. HALLICH, *Strafe*, cit., pp. 80-82; v. inoltre le riflessioni di V. ZIESMAN, *Criminal Law without Punishment. How Our Society Might Benefit From Abolishing Punitive Sanctions*, Berlin-Boston, 2023, p. 107 ss. sulla possibilità di sfruttare il concetto di "penance" in termini consequenzialisti. Per il giurista italiano, il tema rievoca l'alternativa, posta dall'art. 27, comma 3 Cost., tra "rieducazione" intesa come "emenda" o come "rieducazione sociale" (*ergo* risocializzazione); l'alternativa e le ragioni a sostegno della seconda opzione sono espone in E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979, p. 105 ss.

¹⁵⁵ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 254.

¹⁵⁶ Sul punto G. BETTIOL, *Diritto penale*, 11^a ed., Padova, 1982, p. 756: «Non si deve

7. Ulteriori e differenti approcci

Dalle teorie di von Hirsch e di Duff si dipartono molteplici tesi che, pur condividendo alcune premesse dei due illustri Autori, e specialmente la funzione espressiva della pena racchiusa nella censura, cercano di superare gli ostacoli cui vanno incontro le rispettive teoriche. Nel fare ciò, tuttavia, questi ulteriori approcci finiscono con il fornire una giustificazione della pena vieppiù svincolata da pretese comunicative verso destinatari determinati, oppure col promuovere un radicale quanto rassegnato ritorno all'espressivismo puro.

7.1. Espressione come rituale di scusa: la tesi di C. Bennett

In tale ottica, si segnala anzitutto il tentativo di Christopher Bennett di costruire l'essenza della punizione intorno ad un "rituale di scusa" (*apology ritual*). Questo Autore riprende alcuni motivi tipici delle teorie in precedenza esaminate (specialmente quella di Duff), ma si distingue per almeno tre ragioni: in primo luogo, per l'originale approfondimento dell'adeguatezza simbolica del trattamento afflittivo; in secondo luogo, per l'approdo più marcatamente espressivo che comunicativo cui giunge; infine, per l'attenzione che rivolge alla giustizia riparativa, come paradigma alternativo alla punizione ma non incoerente con la giustificazione della pena da lui suggerita.

Bennett parte da un'impostazione retributiva, fondata sulla censura e dalla giustificazione della pena come trattamento afflittivo "dovuto" al reo come agente morale¹⁵⁷. La *censure*, in particolare, deriva dalla necessaria dissociazione dei membri di una relazione sociale da colui che commette un illecito; idea, questa, che nasce dalla osservazione di ciò che accade in qualunque relazione sociale, e che viene successivamente

credere che la redenzione umana possa avvenire al di fuori della strada del dolore, al di fuori cioè di una concezione retributiva e quindi afflittiva della pena, perché il dolore è il grande pungolo che spinge l'uomo a ritornare su se medesimo per prendere le più grandi decisioni della vita. *Non fit redemptio sine effusione sanguinis*». La tesi di Duff presenta qualche analogia con il retribuzionismo sostenuto in Italia da F. D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, cit., p. 113 s., nel punto in cui questi insiste sulla espiazione – tramite sofferenza – come meccanismo puramente esteriore e giuridico di induzione all'emenda.

¹⁵⁷C. BENNETT, *The Apology Ritual. A Philosophical Theory of Punishment*, Cambridge, 2008, pp. 8-9.

trasposta alla comunità politica¹⁵⁸. La reazione punitiva è dunque espressione non contingente di emozioni connesse ad un illecito (tipicamente lo sdegno); tuttavia, se da un lato non decidiamo noi quale sia la risposta adeguata, in quanto soggetti a un vocabolario espressivo che non dipende da noi, dall'altro lato, una cosa è dire che una certa emozione è adeguata alla situazione (è, in altri termini, una reazione comprensibile in una certa situazione), altro è dire che sia giustificata o che sia giusto darvi sfogo¹⁵⁹.

La reazione simbolicamente adeguata, per chi infrange le aspettative connesse a una relazione, consiste nella revoca temporanea del rispetto dovuto a tale soggetto; questo tipo di reazione è tradotta nel concetto di *blame*, nel senso di un rimprovero istituzionalizzato, distinto da *guilt*, ossia dalla "colpa" o anche dal "senso di colpa", ovvero da ciò che si sente quando si rivolge il rimprovero a se stessi e che funge da presupposto per una penitenza¹⁶⁰.

Si noti come, a questo punto, si consumi un passaggio da un fondamento "convenzionale" ad uno "simbolico" della reazione punitiva, con rilevanti conseguenze: la convenzione è un fondamento debole, ma potrebbe mutare; l'adeguatezza simbolica è invece necessaria e fondamentalmente immutabile¹⁶¹.

Nel chiarire perché la reazione debba sfociare in un *hard treatment*, Bennett rimarca l'intrinseca connessione tra *blame* e *guilt* e sofferenza (o almeno determinate forme di sofferenza)¹⁶². A tal riguardo, egli effettua però una singolare inversione di prospettiva: l'adeguatezza simbolica dell'*hard treatment* non è dettata dal tipo di emozioni provate da chi punisce, bensì dalle emozioni che dovrebbe esperire il colpevole¹⁶³. Scrive Bennett in proposito: «Possiamo comunicare la nostra condanna ponendo in simboli, non quanto indignati o sdegnati siamo noi, ma quanto pensiamo dovrebbe essere dispiaciuto il colpevole per ciò che ha fatto. E possiamo farlo imponendo al colpevole un ammontare di scuse che riflette – e così è proporzionato a – la gravità del crimine». In sostanza: «[...] possiamo comunicare quanto qualcuno dovrebbe essere dispiaciuto per

¹⁵⁸ C. BENNETT, *The Apology Ritual*, cit., p. 33 ss.

¹⁵⁹ C. BENNETT, *The Apology Ritual*, cit., p. 35 ss.

¹⁶⁰ C. BENNETT, *The Apology Ritual*, cit., pp. 107, 116.

¹⁶¹ Cfr. C. BENNETT, *The Apology Ritual*, cit., p. 118.

¹⁶² C. BENNETT, *The Apology Ritual*, cit., p. 121.

¹⁶³ C. BENNETT, *The Apology Ritual*, cit., p. 145 ss.

un crimine – cioè quanto pensiamo sia grave il nostro grado di condanna – predisponendo un certo livello di scuse da farsi per il crimine (dato un certo grado di responsabilità): un livello di scuse che rappresenti una prospettiva di ciò che il reo dovrebbe essere motivato a intraprendere se debitamente dispiaciuto»¹⁶⁴.

Bennett sottolinea come, nel fare ciò, non staremmo imponendo al reo di dire scusa o di essere sinceramente pentito; piuttosto, gli chiediamo di comportarsi come si dovrebbe comportare chi volesse chiedere adeguatamente scusa¹⁶⁵. In altri termini, lo Stato non può esigere che il reo si penta davvero e si scusi sinceramente per i fatti commessi, ma piuttosto lo sottopone ad un rituale di scusa sufficiente in sé stesso a prescindere dallo spirito con cui viene intrapreso; un rituale, cioè, anche privo di intima adesione da parte del colpevole, ma simbolicamente adeguato¹⁶⁶.

Si delinea in ciò la differenza rispetto alla teoria di Duff: la teoria della scusa rituale “guadagna”, per così dire, questa intrinseca adeguatezza simbolica della pena, al prezzo della funzione comunicativa: è lo stesso Bennett a riconoscere come la sua sia una teoria espressiva ma non comunicativa della pena¹⁶⁷.

In effetti, la tesi appena esposta sembra utile a confermare le carenze, già prima evidenziate, della teoria comunicativa di tipo dialogico di Duff, più che a fondare un'autonoma giustificazione della pena. In fondo, l'inversione di prospettiva, per cui la condanna esprime quanto dovrebbe essere dispiaciuto il reo, è più che altro un gioco di specchi: nell'immaginare quanto il reo si dispiaccia – a prescindere dal suo reale e del tutto eventuale dispiacere –, chi punisce muove da una propria supposizione, effettuando una propria valutazione in base ad un idealtipo – di assai problematica individuazione – di reo “dispiaciuto”. Si tratta, in sostanza, di uno sforzo di immaginazione, tramite il quale nella condanna è trasfuso null'altro che un sentimento collettivo. Si può per tanto convenire con la qualifica di teoria espressiva della pena, ma è evidente che codesta “espressione” resta un fatto puramente collettivo (sempre e solo del punitore, per intenderci, e non del punito).

¹⁶⁴ C. BENNETT, *The Apology Ritual*, cit., p. 146.

¹⁶⁵ C. BENNETT, *The Apology Ritual*, cit., p. 148.

¹⁶⁶ C. BENNETT, *The Apology Ritual*, cit., pp. 172-174.

¹⁶⁷ C. BENNETT, *The Apology Ritual*, cit., p. 193. V., al riguardo, la dettagliata critica di P. KÖNIGS, *The Expressivist Account of Punishment*, cit., *passim*.

D'altra parte, ragionare nei termini proposti da Bennett porrebbe difficoltà pratiche, che egli stesso non nasconde, rispetto alla proporzionalità della pena. La pena andrebbe infatti commisurata all'entità della scusa cui sarebbe tenuto un reo realmente dispiaciuto, in base ad un ragionamento ipotetico impossibile da attuare. Non a caso, Bennett ritiene praticabile un modello di giustizia riparativa, che egli definisce "limitatamente devolutivo", nel quale la quantificazione della adeguata espressione simbolica della scusa sia affidata in prima istanza alla volontà della vittima e del reo, ma che riconosca al reo una possibilità di accesso, a prescindere dalla sua sincera disposizione d'animo, purché si sottoponga ad un rituale formale di scusa¹⁶⁸. La proposta va inquadrata in una più ampia cornice concettuale in cui le teorie espressive cercano di immettere la giustizia riparativa, sulla quale torneremo nella parte finale del presente lavoro¹⁶⁹.

7.2. Ritorno all'espressivismo puro in J. Glasgow

Una forma di espressivismo puro, che prescinde cioè del tutto da pretese finalità comunicative, è stata recentemente sostenuta da Joshua Glasgow.

Secondo questo Autore, le teorie comunicative come quella di Duff sono destinate a rivelarsi fallaci, a prescindere dalla distinzione tra teorie che pretendono che la comunicazione abbia successo (per esempio, inducendo effettivo pentimento nel reo) ed altre che si accontentano dell'idoneità della comunicazione (Duff) o che si limitano a valorizzare la comunicazione in sé (Primoratz). Sul presupposto che la comunicazione sia un atto multilaterale, cioè non riconoscibile come tale, se un solo individuo pretende di "comunicare", Glasgow evidenzia, infatti, un difetto insuperabile di tutte queste impostazioni, ravvisato nell'ipotesi in cui ci si trovi innanzi ad un reo "non comunicativo"¹⁷⁰. In questa categoria, in realtà, l'Autore fa ricadere una gamma piuttosto variegata di soggetti: dallo psicopatico, a colui che potrebbe essere manipolato da altri o che crede di essere al di sopra di ogni regola sociale ("o crede di agire in nome di

¹⁶⁸ C. BENNETT, *Taking the Sincerity Out of Saying Sorry: Restorative Justice as Ritual*, in *Journal of Applied Philosophy*, vol. 23(2), 2006, p. 127 ss.; ID., *The Apology Ritual*, cit., p. 175 ss.

¹⁶⁹ V. *infra*, cap. IV.

¹⁷⁰ J. GLASGOW, *The Expressivist Theory of Punishment Defended*, cit., pp. 604-605.

Dio”), come pure il semplice “testone” che non presta ascolto. Per altro, egli rileva che il problema qui non sia l’esatta individuazione di questi casi di incomunicabilità, alcuni dei quali magari statisticamente eccezionali, ma il fatto che, finché casi simili siano anche solo astrattamente ipotizzabili, qualunque imputato potrebbe mettersi da sé in una condizione di incomunicabilità, rifiutando di ascoltare il messaggio recato dalla pena, con ciò rendendo la pena in quanto tale ingiustificabile su basi comunicative¹⁷¹.

Per tale ragione, essenzialmente, sarebbe necessario sposare il “puro espressionismo”, ovvero una teoria espressiva non comunicativa della pena, alla stregua della quale la pena si giustifica, non perché persegue lo scopo di comunicare alcunché ad altri (anche se di fatto fa questo, salvo il caso dell’incomunicabilità con il reo), ma perché è un modo di esprimere noi stessi: in altri termini, perché è la migliore modalità della società per esprimere le proprie attitudini morali¹⁷².

L’espressionismo puro si rivela, così, una forma di moralismo penale senza infingimenti, nel cui quadro la questione di legittimità del trattamento afflittivo è affrontata spiegando come l’inflizione di un male non configuri un “eccesso espressivo”. Leggiamo Glasgow: «Se si trattasse semplicemente di manifestare la propria insoddisfazione, allora certo, la semplice denuncia sarebbe sempre sufficiente. Ma spesso si tratta di qualcosa di più questo. Vogliamo esprimere una forte disapprovazione morale. Vogliamo riaffermare il sacro status morale della vittima. Vogliamo registrare che il nostro caro sistema morale e legale non deve essere violato. E per esprimere la nostra profonda insoddisfazione, a volte non abbiamo altro mezzo se non quello di punire l’autore del reato. Forse la punizione è ingiustificata, ma se è così, non è perché la punizione non è mai un modo univoco di esprimere noi stessi. A volte lo è»¹⁷³.

In sostanza, la sola possibilità di immaginare forme diverse di espressione, che non implicino la sofferenza del reo, non escluderebbe la legittimità della pena nella sua attuale forma (cioè come inflizione di sofferenza), dal momento che non abbiamo nulla di meglio. È evidente però che così si precipita in una petizione di principio, non essendo affatto dimostrato che non abbiamo nulla di meglio. Si sostiene, infatti, che la pena, comprensiva del trattamento afflittivo, esprime indignazione colletti-

¹⁷¹ J. GLASGOW, *The Expressivist Theory of Punishment*, cit., p. 606.

¹⁷² J. GLASGOW, *The Expressivist Theory of Punishment*, cit., pp. 608-610.

¹⁷³ J. GLASGOW, *The Expressivist Theory of Punishment*, cit., p. 617.

va, perché questa indignazione è talvolta troppo grande per essere espressa in modo diverso. Ma quale sia il limite oltre il quale non sussiste nulla di meglio di una reazione afflittiva, non è dato sapere. È allora ragionevole ritenere che l'unica spia del superamento di questo limite sia data proprio dalla decisione di sottoporre a pena un comportamento che suscita indignazione; ne dovremmo dedurre che per siffatto comportamento non esiste, *né esisterà mai* una risposta diversa, e quindi nulla di meglio.

Glasgow non fornisce alcun elemento per uscire da questo ragionamento circolare. Egli riconosce un'unica questione effettivamente irrisolta dalle teorie espressive della pena, quella derivante dal confronto con il consequenzialismo: davvero esprimere noi stessi tramite la pena è così importante da prevalere sui gravi costi economici e sociali che la pena comporta? La risposta deriva dalla postura essenzialmente assiologica della tesi: punendo, evitiamo di tradire quei valori che abbiamo scelto di proteggere con le incriminazioni, mentre il consequenzialismo ignora proprio che l'atto del punire è intriso di valori non trascurabili. D'altro canto, pur non attingendo a giustificazioni consequenzialiste, una teoria espressionista non nega che la pena possa avere effetti speciali e general preventivi; per cui, nel sostenere che la pena arrechi un danno, bisognerebbe dimostrare che gli effetti negativi siano superiori agli effetti positivi¹⁷⁴. Quest'ultima affermazione ci pare una singolare inversione dell'onere della prova, concepibile solo nel quadro di una concezione che, di fatto, regredisce all'espressivismo di fine Ottocento.

7.3. L'espressivismo “denunciatorio” di B. Wringer: mutazione in prevenzione generale

Sia l'espressivismo puro che le teorie comunicative della pena sono state criticate da Bill Wringer, il quale propone una propria classificazione delle teorie espressive della pena, alla stregua della quale si distinguono tre categorie: *a*) teorie comunicative, per le quali la pena esprime un messaggio diretto a specifici destinatari, in particolare al reo; *b*) teorie indipendenti dall'uditorio (*audience-independent*), nelle quali il pubblico di potenziali destinatari non svolge alcun ruolo nella funzione espressiva della pena: si tratta dell'espressivismo puro considerato nel paragrafo che precede; *c*) teorie “denunciatorie” (*denunciatory theories*), nelle quali il

¹⁷⁴ J. GLASGOW, *The Expressivist Theory of Punishment*, cit., p. 624 ss.

messaggio espresso dalla pena è diretto alla società le cui norme il reo ha violato¹⁷⁵.

Le prime due teorie falliscono, secondo l'Autore, perché non riescono adeguatamente a spiegare il necessario connotato pubblicistico della pena. Per "pubblicità della pena", Wringle intende che, da un lato, la pena è irrogata al termine di una procedura pubblica, nonché regolata dal diritto pubblico, e, dall'altro lato, che essa tocca l'individuo nella sua sfera pubblicistica, privandolo della libertà o di altri diritti con i quali partecipa alla vita della comunità; dato questo significato, il connotato pubblico della pena assorbe il tema della legittimazione del trattamento afflittivo, costituendo, secondo Wringle, un altro modo di porre la questione dell'*hard treatment*¹⁷⁶.

Una teoria espressiva della pena, di conseguenza, dovrebbe supporre una pena dotata di pubblicità, nel senso appena detto, cosa che né l'espressivismo puro né le teorie comunicative sono attrezzate a fare: il primo perché è incentrato su una reazione punitiva, che non per forza deve essere pubblica (sempre nel senso inteso da Wringle); le teorie comunicative, e in specie la teoria comunicativa di Duff, poiché non spiegano perché la sollecitazione del rimorso e dell'eventuale pentimento del reo debba avvenire pubblicamente. Di conseguenza, queste teorie sono in difficoltà nel giustificare l'*hard treatment*¹⁷⁷.

Queste difficoltà sarebbero superabili grazie a una versione *denunciataria* di teoria espressiva della pena, termine che Wringle non riferisce alla teoria denunciataria diffusa nell'Inghilterra vittoriana, ma a cui attribuisce un rinnovato significato¹⁷⁸. Questa "nuova" teoria denunciataria non solo individua il destinatario del messaggio recato dalla pena nel "pubblico" (*audience*), ma è in grado di giustificare il trattamento afflittivo con la necessità di conferire serietà a quel messaggio¹⁷⁹. In tal modo, il sostenitore della teoria denunciataria «dovrebbe adottare il punto di vista secondo cui, in società come quelle attualmente esistenti, è necessario un certo *enforcement* per dimostrare ai membri di una data società che

¹⁷⁵ B. WRINGLE, *Rethinking expressive theories of punishment: why denunciation is a better bet than communication or pure expression*, in *Philosophical Studies*, 2017, p. 681 ss.; v. anche ID., *An Expressive Theory*, cit., p. 66 ss. e *passim*.

¹⁷⁶ Cfr. B. WRINGLE, *Rethinking expressive theories*, cit., p. 691 ss.

¹⁷⁷ B. WRINGLE, *Rethinking expressive theories*, cit., p. 699 ss.

¹⁷⁸ Già in B. WRINGLE, *An Expressive Theory*, cit., p. 15.

¹⁷⁹ B. WRINGLE, *Rethinking expressive theories*, cit., p. 703.

certe norme sono le norme di quella società». Egli dovrebbe di conseguenza «ritenere che lo scopo della pena non è dissuadere dal crimine, ma chiarire che certe norme devono essere prese come tali»¹⁸⁰.

Questo risultato è molto vicino alle posizioni assunte dalla teoria della prevenzione generale diffusa in Germania¹⁸¹, nella misura in cui alla deterrenza si finisce col sostituire una funzione preventiva di tipo simbolico-comunicativo, in grado – almeno all'apparenza – di ovviare alle difficoltà di ordine empirico poste dalla più tradizionale prevenzione generale negativa. Wringe precisa anche che la teoria denunciataria (quindi la propria versione della prevenzione generale) non viola il divieto di trattare l'essere umano come un fine, quantomeno se si intende questo principio come divieto di trattare ciascuno secondo una massima alla quale egli, potendo, non acconsentirebbe. Il rispetto della norma è una massima cui, si può arguire, anche il reo acconsentirebbe: persino un ladro ha interesse a che siano osservate le norme sulla tutela della proprietà, ché altrimenti non potrebbe usufruire dei frutti dei suoi illeciti¹⁸².

Senonché i problemi generati dalla tensione tra società e individuo, schiusi dalle teorie della prevenzione generale a base comunicativa, sono molto più insidiosi di quanto lasci intendere la teoria di Wringe. Lo dimostrerà l'imminente confronto con la dottrina tedesca.

¹⁸⁰ B. WRINGE, *Rethinking expressive theories*, cit., p. 704.

¹⁸¹ Cfr. T. HÖRNLE, *Trends in angloamerikanischen Debatten*, cit., p. 7. Nella letteratura angloamericana, una posizione affine alla prevenzione generale positiva, su base espressivista, risulta in precedenza esser stata sostenuta da H. GROSS, *A Theory of Criminal Justice*, New York-Oxford, 1979, p. 400 ss.

¹⁸² B. WRINGE, *Rethinking expressive theories*, cit., p. 705.

Capitolo III

Le teorie espressive elaborate dalla dottrina penalistica tedesca

1. Premessa: la riscoperta del retribuzionismo nella dottrina tedesca

Sia pure in molteplici versioni, la prevenzione generale positiva occupa tuttora una posizione dominante fra le teorie della pena di area tedesca. I suoi sostenitori (e la giurisprudenza) ravvisano la finalità della pena nel ripristino della fiducia riposta dai consociati nell'ordinamento, nella tutela dell'integrità della norma o nella salvaguardia della coscienza giuridica¹. Queste ed altre formule simili hanno un comune substrato comunicativo, attecchendosi a terreno fertile per l'impianto delle teorie comunicativo-espressive.

Prima di passare all'esame delle singole posizioni, è però necessario accennare alla temperie generale in cui il pensiero espressivista va inserendosi, osservando come anche in Germania si assista ad una rinascita delle teorie retributive². Rileva, ai nostri fini, richiamare l'attenzione sul-

¹ Per una panoramica sullo stato attuale delle teorie della pena in Germania, C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht*, cit., p. 128 ss.; B-D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, 5. Aufl., Berlin, 2019, p. 15 ss.; T. HÖRNLE, *Straftheorien*, in E. HILGENDORF, H. KUDLICH, B. VALERIUS (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, Band 1, Heidelberg, 2019, p. 507 ss.

² Sulla "renaissance" delle teorie assolute già B. SCHÜNEMANN, *Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur*, in *FS für K. Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, p. 327 ss.; con alcune aggiornate riflessioni, W. WOHLERS, *Die Vergeltungsstrafe – mehr als ein weißer Schimmel?*, in *GA*, 2019, p. 425 ss.; con riferimento all'apporto delle teorie espressive, G. SEHER, *Wert und Grenzen der expressiven Theorien der Strafe*, cit., p. 493 ss.

le recenti forme di retribuzionismo che aspirano ad emancipare la pena retributiva dal suo alone metafisico, per conferirle una dimensione – se non un vero e proprio “scopo” – sociale.

a) La tesi più ardua è probabilmente quella avanzata da Tonio Walter, il quale attribuisce una presunta *consistenza empirico-sociologica* alla retribuzione, dimostrata da alcuni studi di psicologia del comportamento, che evidenzerebbero la presenza in ogni essere umano di un bisogno ontologico di retribuzione (*Vergeltungsbedürfnis*). La dimensione anche sociale della retribuzione è qui dedotta proprio dalla condivisione di siffatto bisogno da parte di ogni essere umano, di tal che lo Stato sarebbe tenuto ad assicurare una sua controllata soddisfazione, onde evitare il disfacimento della società per effetto del desiderio di ciascuno di farsi giustizia da sé. Date tali premesse, sarebbe necessario che nelle scelte di incriminazione, e specialmente nel fissare (o nel correggere) i limiti edittali, il legislatore tenesse conto del livello effettivo di bisogno di pena diffuso tra la popolazione³. In ciò, la proposta è vicina a quella avanzata da Paul Robinson negli Stati Uniti⁴.

La tesi è stata efficacemente criticata anzitutto per il metodo impiegato, di tipo asseritamente empirico, ma che di fatto generalizza solo alcuni studi psicologici⁵. Ma se anche fosse dimostrata la reale esistenza di un bisogno retributivo, non sarebbe spiegato perché lo Stato debba assecondarne lo sfogo: un conto, infatti, è dire che la retribuzione ha una rilevanza “empirico-sociale”, altro è sostenere che darvi soddisfazione sia socialmente opportuno o finanche utile. Da questo punto di vista, pur non essendo riconducibile al novero delle teorie espressive, la tesi di Walter ripropone un problema tipicamente presente in queste teorie: le decisioni pubbliche non necessariamente devono assecondare – e in tal modo incentivare – un atteggiamento collettivo, per il solo fatto che questo “esiste”, non essendo da ciò solo dimostrata la sociale utilità (o piuttosto, nel

³ Si veda T. WALTER, *Vergeltung als Strafzweck. Prävention und Resozialisierung als Pflichten der Kriminalpolitik*, in *ZIS*, 2011, p. 636 ss.; ID., *Strafe und Vergeltung. Rehabilitation und Grenzen eines Prinzips*, Baden-Baden, 2016, p. 7 ss. La tesi è ripresa e sviluppata dall'allievo T.R. ANDRISSEK, *Vergeltung als Strafzweck. Empirisch-soziologische Begründung und kriminalpolitische Folgerungen*, cit., *passim*.

⁴ Sulla quale, v. *supra*, cap. II, § 1.

⁵ Cfr. L. BRENESELOVIĆ, *Die neue „empirisch-soziologische“ Vergeltungslehre in Deutschland*, in *ZStW*, 2023, p. 102 ss., al quale si rinvia per una puntuale critica nei confronti di Walter e Andrissek.

nostro caso, scongiurata la dannosità sociale) di tale opzione⁶. A differenza delle teorie espressive, nondimeno, la teoria empirico-sociale della retribuzione, più che puntare sulla funzione espressiva di un bisogno punitivo quale fattore in sé legittimante la punizione, sostiene che punire sia necessario per prevenire il rischio di disfacimento della società⁷.

Nel quadro di una teoria (che si assume sia) empiricamente fondata, siffatto rischio andrebbe verificato; come pure andrebbero attentamente vagliate le alternative (alla pena) per prevenirlo. È del resto dimostrato che, più che fronteggiare rischi di disfacimento sociale, una legislazione penale volta ad assecondare le ansie punitive della popolazione finisca per incrementarle a dismisura⁸. Senza contare che la proposta di considerare il bisogno di retribuzione ai fini delle scelte di incriminazione, calibrando su di esso le comminatorie edittali, a parte gli evidenti problemi tecnici di accertamento (che poco avrebbero a che vedere con un processo democratico di scelta delle incriminazioni)⁹, si rivelerebbe esiziale in società – come la nostra – costantemente percorse da vampate di furore punitivo, in cui le scelte legislative sono ampiamente influenzate da «lobby rappresentative di reali o supposte vittime»¹⁰.

⁶ Si è accennato a questo problema *supra*, cap. I, § 6.1, nel presentare la tesi di Strawson sugli atteggiamenti reattivi.

⁷ Cfr., su questo punto, T.R. ANDRISSEK, *Vergeltung als Strafzweck*, cit., p. 83 ss., il quale, non a caso, battezza la sua posizione “general prevenzione retributiva” (*ibidem*, p. 86 e *passim*).

⁸ Cfr. J. MÜHL, *Strafrecht ohne Freiheitsstrafen – absurde Utopie oder logische Konsequenz?*, Tübingen, 2015, p. 72 ss., che adduce l’esempio della pena di morte negli Stati Uniti: negli stati dove è prevista, essa viene giustificata anche sulla base del fatto che, ove rimossa, scatenerebbe la reazione vendicativa della popolazione; è però documentato che la tendenza al linciaggio sia più forte proprio negli stati che applicano la pena capitale.

⁹ Si propone al riguardo di utilizzare gli strumenti elaborati dalla criminologia, a partire dall’indice di criminalità di Sellin e Wolfgang: cfr. T. WALTER, *Strafe und Vergeltung*, cit., p. 19; T.R. ANDRISSEK, *Vergeltung als Strafzweck*, cit., p. 171 ss. Al di là delle incertezze epistemologiche, è stato giustamente osservato che l’opinione espressa da un campione di popolazione, accertata tramite simili strumenti, è cosa diversa dal dibattito democratico che dovrebbe presiedere alle scelte di incriminazione (L. BRENESELOVIĆ, *Die neue „empirisch-soziologische“ Vergeltungslehre*, cit., p. 117 ss.).

¹⁰ G. FORNASARI, “Right to punishment” e principi penalistici, cit., p. 77. Che i timori siano fondati, lo dimostrano gli effetti estensivi della punibilità del c.d. *victims’ rights movement* negli Stati Uniti: cfr. M. VITIELLO, *The Victims’ Rights Movement*, cit., p. 65 ss.

b) Un diverso approccio è consistito nell'attribuire alla retribuzione una *consistenza socio-normativa*. Si alluce alla teoria retributiva di Michael Pawlik, la cui premessa è che ogni cittadino (*Bürger*) è soggetto a un obbligo di cooperare al mantenimento della condizione di libertà, di cui anch'egli gode, al pari degli altri cittadini: si tratterebbe di un obbligo di leale collaborazione, il cui adempimento è condizione per usufruire della libertà¹¹. L'autore di un reato ha violato quest'obbligo di lealtà, lasciando intendere, con la violazione, che sia possibile godere della libertà senza contribuire al suo mantenimento. Da ciò deriva un obbligo secondario, in capo al reo, di sottoporsi a una pena, cioè a una restrizione della libertà tramite cui sia confermata la validità del rapporto tra obbligo di collaborazione e godimento della libertà¹².

Pur distanziandosi dalle teorie preventive e dalle teorie comunicative della pena, la tesi di Pawlik converge con queste in alcuni punti: il ripristino del nesso tra collaborazione e libertà corrisponde al ripristino di un ordine sociale (così l'Autore traduce la formula hegeliana della *Wiederherstellung des Rechts als Recht*), sì che, in fin dei conti, Pawlik assegna effettivamente uno scopo sociale alla pena, né sottrae a questo scopo la risocializzazione del reo quale finalità coerente con il ripristino dell'ordine sociale¹³. È possibile, di conseguenza, dubitare della reale natura retributiva della teoria di Pawlik. Inoltre, pur essendo distante dalle teorie espressive, la posizione di Pawlik denota una sfumatura comunicativa (già presente in Hegel), posto che la pena, con ogni evidenza, non ha la funzione di ripristinare la sfera di libertà altrui, che si assume violata dal reo, ma piuttosto di comunicare al resto dei consociati (agli altri "cittadini") la persistente validità del nesso tra obblighi e libertà di cui sono titolari.

c) Le premesse da cui muove Pawlik sono sostanzialmente recepite da Frauke Rostalski, che però si dichiara sostenitrice di una *teoria "espressivo-retributiva"* della pena. Rostalski inquadra il rapporto reato-pena nel classico schema affermazione-risposta delle teorie espressivo-comunica-

¹¹ M. PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, Berlin, 2004 (sulla scia di Hegel, l'Autore distingue tra "persona", "soggetto" e "cittadino", riferendo a quest'ultimo concetto la legittimazione della pena). Per ulteriori sviluppi, M. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Tübingen, 2012; per un confronto critico, L. GRECO, *Strafe als Bürgerpflicht? Reflexionen zur Straftheorie von Michael Pawlik*, in *FS für M. Sancinetti*, Berlin, 2020, p. 105 ss.

¹² M. PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, cit., p. 90 ss.

¹³ M. PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, cit., p. 82 ss. Si vedano, al riguardo, le osservazioni di C. ROXIN, *Prävention, Tadel und Verantwortung*, cit., pp. 188-189.

tive, precisando che, con il reato (l'“affermazione”), il reo si accaparra una sfera di libertà che, secondo le regole del contratto sociale, non gli spetta. La pena (la “risposta”) ripara lo squilibrio così generatosi, privando il reo della libertà. In questa prospettiva, l'unico destinatario del messaggio racchiuso nella pena è il reo, giammai la società. A differenza di Pawlik, difatti, Rostalski considera non solo insoddisfacenti, ma radicalmente incostituzionali le teorie preventive (di qualunque tipo), perché violerebbero l'art. 1 della costituzione federale tedesca (*Grundgesetz*), consentendo di strumentalizzare il reo per un fine sociale¹⁴.

La tesi di Rostalski combina motivi tipici del pensiero retributivo, secondo cui la pena è dovuta al reo in quanto agente razionale come risposta della società all'affermazione racchiusa nel reato, con uno scopo *lato sensu* sociale, poiché la punizione mira a ripristinare un equilibrio tra le sfere di libertà dei cittadini (si parla, a tal proposito, di una «ausgleichende Ahndung»). In virtù di tale scopo, l'Autrice ritiene di poter sottrarre la propria concezione alla qualifica di teoria assoluta¹⁵. D'altra parte, Rostalski non approfondisce il problema del trattamento afflittivo, che evidentemente si ritiene giustificato dal principio retributivo, in ciò mostrandosi vicina all'espressivismo retributivo di Jane Hampton.

Nonostante le non trascurabili differenze, le teorie neoretributive qui menzionate e le teorie espressivo-comunicative condividono una certa insoddisfazione per la prevenzione; le une tramite la rivisitazione del principio retributivo, le altre attraverso il concetto di “censura”, entrambe cercano di recuperare la dimensione retrospettiva della punizione (destinata a riflettersi in primo luogo sulla commisurazione della pena). Le teorie espressive, tuttavia, cercano di conseguire questo risultato, investendo sul concetto di “comunicazione”, tramite cui si preserva una componente consequenzialista della pena. Esse, per tanto, hanno potuto attecchire, come detto, direttamente nell'idea di prevenzione generale positiva, assumendo con ciò la forma di teorie comunicative orientate alla norma; oppure si sono criticamente relazionate alle teorie preventive, giudicando inadeguato il concetto di comunicazione ad esse sotteso e preferendogli una comunicazione “orientata alla vittima”. Cominceremo con l'esaminare questo secondo tipo di approccio.

¹⁴F. ROSTALSKI, *Der Tatbegriff im Strafrecht. Entwurf eines im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen normativ-funktionalen Begriffs der Tat*, Tübingen, 2019, p. 19 ss.; G. FREUND, F. ROSTALSKI, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., p. 14 ss.

¹⁵F. ROSTALSKI, *Der Tatbegriff*, cit., p. 29 ss.

2. La teoria comunicativa della pena orientata alla persona elaborata da T. Hörnle: l'innesto del paradigma vittimario nella teoria della pena

Lo sviluppo di una teoria comunicativa orientata alla persona si deve a Tatjana Hörnle, Autrice che ha arrecato un fondamentale contributo alla diffusione delle teorie espressive in Germania. Il confronto tra teorie espressive e prevenzione generale comincia con un noto e importante lavoro, pubblicato in tedesco insieme ad Andrew von Hirsch nel 1995¹⁶, nel quale, sulla scia di Feinberg, viene evidenziato il ruolo centrale dell'elemento della censura (*Tadel*) per un'adeguata descrizione della funzione della pena e si chiarisce, al contempo, la differenza tra funzione espressiva e retribuzione. Lo scritto e le reazioni da esso suscitate hanno dato l'abbrivio ad un complessivo aggiornamento del dibattito sulla pena; nel frattempo, anche la posizione di Hörnle ha subito un'evoluzione.

Inizialmente, Hörnle aveva condiviso la teoria mista proposta da von Hirsch, in base alla quale, come visto a suo tempo, una volta ascritta alla censura la funzione propriamente espressiva della pena, a fondamento del trattamento afflittivo si adducono ragioni prudenziali di tipo preventivo¹⁷. In una successiva monografia, dedicata al tema della commisurazione della pena, l'Autrice ha sottoposto le teorie preventive a una stringente revisione critica, all'esito della quale trova conferma la preferenza per le teorie espressive, ma alla luce di un impianto argomentativo ampliato e approfondito.

Hörnle, infatti, introduce una distinzione relativa al fondamento della pena basata sul tipo di reato, ritenendo l'impostazione di von Hirsch insufficiente a chiarire la necessità di un trattamento afflittivo al cospetto di alcuni gravi reati, come l'omicidio o alcuni tipi di delitti sessuali¹⁸. Mentre, infatti, la punibilità di comportamenti caratterizzati da una finalità di profitto (quali, secondo gli esempi addotti dall'Autrice, i reati tributari, il furto o una truffa ai danni di un'assicurazione)¹⁹ può far leva su ragioni

¹⁶ A. VON HIRSCH, T. HÖRNLE, *Positive Generalprävention und Strafe*, in *GA*, 1995, p. 261 ss.

¹⁷ A. VON HIRSCH, T. HÖRNLE, *Positive Generalprävention und Strafe*, cit., p. 261 ss.

¹⁸ T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin, 1999, p. 112 ss.

¹⁹ T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, cit., p. 121.

preventive, per i reati più gravi contro la persona manca una conferma empirica dell'efficacia dissuasiva della severa minaccia di pena cui sono sottoposti, dal momento che alla base di questi delitti pare esserci un comportamento impulsivo e irrazionale. Ne segue che, per questa seconda categoria di reati, che si atteggiano a "*präventionsresistente Deliktsgruppen*"²⁰, il trattamento afflittivo rinviene la propria ragion d'essere nella sola funzione espressiva della pena.

In conseguenza della suddetta distinzione per tipologia di reato, Hörnle conclude che non si può parlare di un'unica teoria della pena, cioè di una teoria valida per ogni tipo di reato; piuttosto, la pena assolve sempre una funzione espressiva, poiché sempre l'inflizione di sofferenza esprime un giudizio di disapprovazione, ma l'inflizione di sofferenza persegue finalità preventive solo di alcuni tipi di comportamento, che si presume siano condizionabili tramite la minaccia di pena, e non di altri. In sostanza, il fondamento teorico della pena si presenta inevitabilmente come «un'immagine frammentaria [...], consistente nelle tessere di un mosaico in composizione variabile. A seconda di quali comportamenti debbano essere puniti, le funzioni espressive vengono più o meno accentuate rispetto agli scopi preventivi»²¹.

Questa concezione olistica della pena è resa necessaria, secondo l'Autrice, non solo dalle rilevanti differenze che intercorrono tra i comportamenti vietati, ma anche in ragione della complessità della pena, intesa, da un lato, come istituzione giustificata da finalità preventive e, dall'altro lato, come prassi rivolta al singolo soggetto punito. Tale complessità implica altresì che si debba giustificare non solo il male inferto al reo con la punizione, ma più in generale i costi del mantenimento in vita del sistema penale, sino all'esecuzione della pena²².

Con riferimento ai gravi reati contro la persona, per i quali la giustificazione della pena fa leva essenzialmente sulla funzione espressiva, si propone però la consueta domanda sul perché la disapprovazione debba essere espressa proprio tramite l'inflizione di un male. A tal proposito, Hörnle si rifà ad argomentazioni presenti (e già incontrate) in alcuni dei sostenitori delle teorie espressive della pena: in sintesi, l'inflizione di sofferenza è necessaria perché a volte le sole parole non bastano ad esprime-

²⁰ T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, cit., p. 121.

²¹ T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, cit., p. 124.

²² T. HÖRNLE, *The Role of Victim's Rights in Punishment Theory*, in A. DU-BOIS PE-DAIN, A.E. BOTTOMS (eds.), *Penal Censure*, cit., p. 210.

re disapprovazione²³. Al contempo, Hörnle evidenzia un aspetto che non sempre emerge in altri autori e che sarà approfondito anche nei suoi scritti successivi: il punto di vista della vittima di gravi reati, quale principale destinataria – insieme alla comunità, ma in posizione prioritaria – del messaggio recato dalla pena²⁴.

Si allude qui alla vittima individuale, la quale, a parere di Hörnle, sarebbe stata sino ad oggi ingiustamente sacrificata dalle teorie della pena, a vantaggio della “vittima collettiva”, ovvero della collettività posta al centro delle teorie generalpreventive, in ragione di un’impostazione tradizionalmente collettivistica, assunta dal pensiero penalistico (tedesco) almeno a partire dal XIX secolo. Questa impostazione collettivistica risulterebbe oggi inadeguata all’“individualismo normativo” cui è improntato il *Grundgesetz*²⁵.

La funzione espressiva o comunicativa diretta alla vittima assurge in tal modo a giustificazione della pena nei soli delitti contro la persona, nel quadro, in precedenza tratteggiato, di una teoria non unitaria della pena. Difatti, proprio nei delitti rispetto ai quali le ragioni della prevenzione generale positiva e negativa sono sì plausibili, ma anche affette da una più consistente difficoltà di dimostrabilità pratica, la ragione giustificatrice della pena deriva da un interesse legittimo della vittima a vedersi riconosciuto il torto subito. Non si tratta, precisa Hörnle, di dare adito alle emozioni della vittima o ad un suo atavico desiderio di vendetta, poiché la pur non trascurabile presenza di tali impulsi nella società non giustifica da sé che ad essi lo Stato debba dare seguito mediante la pena²⁶. Ma neppure ci si può limitare a liquidare questa esigenza con un riconoscimento di tipo meramente economico, essendo piuttosto necessario, sempre nei delitti contro la persona, riparare le conseguenze *lato sensu* psicologiche del reato, di cui le emozioni provate dalla vittima sono un sintomo²⁷.

²³ T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, cit., p. 119 ss., 123 (ove si richiama J. KLEINIG, *Punishment and Moral Seriousness*, cit., p. 401 ss.)

²⁴ T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, cit., pp. 117, 123. Il tema è affrontato anche da R. HAMEL, *Strafen als Sprechakt*, cit., spec. p. 156 ss.

²⁵ Diffusamente, T. HÖRNLE, *Die Rolle des Opfers in der Strafrechtstheorie und im materiellen Strafrecht*, in *JZ*, 2006, p. 950 ss.; EAD., *The Role of Victim's Rights in Punishment Theory*, cit., p. 207 ss.

²⁶ T. HÖRNLE, *The Role of Victim's Rights*, cit., p. 214 ss.

²⁷ T. HÖRNLE, *Die Rolle des Opfers*, cit., p. 953.

Piuttosto, la vittima ha bisogno della conferma che nei suoi confronti è stato commesso un illecito, laddove una rinuncia da parte dello Stato alla condanna trasmetterebbe l'idea che l'accaduto è frutto di sfortuna, non è rilevante o è addirittura da addebitare alla vittima stessa²⁸. La pena è quindi chiamata a comunicare che il reo ha violato un dovere di non intrusione nella sfera personale altrui, al quale è correlato un diritto *individuale* della vittima. Siffatta comunicazione, che si regge anche sulla necessità di esprimere un cordoglio alla vittima dettato da ragioni solidaristiche, non potrebbe assumere una forma meramente verbale, ma necessita di essere quantificato; e il trattamento afflittivo svolge questa importante funzione di quantificazione della censura²⁹.

In passato, riconoscendo di essere in posizione minoritaria rispetto agli altri penalisti, Hörnle non ha esitato a parlare di un interesse legittimo della vittima alla condanna ("*ein berechtigtes Interesse des Opfers an einer strafrechtlichen Verurteilung*"), al quale andrebbe data collocazione all'interno della teoria della pena³⁰, escludendo però che ne potesse derivare la pretesa ad una pena di determinata entità³¹. Più di recente, la sua tesi pare essersi assestata su posizioni più caute³².

La vittima ha anzitutto una legittima pretesa a che lo Stato esamini il suo caso e si pronunci tramite un giudizio di disapprovazione tarato sul caso concreto, non limitandosi a riaffermare la validità della norma violata (secondo i canoni della general prevenzione positiva). L'illecito subito deve quindi essere descritto in modo puntuale e rapportato alla specifica violazione subita, il che implica la necessità di ricostruire la relazione autore-vittima come legame intessuto di diritti e doveri reciproci, sui quali deve soffermarsi il giudizio, onde far comprendere *anche* alla vittima quali obblighi ha violato il reo e/o se ella stessa ha violato degli obblighi. Oltre al diritto a che il caso sia esaminato, se sussistono i presupposti di

²⁸ T. HÖRNLE, *Claus Roxins Strafrechtlicher Ansatz*, in *FS für C. Roxin*, Band I, München, 2011, p. 3 ss., pp. 15-16.

²⁹ T. HÖRNLE, *Die Rolle des Opfers*, cit., p. 956, dove tra l'altro si legge: «Wenn mit dem Unwerturteil jedoch neben Tadel für den Täter auch Beileid und Solidarität mit dem Opfer ausgedrückt werden soll, bedarf es einer *Quantifizierung* der expressiven Bedeutung. Es muss ein *bestimmtes Maß* an Tadel und Beileid formuliert werden» (corsivi originali).

³⁰ T. HÖRNLE, *Die Rolle des Opfers*, cit., p. 952.

³¹ T. HÖRNLE, *Die Rolle des Opfers*, cit., p. 956.

³² Ci si riferisce alle posizioni espresse in T. HÖRNLE, *The Role of Victim's Rights*, cit.

una condanna, la vittima ha altresì diritto a veder riconosciuta la violazione, ad una valutazione della gravità dell'illecito subito e infine a che il reo sia raggiunto da un messaggio di censura.

Questi diritti devono trovare una prima realizzazione sul piano processuale, attraverso la possibilità di partecipare al procedimento: possibilità che certamente non può essere riconosciuta in modo incondizionato, ma va bilanciata con gli altri interessi perseguiti dal procedimento penale, a cominciare dai diritti dell'imputato. Più controverse sono però le ripercussioni in ambito sostanziale: ci si chiede, in particolare, se la vittima possa avanzare la legittima pretesa di incidere sulla commisurazione della pena.

Almeno in linea di principio, questa pretesa potrebbe essere attuata attraverso un triplice ordine di strumenti: il diritto della vittima di essere ascoltata; il diritto di influire sulla decisione; un potere di controllo sulla decisione. Hörnle sottolinea come non sia affatto necessario che tutti e tre questi strumenti vengano attuati, e attuati in egual misura, per garantire gli interessi della vittima, rilevando come, alla luce dei principi che regolano il processo penale, oltre che di esigenze pragmatiche, particolarmente problematici si presentino sia la possibilità di influire sulla decisione (attraverso eventuali poteri di veto) sia la predisposizione di strumenti di controllo successivi alla decisione (mezzi di impugnazione). Il diritto di essere ascoltati, attuabile mediante dichiarazioni effettuate dalla vittima, potrebbe essere il mezzo più adeguato a dare attuazione alla funzione espressiva della pena orientata alla vittima: si tratta però di uno strumento molto controverso, soprattutto per i rischi di indebita suggestione sull'attività del giudice che ne possono derivare. Per tanto, Hörnle osserva che occorrerà attendere studi empirici relativi al (possibile) impatto psicologico dei *victims statements* sul giudice, prima di adottare strumenti del genere³³. In ultimo, l'Autrice riconosce che «[...] enfatizzare il ruolo delle vittime nella teoria della pena non fornisce automaticamente risposte a tutti gli aspetti della commisurazione. Determina la rotta per alcune questioni, ma non consente conclusioni definitive sui punti più controversi»³⁴.

³³ *Ibidem*, p. 225.

³⁴ *Ibidem*.

2.1. (*Segue*). Gli inevitabili pericoli: snaturamento del sistema e strumentalizzazione della vittima

Nonostante il carattere interlocutorio e in parte programmatico, la tesi di Tatjana Hörnle si espone a più di un'obiezione. In primo luogo, con riferimento alle premesse della sua teoria (accentuatamente) mista (sino ad apparirci olistica) della pena, viene da chiedersi se, prim'ancora che a un differente fondamento della pena, l'eterogeneità dei comportamenti incriminati, constatata dall'Autrice, non dovrebbe piuttosto indurre il legislatore ad adottare risposte sanzionatorie di tipo diverso (ed eventualmente anche diverse dalla pena). Infatti, ammesso che la funzione espressiva giustifichi la pena come noi la conosciamo, cioè fatta di censura e trattamento afflittivo, solo in relazione ai gravi delitti contro la persona, negli altri casi, per esempio nei reati lesivi di beni istituzionali, prima di dare per scontata l'esistenza di una diversa giustificazione, andrebbe presa in considerazione una seria opera di depenalizzazione.

Al di là di questo rilievo di carattere generale, insufficiente è la spiegazione della necessità di un trattamento afflittivo addotta da Hörnle, nella misura in cui si limita a riprendere le osservazioni di altri autori (a partire da Feinberg) sul nesso di tipo puramente convenzionale con la censura. Limitandosi a dire che le parole non bastano ad esprimere la censura, Hörnle evita di fatto di approfondire la questione³⁵. D'altra parte, a questa carenza non può sopperire l'altro argomento, al quale Hörnle attribuisce notevole spessore, cioè che nei delitti contro la persona punire sia un atto dovuto nei confronti della vittima. L'argomento non convince, anzitutto, sotto il profilo logico: se il nesso tra censura e trattamento afflittivo è puramente convenzionale nei rapporti tra Stato e soggetto punito, cosa giustifica l'estensione di questa convenzione alla vittima?³⁶ Inoltre, esso

³⁵ M. PAWLIK, *Person, Subjekt*, cit., p. 53.

³⁶ Non è mancato, per altro, chi ha provato a ricostruire un diritto della vittima alla punizione, sulla base di un obbligo di protezione di cui il reo diverrebbe destinatario a seguito dell'offesa recata alla vittima. Siffatto obbligo renderebbe moralmente lecita l'inflizione di sofferenza nei confronti del reo, così come è lecito recare danno all'offensore nel caso di legittima difesa (V. TADROS, *The Ends of Harms*, cit.). Questa tesi mira a legittimare la funzione deterrente della pena, sostenendo che l'obbligo del reo riguarderebbe i pericoli incombenti sulle future vittime. A parte la complessa sostenibilità di quest'ultimo assunto, la teoria in questione deve anche fronteggiare le difficoltà di trasferire allo Stato una prerogativa originariamente spettante alla vittima (v. anche ID., *Punishment and the Appropriate Response to Wrongdoing*, in *Criminal Law and Philosophy*, vol. 11(2), June 2017, p. 229 ss.).

è infondato dal punto di vista etico: lo spirito di solidarietà verso qualcuno dovrebbe spingerci a prenderci cura di lui, ad assicurargli assistenza morale e materiale; ma è arduo comprendere come tale solidarietà possa consentirci di far male ad un altro³⁷ (almeno al di fuori di un soccorso difensivo o di necessità)³⁸.

Ma è la rivendicazione in sé di attribuzione alla vittima di un ruolo nella legittimazione della sanzione a destare le maggiori perplessità.

Da questo punto di vista, le riflessioni di Hörnle possono essere lette come l'apice di una generale tendenza alla riscoperta della vittima, manifestatasi sia a livello internazionale, in vari atti normativi e nella giurisprudenza delle alte corti, sia nel dibattito nazionale tedesco, là dove la «neutralizzazione della vittima»³⁹, da presupposto del diritto penale moderno, passa ad essere considerata come un pregiudizio superabile⁴⁰. Un «diritto» della vittima alla punizione del reo, in un certo senso, andrebbe anche oltre questa tendenza. È la stessa Autrice ad evidenziarlo, quando considera insufficiente l'orientamento della giurisprudenza costituzionale tedesca che, nel riconoscere un diritto alla persecuzione dei reati, lo riconnette al senso di sfiducia e di insicurezza collettiva derivante dalla mancata tutela dei beni giuridici da parte dello Stato⁴¹. Così argomentando – osserva Hörnle –, la giurisprudenza non spiega come la pretesa all'effettiva persecuzione dei reati possa essere avanzata dai prossimi congiunti della vittima di un omicidio, essendo palese che costoro non possano avere un diritto soggettivo alla protezione di un bene individuale al-

³⁷ A. GIL GIL, *Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena*, in *InDrept*, 4/2016, p. 21.

³⁸ Alla legittima difesa ricorre V. TADROS, *The Ends of Harms*, cit., p. 241 ss.

³⁹ W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, cit., p. 70 ss.

⁴⁰ Sul tema, si rinvia alla documentatissima ricostruzione di L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Palermo, 2012, p. 49 ss.; in argomento, inoltre, M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015; L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1760 ss.; A. GIL GIL, *Sobre la satisfacción de la víctima*, cit., p. 1 ss.; di recente, il tema è ripreso, con il necessario piglio critico, da G. FORNASARI, "Right to punishment", cit., *passim*. Per una consistente apertura verso le istanze di tutela della vittima (in una prospettiva che tende a sostituire la teoria del bene giuridico con la tutela dei diritti individuali), si veda F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, in *www.sistemapenale.it*, 13 marzo 2023; per una critica, A. CAVALIERE, "Diritti" anziché "beni giuridici", cit.

⁴¹ Su questa giurisprudenza, v. *supra*, cap. I, § 7.1.

trui oramai leso in modo definitivo⁴². L'osservazione in sé è fondata, ma le conseguenze che se ne traggono potrebbero avere effetti nefasti.

Va replicato che l'odierno processo di "santificazione" della vittima ha conferito a questa figura un "credito morale" tale per cui le sue richieste già *nei fatti* non vengono mai ignorate, finendo la vittima per accampare pretese sull'entità e finanche sulle modalità esecutive della pena⁴³. Convertire queste pretese in un diritto alla punizione – spinto oltre la facoltà di esercitare un controllo sull'inattività degli organi statuali – stravolgerebbe definitivamente, anche *sul piano formale*, alcuni principi fondamentali.

Anzitutto, sarebbe inevitabile una sostanziale privatizzazione del sistema punitivo, poiché lo Stato diverrebbe una sorta di agente incaricato di punire per conto della vittima, e non più il tutore di beni giuridici pubblici. Inoltre, attribuire alla vittima un diritto sull'entità della pena – o comunque una qualche pretesa operante a livello di commisurazione⁴⁴ – non potrebbe non alterare il compito istituzionale del giudice. Al di là delle incertezze terminologiche sulla definizione di "vittima" (destinate evidentemente a riflettersi su un'opzione normativa che andasse nel senso auspicato da Hörnle), bisogna ricordare che ammettere una persona al processo con siffatto *status*, vuol dire già attribuirle una qualità che getta ombra sulla presunzione di innocenza dell'imputato⁴⁵. D'altra parte, tra la qualità di vittima e l'affermazione di responsabilità dell'imputato, nell'ambito dello stesso procedimento, non esiste (né può esistere) una completa simmetria: nel senso che una persona può essere "realmente" vittima, anche se l'attuale imputato è innocente, perché il reato è stato commesso da altri oppure perché il fatto, pur costituendo illecito, è privo di colpevolezza; senza contare il proscioglimento per una causa di non punibilità o di estinzione del reato.

In tutti questi casi, pur mancando un'affermazione di responsabilità, o comunque sussistendo un impedimento alla punibilità, si è dinanzi ad un'offesa patita dalla vittima, a cui però non è (né dovrebbe essere) pos-

⁴² T. HÖRNLE, *Anmerkung*, in *JZ*, 2015, p. 893 ss.

⁴³ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019, p. 30 ss. Per gli Stati Uniti, v. M. VITIELLO, *The Victims' Rights Movement*, cit., *passim*.

⁴⁴ Una pretesa ad una determinata entità della pena viene generalmente negata e considerata impossibile anche dagli assertori di un diritto alla punizione: cfr. B-D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., pp. 38-39, e ivi ulteriori riferimenti.

⁴⁵ Cfr. L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, cit., pp. 1765-1766.

sibile dare soddisfazione nella forma della pena. Se però l'applicazione della pena assurge a rango di "diritto" della vittima, la sua azionabilità potrebbe condurre il giudice ad indebite affermazioni di responsabilità, nel tentativo di "correggere" quella asimmetria (tra affermazione di responsabilità e status di vittima), che invece è condizione del tutto fisiologica del sistema penale. S'imporrebbe, di fatto, la necessità di soluzioni ermeneutiche che non frustrino il "diritto" della vittima alla punizione⁴⁶. Tanto per fare degli esempi non casuali, ma riferibili alla nostra esperienza giudiziaria recente: come evitare che questo diritto condizioni l'accertamento del dolo eventuale, nei casi di confine con la colpa cosciente? O che non pesi sulla decisione circa il momento consumativo del reato ai fini della prescrizione (magari suggerendo che si tratti di un reato "eventualmente permanente")?

Ciò detto, anche nel caso in cui la responsabilità dell'imputato fosse acclarata, la pretesa della vittima rispetto alla sua pena, contrariamente alla asserita "finalità comunicativa", otterrebbe l'unico risultato di dare attuazione alle emozioni retributive dalle quali quella pretesa è animata, con un effetto, nel migliore dei casi, capace di alleviare solo momentaneamente il dolore provocato dal reato. A tanto – cioè ad una messinscena di questo dolore – si riduce, nei fatti, l'esperienza statunitense dei *victim impact statements*, che non possono essere additati ad esempio di una seria presa in considerazione degli interessi della vittima⁴⁷. Senza contare che una pena – o la parte di essa – che discendesse da un presunto diritto della vittima (alla punizione), sarebbe inesorabilmente in attrito con

⁴⁶ Che tali timori siano fondati, lo dimostra la lettura di T. HÖRNLE, *Die Rolle des Opfers*, cit., p. 957-958, là dove si sostiene che la necessità di considerare il punto di vista della vittima (piuttosto che "raffinate" argomentazioni dogmatiche) debba essere assunta come criterio risolutivo di alcune questioni interpretative del diritto penale tedesco.

⁴⁷ Cfr. S.A. BANDES, *Victims, "Closure", and the Sociology of Emotion*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 72(2), 2009, p. 1 ss.; M. VITIELLO, *The Victims' Rights Movement*, cit., p. 82 ss., ove si mettono in evidenza tutti i limiti di una malintesa funzione "terapeutica" delle aule di giustizia nei confronti dei superstiti di reati puniti con la pena di morte. Sull'uso populista e distorsivo dello strumento si soffermano anche L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, cit., pp. 1772-1773; M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale* cit., p. 42 ss.; per una valutazione molto cauta sul suo impiego in sede di commisurazione, G. MANNOZZI, *La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla previsione legislativa alla prassi applicativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1255 ss. Sui rapporti tra *impact victim statements* e pena capitale, v. *supra*, cap. I, § 7.2.

lo scopo di risocializzare l'autore: la vittima ambisce, di regola, non alla reintegrazione, ma all'esclusione del condannato dal tessuto sociale⁴⁸.

Lenire le ferite della vittima (solo) con la pena tradisce, in realtà, una certa ingenuità psicologica, essendo dimostrato che la vittima è investita da sentimenti contraddittori, in cui «rientrano un generico desiderio di vendetta misto a un altrettanto generico bisogno di solidarietà»⁴⁹. La proposta di attribuirle un diritto alla punizione oblitera questa complessità, con effetti deleteri anche per la stessa vittima, vieppiù esposta ai rischi di vittimizzazione secondaria, oltre che fundamentalmente insoddisfatta⁵⁰. È per questo, d'altra parte, che si è diffusa la convinzione che le vittime siano interessate, in molti casi, più ad una riparazione simbolica da parte dell'offensore o a percorsi articolati di riconciliazione⁵¹; da tale constatazione prende le mosse il discorso sulla *restorative justice*, a sua volta non scevro da rischi e bisognoso di collaudo, ma di certo più promettente di un diritto della vittima alla punizione.

In definitiva, l'attribuzione di un diritto alla punizione, distogliendo da una dimensione più ampia della riparazione, passa attraverso una "normativizzazione" del concetto di vittima⁵². Si propone di rendere la vittima parte attiva di un meccanismo incapace di rispondere ai suoi bisogni *reali*, ma la cui funzione è piuttosto diretta a preservare un'*aspettativa* su ciò che andrebbe fatto in suo favore: un'*aspettativa* dettata da emozioni retributive socialmente accreditate. Ed ecco che la proposta teorica qui criticata diviene formidabile volano della strumentalizzazione della vittima: alla quale diamo un diritto alla punizione, affinché rappresenti il ri-

⁴⁸ Valgano le condivisibili perplessità espresse da M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale*, cit., p. 48.

⁴⁹ G. FIANDACA, *Punizione*, cit., p. 131; la complessità degli interventi a tutela della vittima hanno portato a discutere di una "risocializzazione dell'offeso": in quest'ottica, con ulteriori riferimenti, L. PARLATO, *Il contributo della vittima*, cit., p. 89 ss.

⁵⁰ Si vedano le osservazioni di M. VITIELLO, *The Victims' Rights Movement*, cit., p. 40 ss., circa le conseguenze negative, sul piano sociale e psicologico, dell'attribuzione a taluno del ruolo di "vittima".

⁵¹ C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht*, cit., p. 151; V. ZIESMAN, *Criminal Law without Punishment*, cit., p. 131 ss. Sul tema, con ulteriori riferimenti, si soffermano anche L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, cit., p. 1780 ss.; M. VENTUROLI, *La vittima*, cit., p. 306 ss.; sull'attenzione per la vittima come fattore all'origine della giustizia riparativa, per tutti, G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, p. 12 ss.

⁵² F. SALINGER, *Über das kommunikative Moment in neueren, insbesondere expressiven Straftheorien*, cit., p. 695.

sentimento collettivo; la costringiamo a odiare su commissione della società punitiva⁵³.

3. La teoria comunicativa di tipo funzionalista di G. Jakobs

Passando all'analisi delle teorie comunicative orientate alla norma, non si può non cominciare da Günther Jakobs, uno dei più influenti (e discussi) dogmatici tedeschi contemporanei, la cui teoria della pena rappresenta la premessa da cui si irradia una complessa (e audace) sistematica del reato e dell'imputazione penale a base rigidamente normativista⁵⁴. Nel corso del tempo, in verità, Jakobs ha ritoccato la sua concezione della pena sino a giungere, almeno nello stadio più recente, alla formulazione di una teoria che, nei termini in cui si vedrà, può senz'altro essere definita "comunicativa", nonostante l'assenza di collegamenti diretti con l'omonimo filone di pensiero angloamericano e gli spiccati elementi di originalità.

Una costante nella concezione di Jakobs è l'identificazione del diritto con un sistema sociale sulla scia del funzionalismo di Niklas Luhmann⁵⁵. Sin dalla prima organica esposizione del tema⁵⁶, Jakobs evidenzia come

⁵³ Si vedano le ficcanti osservazioni di L. EUSEBI, *Rieducazione e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio penale dopo il d.lgs. n. 150/2022*, in www.sistemapenale.it, 10 aprile 2024, p. 11, sulla strumentalizzazione della vittima nel modello punitivo tradizionale, di stampo retributivo: «Un modello il quale, a ben vedere, umilia la vittima, in quanto la costringe, allo scopo di affermare l'inaccettabilità e la stessa gravità dell'illecito subito, a rendersi desiderosa del male, nella maggior entità possibile, di un altro individuo: ciò comportando, per essa, una vera e propria seconda vittimizzazione, che la inacerbisce (la impoverisce umanamente), per così dire, rispetto al passato».

⁵⁴ Cfr. da ultimo G. JAKOBS, *Sistema dell'imputazione penale*, trad. it. di *System der strafrechtlichen Zurechnung* (2012), a cura di L. Cornacchia, Napoli, 2017, p. 1 ss. (per un'agile introduzione, v. L. CORNACCHIA, *Il sistema dell'imputazione penale di Günther Jakobs: concetti essenziali*, ivi, p. IX ss.).

⁵⁵ Cfr. M. CANCIO MELIÀ, B. FEIJOO SÀNCHEZ, *¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar*, in G. JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, Cizur Menor, 2006, p. 27 ss., i quali distinguono tre fasi nell'evoluzione del pensiero di Jakobs sulla pena, evidenziando, però, che esso muove sempre dalla identificazione del diritto con un sistema sociale (sotto l'influenza di Luhmann): a) fase della prevenzione pura (fase psicologista); b) elaborazione di un concetto funzionale di retribuzione; c) "ricognitivizzazione" della concezione della pena.

⁵⁶ G. JAKOBS, *Strafrecht AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., Berlin-New York, 1993, p. 5 ss. (la prima edizione risale al 1983). Per una lettura

la pena rappresenti una reazione alla violazione di una norma, con la quale si intende dimostrare che, nonostante l'infrazione, la norma conserva inalterata la sua validità, continuando a destare un'aspettativa circa la necessità di essere osservata. Questa dimostrazione è data imponendo un "costo", ossia la perdita di un bene, all'autore della violazione ovvero, nel linguaggio jakobsiano, a colui che per essa deve ritenersi "competente".

In sintesi, la pena serve a stabilizzare le aspettative normative ovvero a ridurre rischi, connaturati ai contatti sociali, nascenti dalla violazione delle norme. Così come la violazione di una norma – nella quale, per Jakobs, si risolve l'intera essenza del reato – non rileva nella sua esteriorità (cioè *sub specie* di danno materiale), ma appunto come infrazione normativa, allo stesso modo la pena non costituisce una reazione volta a riparare un danno, ma piuttosto assolve una *funzione simbolica* contrapposta alla violazione. La pena «vuol dire qualcosa, ossia che il significato del comportamento contrario alla norma non è influente e che la norma è influente come prima [della violazione]»⁵⁷.

Collocati sia il reato che la pena "sul piano del significato" («auf der Ebene der Bedeutung»), si comprende come il compito del diritto penale non consista affatto nell'impedire lesioni a dei beni giuridici, ma nel confermare la validità delle norme, là dove per "validità" (*Geltung*) si intende il loro "riconoscimento" (*Anerkennung*)⁵⁸. La pena fa sì che la norma resti un modello capace di orientare i successivi contatti sociali, contrapponendosi al disconoscimento della norma compiuto dal reo⁵⁹. In quanto volta a preservare le future interazioni sociali, la pena ha anche efficacia "preventiva": ma si tratta di una efficacia che nulla avrebbe a che vedere con l'effettivo impedimento di futuri reati, quanto piuttosto con il ripristino, presso i consociati, della fiducia nella validità della norma violata; in questo senso, si tratta di una prevenzione "generale", nonché "positiva" in quanto svincolata da qualunque supposta efficacia deterrente⁶⁰.

La teoria di Jakobs è presentata, sin qui, come "prevenzione generale mediante apprendimento nel riconoscimento della norma" («*Generalprävention durch Einübung in Normanerkennung*»), nel cui contesto la

"espressivista" della concezione della pena in Jakobs, già in questa fase, v. A. KALOUS, *Positive Generalprävention durch Vergeltung*, cit., p. 56 ss.

⁵⁷ G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 9.

⁵⁸ G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 9.

⁵⁹ G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 10.

⁶⁰ G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., pp. 13-14, e, per la critica sulla prevenzione generale negativa, p. 20 ss.

pena funge da fattore di riduzione della complessità sociale e solo secondariamente può conseguire anche effetti deterrenti, connessi alla paura suscitata in alcuni consociati: effetti aggiuntivi (*Beigaben der Strafe*) che, per quanto auspicabili, non rientrano nel “compito” della pena⁶¹.

Va notato come, in questa prima fase, Jakobs riservi uno spazio esiguo al problema della giustificazione dell'inflizione di sofferenza (al “dolore penale”, *Strafschmerz* come egli lo chiama, o all'*hard treatment*, secondo la terminologia anglosassone), limitandosi a constatare che la pena sfugge all'accusa di risolversi in un inutile “male contro male”, per il sol fatto di adempiere al compito di stabilizzazione delle aspettative normative, assolvendo in ciò una rilevante funzione sociale, per quanto generatrice anche di un male⁶².

Il problema del “dolore penale” assume un peso crescente nell'elaborazione successiva, non a caso, con l'accentuarsi dei tratti simbolico-comunicativi della teoria in esame⁶³. Nella misura in cui alla pena si conferisce una funzione vieppiù simbolica, diviene impossibile eludere la questione del perché quella funzione non possa essere assolta senza infliggere dolore.

L'accentuazione dei tratti simbolico-comunicativi della teoria della pena passa attraverso una più marcata distinzione tra “natura” e “società” e tra le rispettive sfere di “realtà”, nel quadro di una complessiva rivisitazione delle fondamenta giusfilosofiche della teoria del diritto penale avviata da Jakobs nella seconda metà degli anni Novanta e illustrata, principalmente, nell'opera *Norm, Person, Gesellschaft*, riedita nel 2008 con alcune non trascurabili modifiche⁶⁴. Il nucleo di questa rivisitazione è, in estrema sintesi, il seguente: mentre in natura vi sono solo “individui”, cioè

⁶¹ G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 14.

⁶² G. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 5.

⁶³ Lo evidenzia W. FRISCH, *Straftheorie, Verbrechensbegriff und Straftatsystem im Werk von Günther Jakobs*, in U. KINDHÄUSER, C. KREB, M. PAWLIK, C.-F. STUCKENBERG (Hrsg.), *Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*, Tübingen, 2019, pp. 650, 652 ss.

⁶⁴ Essenzialmente con l'opera *Norm, Person, Gesellschaft*, la cui prima edizione risale al 1997, e che ha subito, proprio rispetto alla questione della pena come sofferenza, un consistente rifacimento nella terza edizione, come evidenziato dall'Autore nella premessa: cfr. G. JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3. Aufl., Berlin, 2008, p. 6. Nel frattempo, l'Autore era intervenuto nuovamente sul tema in *Staatliche Strafe. Bedeutung und Zweck*, del 2004 (trad. it. G. JAKOBS, *La pena statale. Significato e finalità*, Napoli, 2019, a cura di D. Valitutti).

soggetti guidati da impulsi di soddisfazione/insoddisfazione e tra loro isolati, a livello di interazione sociale operano “persone” ovvero, nell’accezione proposta da Jakobs, soggetti capaci di intendere e di volere, che ricoprono “ruoli” caratterizzati come sfere di obblighi/libertà. Al tempo stesso, questa dimensione sociale è costituita da relazioni comunicative, che Jakobs intende come un principio ordinatore interno alla società (cioè operante senza necessità di ricorrere ad un principio ordinatore esterno, come il contratto sociale, il potere, ecc.)⁶⁵.

La società, dunque, si presenta come «comunicazione personale messa in pratica»⁶⁶ ed «esiste quando e nella misura in cui vi siano norme reali, vale a dire quando e nella misura in cui il discorso della comunicazione si determina con attenzione alle norme»⁶⁷. Occorre intendersi sul modo attraverso il quale opera questo meccanismo comunicativo. Coerentemente alle sue premesse, Jakobs non identifica la funzione orientativa delle norme con un effetto diretto sul comportamento dei consociati; le norme, a suo dire, non “causano” propriamente i comportamenti, semmai forniscono ragioni per comportarsi in un certo modo. Piuttosto, la “realtà della norma” si manifesta nell’attribuzione di un significato sociale al comportamento mediante il quale la norma è stata violata: in questo senso, «una norma è “reale” in quanto offre lo schema interpretativo rilevante per il comportamento di una persona»⁶⁸. Alla luce di ciò, la comunicazione sociale sul significato di un comportamento è un presupposto della realtà della norma; realtà che inevitabilmente mancherebbe, qualora gli attori sociali non avessero alcun interesse ad attribuire un significato sociale ad un certo comportamento, come avverrebbe, ad esempio, nel caso di un divieto di fumare tra non fumatori⁶⁹.

Tale assunto conduce ad un ulteriore e radicale livello di astrattezza del rapporto reato-pena: il reato è un atto con cui il reo dichiara di non accettare la società⁷⁰; la pena è la risposta con cui la società preserva la

⁶⁵ Diffusamente, G. JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft* (3. Aufl.), cit., p. 9 ss.

⁶⁶ G. JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft* (3. Aufl.), cit., p. 52.

⁶⁷ G. JAKOBS, *Sobre la teoría de la pena*, Bogotà, 1998, p. 16.

⁶⁸ G. JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft* (3. Aufl.), cit., p. 53 (corsivo originale).

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ G. JAKOBS, *Sobre la teoría*, cit., p. 22: la società interpreta il fatto commesso da un suo membro (dunque da una “persona”) come se dicesse “no questa società!”; il fatto ha dunque un significato comunicativo, nella misura in cui contraddice una norma, e necessita una risposta espressivo-comunicativa.

propria identità, cioè «mantiene le norme e nega a se stessa di concepirsi in altro modo»⁷¹; per fare ciò, essa deve “marginalizzare il significato del fatto”, evitando che il significato espresso col comportamento criminoso si instauri come inedito e fuorviante schema comunicativo⁷². In ciò, Jakobs coglie evidenti affinità tra la sua tesi e la filosofia di Hegel, che egli rilegge come teoria comunicativa della pena⁷³.

Per “comunicazione”, nel contesto della teoria in esame, si intende un *processo obiettivo* di attribuzione di significato ad un atto, in particolare al comportamento delittuoso e alla conseguente risposta sanzionatoria. Si tratta di un significato (oggettivo) indipendente dalle intenzioni e dai significati (soggettivi) attribuibili a quegli atti dai loro autori. Per Jakobs, in altri termini, non conta ciò che il reo intende “comunicare” realizzando il reato, né ciò che lo Stato gli “comunica” punendolo, ma rileva esclusivamente il significato che la condotta criminosa e la pena acquisiscono per il fatto stesso di trovarsi immessi nella struttura normativa della società. Così, nell'affermare che il colpevole di un furto “dichiara” che per lui la norma a tutela della proprietà non ha valore, e che con ciò egli misconosce la società, s'intende dire che questo è il significato sociale oggettivamente attribuito a quel comportamento, in quanto in contraddizione con gli schemi comportamentali racchiusi nelle norme della società. La pena assume un senso a sua volta oggettivo: «[...] è un processo di comunicazione, e per questo il suo concetto deve essere orientato nell'attenzione alla comunicazione e non deve essere fissato sulla base dei riflessi o delle ripercussioni psichiche della comunicazione»⁷⁴.

Tutto ciò segna una differenza rispetto alle teorie comunicative di matrice angloamericana, nel cui contesto, come abbiamo avuto modo di appurare, l'atto comunicativo è di tipo interpersonale e, in alcuni casi, addirittura volto ad elicitare stati soggettivi nei destinatari (il pentimento in Duff).

⁷¹ G. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Madrid, 1996, p. 18.

⁷² G. JAKOBS, *Sobre la teoría*, cit., p. 21 ss.; ID., *Norm, Person, Gesellschaft* (3. Aufl.), cit., p. 111 ss.

⁷³ G. JAKOBS, *La pena statale*, cit., p. 84. Il confronto con Hegel è presente in vari scritti, tra i quali ID., *Sobre la teoría*, cit., pp. 27-28; diffusamente, ID., *Der Zweck der Vergeltung*, in *FS für N.K. Androulakis*, Athen, 2003, p. 251 ss. Già in *Strafrecht*, cit., p. 17, Jakobs afferma che la teoria retributiva di Hegel ha poche differenze con la propria teoria della prevenzione generale positiva: l'unica differenza è che Hegel basa il suo sistema sul “diritto”, mentre Jakobs ritiene che il punto di riferimento sia la “società”.

⁷⁴ G. JAKOBS, *Sobre la teoría*, cit., p. 33.

Nel quadro tracciato da Jakobs, la funzione simbolico-comunicativa della pena, nella sua essenza di condanna, coincide con la conferma della validità della norma: in questo elemento sostanzialmente si dissolve ciò che le teorie angloamericane chiamano “*censure*”. La disapprovazione (*Missbilligung*) del fatto, qui, più che dipendere da una premessa di filosofia morale o politica, è un riflesso di una teoria sociale: è insita, cioè, nel ripristino della norma⁷⁵ come fattore necessario alla sopravvivenza della società in una data forma. Resta però da capire quale sia la collocazione, in siffatto quadro, della componente afflittiva della pena. Si dà il caso, infatti, che la componente afflittiva attinga la sfera degli “individui”, non limitandosi, con tutta evidenza, ad esplicare effetti sul piano socio-comunicativo delle “persone” (nell’accezione di Jakobs).

Tale questione è risolta da Jakobs, in prima battuta, nel modo seguente: pur essendo vero che il reato ci interessa per il suo significato sociale e non come avvenimento naturalistico, ciò non toglie che esso sia esteriorizzato in una condotta, ragion per cui l’autore deve essere limitato nella sua possibilità di realizzare altre condotte. In sostanza, parrebbe instaurarsi una sorta di necessaria simmetria tra l’esteriorizzazione del reato, tramite l’esecuzione della condotta, e l’esteriorizzazione della pena, tramite inflizione di sofferenza: «In quanto marginalizzazione di un controprogetto eseguito, anche la pena deve essere eseguita: ha luogo come violenza»⁷⁶. La spiegazione suona piuttosto formale e non del tutto appagante.

Jakobs ne aggiunge un’altra più sostanziale – ma non meno problematica –, direttamente correlata alla concezione della funzione orientativa della norma in precedenza esposta. Come visto, in Jakobs la funzione orientativa non coincide con la capacità di incidere direttamente sui comportamenti; piuttosto, le norme forniscono lo schema interpretativo di un comportamento. Quando però discute della componente afflittiva della pena, Jakobs precisa che questo schema, e con esso l’efficacia orientativa della norma, deve ricevere un corroboramento cognitivo, senza il quale non sarebbe pensabile la “realtà della norma”⁷⁷. È infatti necessario

⁷⁵ Sulla questione se anche in Jakobs sia presente un elemento di “disapprovazione”, oltre che di “conferma della norma” (violata), si sofferma R. HAMEL, *Strafen als Sprechakt*, cit., p. 118 ss. evidenziando come la distinzione tra questi due momenti, in Jakobs, sia resa problematica dalla rinuncia in premessa alla teoria del bene giuridico, che funge da parametro di riferimento per calibrare la disapprovazione.

⁷⁶ G. JAKOBS, *Sobre la teoría*, cit., p. 34.

⁷⁷ Cfr. G. JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft* (3. Aufl.), p. 113 ss.; si tratta di una

scongiurare (il pericolo di) un'erosione cognitiva della norma, ossia il rischio di disorientamento tanto presso i potenziali trasgressori, quanto presso le potenziali vittime⁷⁸. «La pena – scrive Jakobs – non è quindi solo comunicazione, ma al tempo stesso anche un atto reale silenzioso, e il dolore della punizione può essere compreso solo attraverso questo lato silenzioso»⁷⁹.

Trattamento afflittivo e funzione simbolica vengono allineati, quali elementi della pena, nel modo seguente: «[...] il dolore serve per la salvaguardia cognitiva della vigenza della norma; questo è lo scopo della pena, così come la contraddizione della negazione della vigenza attraverso il delinquente è il suo significato»⁸⁰. La necessità di infliggere sofferenza è quindi ricondotta all'idea di “scopo”: questo richiamo, almeno in apparenza, dovrebbe preservare la teoria di Jakobs dall'essere bollata come (mascheratamente) “assoluta”; a parere dell'Autore, inoltre, essa sfuggirebbe anche all'etichetta di teoria mista, dal momento che vi domina «*un unico* concetto, vale a dire quello di pena come mezzo di conferma (non di miglioramento) della vigenza della norma *in quanto capace di orientamento*»⁸¹. Si tratterebbe, in definitiva, di una prevenzione rimodulata come «general prevenzione orientata al mantenimento della vigenza [della norma]»⁸².

Dunque, non basta che il reo venga “indicato” come criminale (atto in cui si risolverebbe il “significato” della pena), ma deve essere anche “trattato” da criminale, in ciò realizzandosi lo “scopo” della pena⁸³. E trattare una persona da criminale vuol dire sospenderlo per un certo tempo dalla sua posizione di destinatario della comunicazione sociale⁸⁴. Questa esigenza, tuttavia, non comporta la possibilità di infliggere una sofferenza priva di limiti; la misura del dolore inflitto deve limitarsi a

parte assente nelle precedenti edizioni dell'opera: cfr. *Norm, Person, Gesellschaft* (2. Aufl.), cit., p. 98 ss.

⁷⁸ G. JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft* (3. Aufl.), cit., p. 113.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 114.

⁸⁰ G. JAKOBS, *La pena statale*, cit., p. 89.

⁸¹ G. JAKOBS, *Sistema*, cit., p. 3, nt. 6 (corsivi originali), in replica a B. FEIJOO SÀNCHEZ, *Positive Generalprävention. Gedanken zur Straftheorie Günther Jakobs*, in *FS für G. Jakobs*, Köln-Berlin-München, 2007, p. 80.

⁸² G. JAKOBS, *Sistema*, cit., p. 4.

⁸³ G. JAKOBS, *La pena statale*, cit., pp. 90-91.

⁸⁴ G. JAKOBS, *Der Zweck*, cit., p. 266; ID., *La pena statale*, cit., p. 91.

dimostrare che il progetto del reo è fallito⁸⁵. La pena, di regola, si rivolge a “persone” e costituisce una revoca temporanea di questo *status*.

A meno che, però, non si tratti di individui costitutivamente incapaci di percepire il significato cognitivo della norma: a parte gli incapaci di intendere e di volere, vi sarebbero infatti soggetti capaci, la cui pervicacia nel crimine non fornisce alcuna garanzia cognitiva sul futuro rispetto delle norme, sì che andrebbero trattati come “non persone” e mere fonti di pericolo⁸⁶. Entrano in gioco i “nemici”, categoria sulla cui presunta esistenza (e consistenza) s’innesta, come noto, uno dei punti più controversi della dottrina di Jakobs: un “diritto penale del nemico” tanto ambiguo nelle formulazioni dell’Autore, quanto (giustamente) osteggiato nelle reazioni dei suoi critici.

3.1. (Segue). Rilievi critici: l'impossibilità (logica prim'ancora che deontologica) di occultare la dimensione empirica della pena

A parte l’appendice del diritto penale del nemico, sulla quale non è il caso di attardarsi (data l’ampia eco, per lo più critica, suscitata nella letteratura internazionale)⁸⁷, l’intera teoria della pena di Jakobs va incontro ad insormontabili ostacoli e contraddizioni.

Nelle sue linee generali, il sistema eretto da Jakobs, non solo è immune all’empiria, ma può dirsi radicalmente estraneo alla realtà, cioè alieno al modo in cui effettivamente funziona il diritto penale (sia l’imputazione di responsabilità che l’applicazione della pena), in tal senso atteggiandosi, secondo un mordace commento, a «meta-racconto giusfilosofico»⁸⁸. Proprio per la sua distanza dalla realtà, il racconto assurge però a discorso iper-legittimante la realtà stessa, rinunciando in partenza ad ogni critica verso l’intrinseca selettività del sistema penale⁸⁹. I rischi di una tale ricostruzione, da tempo denunciati, riguardano in primo luogo lo svuotamento della teoria del reato dei suoi contenuti effettivi: in fin dei conti, «ciò

⁸⁵ G. JAKOBS, *La pena statale*, cit., p. 90.

⁸⁶ G. JAKOBS, *La pena statale*, cit., p. 107 ss.

⁸⁷ Basti il richiamo a M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007.

⁸⁸ B. SCHÜNEMANN, *Ein neues Bild des Strafrechtssystems? Zugleich Rezension von Günther Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012*, in *ZStW*, 2014, p. 7.

⁸⁹ A. BARATTA, *Integrazione-prevenzione*, cit., p. 5 ss.; E.R. ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute*, cit., p. 98 ss.

che conta nella valutazione negativa del comportamento delittuoso e nella ascrizione di responsabilità penale ad un soggetto, non è tanto la coscienza e volontaria produzione di un evento lesivo di determinati beni o interessi degni di tutela, bensì il grado di intollerabilità funzionale della espressione simbolica di infedeltà nei confronti dei valori sanciti dall'ordinamento positivo»⁹⁰.

Con più specifico riferimento alla giustificazione della pena, è controverso se siamo innanzi a una teoria relativa, assoluta o mista (quest'ultima definizione, come detto, è formalmente respinta dallo stesso Jakobs). Se nella sua originaria formulazione la teoria di Jakobs aspira(va) alla qualifica di relativa, l'evoluzione subita successivamente le dona più incerti connotati (in linea, per altro, con la maggior parte delle teorie espressivo-comunicative). Nel senso di una teoria assoluta – secondo un'autorevole opinione – milita il fatto che, pur avendo assegnato alla pena uno "scopo" radicato nella società, la teoria suppone che tale scopo si realizzi da sé con l'esecuzione della pena, risultando di fatto immanente alla pena e indifferente alle conseguenze sociali da essa provocate⁹¹. Ma neppure l'"accusa" di essere una teoria mista pare del tutto fugata, posto che, se è vero che la giustificazione ruota attorno all'unico concetto di capacità di orientare i comportamenti esplicita dalle norme, la riaffermazione della validità della norma violata e la sua salvaguardia cognitiva (rispettivamente "senso" e "scopo" della pena, secondo Jakobs) si dispiegano su piani concettuali diversi.

Se la validità della norma è di per sé di difficile verificabilità empirica⁹², ancor più arduo appare il tentativo di misurarne il ripristino e, di riflesso, l'entità di sofferenza necessaria a tal fine. D'altra parte, la tesi di Jakobs neppure è sfiorata dalla possibilità di graduare la sofferenza, even-

⁹⁰ A. BARATTA, *Integrazione-prevenzione*, cit., p. 7.

⁹¹ C. ROXIN, *Prävention, Tadel und Verantwortung*, cit., p. 189. Si consideri, per altro, che nelle prime due edizioni di *Norm, Person, Gesellschaft*, cit., Jakobs precisava come la sua teoria si differenziasse da una teoria assoluta, potendosi fare a meno della pena quando non sussiste un pericolo per la società seguente alla violazione della norma; l'affermazione era stata criticata da B. SCHÜNEMANN, *Aporien der Straftheorie*, cit., p. 330 (con richiami testuali a Jakobs), in quanto rivelatrice delle intime contraddizioni e insufficienze della teoria penale di Jakobs.

⁹² Sul problema della verifica empirica della teoria della prevenzione generale positiva di Jakobs, A. KALOUS, *Positive Generalprävention*, cit., p. 72 ss.; in senso critico, R.-P. CALLIES, *Die Strafzwecke und ihre Funktion*, in *FS für H. Müller-Dietz*, München, 2001, p. 108 ss.

tualmente impiegando, a seconda del tipo di norma violata, mezzi diversi dalla pena, parimenti idonei (o eventualmente meglio attrezzati) a comunicarne la persistente validità a seguito della violazione: per ristabilire la conoscibilità, e dunque la validità, del precetto violato, invero, basterebbe un'attività meramente comunicativa o al limite anche un altro tipo di sanzione⁹³. L'insensibilità verso questi profili dipende dall'impostazione generale del normativismo jakobsiano: se l'essenza del reato (di ogni reato) è la violazione di una norma, diviene difficile distinguere tra tipi di illecito, tra diversi livelli di gravità e, di conseguenza, tra rispettivi rimedi sanzionatori, come pure fissare un livello di afflizione *davvero* proporzionale a ogni singola violazione⁹⁴.

Andando più a fondo, l'intero ragionamento pare sfuggire non solo ad un esame di verificabilità empirica, ma a un controllo di razionalità *tout court*⁹⁵. Chi sostiene che la pena riafferma la validità della norma, suppone gioco forza che, prima della violazione, questa validità sussistesse; vale a dire: che la norma fosse "valida" (o "reale"), cioè integrata e operante all'interno di un dato sistema sociale, e che anzi quel sistema risponde con una sanzione, proprio e *solo perché* la norma era reale. Ma allora, se una norma è in tal modo connessa al funzionamento del sistema sociale, non si vede perché la violazione debba comportarne il rischio di misconoscimento. Ci chiediamo, in altri termini: la validità della norma (nell'accezione jakobsiana) non potrebbe rigenerarsi da sé, cioè a prescindere dalla sanzione, per il sol fatto di essere ritenuta in premessa il motore stesso dell'ordinato funzionamento della società?

Detto ancora altrimenti: cosa legittima il ricorso (addirittura) all'inflizione di sofferenza in soccorso di una norma che, per il tipo di società in cui vige, non può che restare di per sé "valida"⁹⁶?

⁹³ Cfr. A. VON HIRSCH, T. HÖRNLE, *Positive Generalprävention und Strafe*, cit., p. 266, la cui critica è condivisibile, anche se non è condivisibile l'attribuzione di tutti i limiti della teoria comunicativa di Jakobs al suo omesso accoglimento del concetto di "Tadel". Come illustrato in precedenza nel testo, i difetti del sistema jakobsiano risalgono al radicale normativismo, in rotta di collisione con le categorie classiche del pensiero penalistico continentale.

⁹⁴ Cfr. G. JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, cit. (3. Aufl.), p. 115.

⁹⁵ V. M. PAVARINI, *Il "grottesco" della penologia contemporanea*, cit., p. 282, il quale segnalava, al riguardo, «[...] una penalità liberata nei suoi contenuti e nelle sue forme da ogni vincolo razionale. Una sorta di regresso, quindi, ad una "penologia fondamentalista"».

⁹⁶ L'interrogativo prende spunto dalla questione concernente la possibile estinzione del diritto penale, con cui si confrontano i lettori di Durkheim (cfr. M. CASCIVILLA, *La*

Saremmo indotti a ritenere che il ricorso alla pena sia legittimato dal rischio di emulazione della violazione, e che a questo rischio, in ultima istanza, si riferisca Jakobs nel parlare di salvaguardia cognitiva della norma. Il che dissolve l'artificio; in modo molto sfumato, si continua a confidare nell'effetto deterrente, ma da una diversa angolatura: non dal punto di vista della concreta intimidazione, ma muovendo dalla *fiducia nell'intimidazione* presente nella coscienza sociale⁹⁷. Se è così, la salvaguardia cognitiva si rivela per quello che realmente è: null'altro che la deterrenza della tanto criticata prevenzione negativa⁹⁸, sottratta, attraverso una piroetta teorica, ad una verifica empirica che risulterebbe oltremodo impegnativa⁹⁹.

In definitiva, neppure la teoria di Jakobs riesce ad offrire una spiegazione soddisfacente sulla necessità di un trattamento afflittivo. Per di più, nel tentativo di elaborare questa spiegazione, essa postula una netta distinzione, nell'essere umano, tra una dimensione sociale ("persona") e una dimensione empirica ("individuo"), per poi attribuire al dolore penale, cioè ad un fenomeno drammaticamente intriso di spessore empirico, una giustificazione puramente sociale. Mutuando la critica rivolta da Paul Ricoeur al retribuzionismo kantiano, potremmo dire che, per punire l'essere sociale, la teoria di Jakobs consente cinicamente di colpire l'essere empirico¹⁰⁰.

sociologia del diritto penale, cit., p. 282): posto che per Durkheim la società volge verso una solidarietà organica (v. *supra*, cap. I, § 2.2), ci si chiede se, quando la trasformazione sarà completa, la società avrà ancora bisogno del diritto penale. Ora, Jakobs assegna alla pena una funzione simile a quella assegnata da Durkheim, ma il diritto penale non asseconda la trasformazione bensì la conservazione della società nel suo stato attuale: di conseguenza, si può legittimamente dubitare che una *società di per sé immutabile* abbia bisogno di un diritto penale funzionale alla sua conservazione.

⁹⁷ Cfr. U. NEUMANN, *Aufgabe des Strafrechts und Strafbegründung*, in *Strafrecht und Gesellschaft*, p. 267.

⁹⁸ B. SCHÜNEMANN, *Ein neues Bild des Strafrechtssystems?*, cit., p. 9; G. FIANDACA, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in *www.sistemapenale.it*, 28 novembre 2020, pp. 11-12.

⁹⁹ *Contra*, A. KALOUS, *Positive Generalprävention*, cit., p. 98.

¹⁰⁰ A Kant, che intendeva la retribuzione come «un omaggio reso alla libertà dell'essere umano che si suppone presente in ogni uomo», Ricoeur oppone che essa colpisce «l'essere soggetto alla moralità soltanto colpendo l'uomo empirico», trasformando «in baratro lo scarto tra il soggetto morale e l'io empirico» (P. RICOEUR, *Il diritto di punire* (2001), in L. ALICI (a cura di), *Il diritto di punire. Testi di Paul Ricoeur*, Brescia, 2012, pp. 72-73). Se al concetto di "essere morale" (nel quale Kant radica l'imperativo categorico) sostituiamo la "persona", ovvero l'essere sociale forgiato da Jakobs (cfr. il par. che precede nel testo), ci ritroviamo di fronte al "baratro" di cui avverte Ricoeur.

4. Le teorie comunicative costruttiviste: l'annichilimento della dimensione empirica

Le difficoltà che la teoria jakobsiana incontra nello spiegare la necessità del “dolore penale”, hanno posto la teoria funzionalista, impegnata a legittimare la pena su basi comunicative, innanzi ad un bivio: si può spingere la tesi di Jakobs sino a fare (anche) del trattamento afflittivo un *costrutto puramente normativo*; oppure considerare il trattamento afflittivo quale *fenomeno sostanzialmente empirico*, arricchendolo la giustificazione con argomenti coerenti con la sua autentica natura. La prima impostazione, sulla quale per prima cosa ci soffermeremo, è stata fatta propria – con il supporto di teorie invero molto diverse – da due studiosi di lingua spagnola, ma pienamente integrati nel dibattito tedesco¹⁰¹. La seconda prospettiva è invece presente in alcuni recenti lavori di Wolfgang Frisch, dei quali si darà conto nel § 5.

4.1. Il costruttivismo normativo di C. Gómez-Jara Díez

In una prospettiva accentuatamente costruttivista si è orientato il penalista spagnolo Carlos Gómez-Jara Díez, sulla base della teoria dei sistemi osservanti (approfonditi dalla c.d. cibernetica di secondo ordine)¹⁰². Se-

¹⁰¹ Cfr. C. ROXIN, C. GRECO, *Strafrecht*, cit., p. 146. Di incerta collocazione è invece la tesi presentata da R. HAMEL, *Strafen als Sprechakt*, cit., *passim*. Questo Autore, infatti, impiega sia il funzionalismo di Luhmann che la teoria degli atti linguistici di Searle per spiegare la natura comunicativa del sistema penale, vale a dire, principalmente, il giudizio di disapprovazione e di condanna espresso con la pena. Il significato della condanna come atto linguistico risente del fatto che il tipo di comunicazione impiegato dal sistema penale sia istituzionale: fino a questo punto, per tanto, la tesi è costruttivista (come si evince anche dal richiamo alla ontologia sociale di Searle). Tuttavia, rispetto alla giustificazione del trattamento afflittivo, Hamel ritiene che l'inflizione di sofferenza sia necessaria per garantire la “serietà” dell'atto linguistico espresso dalla condanna e la sua riconoscibilità come tale. Tale giustificazione, che non sembra spingersi oltre la natura simbolico-convenzionale del trattamento afflittivo (come visto in Feinberg ed anche in Hörnle), fa leva dunque sulla dimensione empirica del messaggio e del suo destinatario.

¹⁰² C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Die Strafe: eine systemtheoretische Beobachtung*, in *Rechtsphilosophie*, 2005, p. 321 ss.; ID., *La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: El dolor penal como constructo comunicativo?*, in *InDret*, 2/2008, p. 1 ss. (<https://indret.com/>). A questi lavori si rinvia anche per i riferimenti bibliografici alla sociologia dei sistemi.

condo questo approccio, la comunicazione di un sistema è l'unica operazione sociale rilevante, in quanto operazione autoreferenziale che permette al sistema di differenziarsi dall'ambiente. Si tratta di un'operazione fondamentale anche per il sistema del diritto, che “comunica con se stesso”, differenziandosi dall'ambiente (mediante riduzione della propria complessità), in termini di codice binario lecito/illecito. Alla luce di questa premessa va intesa la natura comunicativa del reato e della pena nonché il rapporto che lega questi termini: in realtà, la loro dimensione comunicativa sussiste unicamente nel fatto che sia il reato che la pena vengono “imputati” a una persona mediante una comunicazione autoreferenziale del sistema; non si tratta di una comunicazione rivolta a persone in carne ed ossa.

“Persona”, precisa infatti Gómez-Jara Díez, è un “costrutto” elaborato dal sistema al fine di comunicare (cioè “imputare”) il reato come “illecito”, il che però avviene sempre al fine di una comunicazione del sistema con se stesso, per le suddette esigenze di differenziazione. Ne risulta una “sorprendente conclusione”: «nel diritto la persona non comunica affatto (!); a una persona viene *imputata* una *comunicazione*»¹⁰³. Se, imputando un reato, il sistema soddisfa l'esigenza di comunicare l'illecito, con l'imputazione della pena viene in discussione l'altro aspetto del suo codice binario: la comunicazione del “lecito”, con la quale il sistema diritto ripristina la sua conformazione¹⁰⁴.

Queste premesse consentono a Gómez-Jara Díez di assegnare al “dolore penale” una veste teorica diversa da quella, incerta, conferitale da Jakobs. Lo Studioso spagnolo, infatti, ritiene che anche l'inflizione di dolore non rilevi nella sua dimensione empirica, ma prettamente normativa: per meglio dire, non come comunicazione (dunque l'inflizione in senso empirico) *del* dolore, ma in quanto comunicazione (di tipo normativo) *sul* dolore¹⁰⁵. La questione del perché sia necessario un trattamento afflittivo viene così risolta riconducendo il dolore ad un costrutto normativo-comunicativo. La necessità di infliggere dolore, aggiunge l'Autore, potrà anche venir meno in futuro, ma ciò dipenderà dall'evoluzione della società, e quindi del sistema diritto, e dalla sua capacità di elaborare nuove forme di comunicazione¹⁰⁶.

¹⁰³ C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Die Strafe*, cit., p. 329 (corsivi originali).

¹⁰⁴ C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Die Strafe*, cit., p. 330.

¹⁰⁵ C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Die Strafe*, cit., pp. 335-336.

¹⁰⁶ C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Die Strafe*, cit., pp. 334-336.

La teoria della pena tocca qui il vertice estremo dell'astrazione: la scissione tra essere sociale ed essere empirico si risolve completamente a favore del primo; l'essere empirico si dissolve: la "persona" è un costrutto normativo. È questa la conseguenza della trasposizione della sociologia dei sistemi di Luhmann: alla ricostruzione della comunicazione come funzione sociale essenziale, puramente oggettiva ed autoreferenziale, segue l'espunzione del soggetto dal processo comunicativo¹⁰⁷.

Oltre agli evidenti rischi di disumanizzazione del diritto penale, una simile impostazione sovrappone in maniera deliberata i piani della descrizione e della giustificazione della pena. Il fatto che la descrizione si avvalga di una sofisticata teoria sociale non può distogliere dalla necessità di una giustificazione morale del castigo, alla quale qui si rinuncia in premessa. D'altra parte, lo spiraglio che la teoria dei sistemi pure apre su un'eventuale rinuncia alla pena, ove la società rinvenisse alternative a questo tipo di comunicazione, è del tutto ipotetico; ed anzi, se un ordinamento si stesse già dotando di alternative meno afflittive della pena (o anche non afflittive), la teoria dei sistemi non permetterebbe di riconoscerle finché il sistema continui a comunicare comunque ed anche con la pena¹⁰⁸.

4.2. Il modello normativo inferenziale di G. Pérez Barberá

Il secondo tentativo normativista di dare soluzione al dilemma del trattamento afflittivo, nel quadro di una teoria comunicativa della pena, proviene al penalista argentino Gabriel Pérez Barberá, il quale non si richiama né al funzionalismo sociologico né al normativismo jakobsiano. Piuttosto, questo Studioso cerca di impiegare gli assunti tipici delle teorie espressivo-comunicative a sostegno di una propria teoria mista della pena (*Vereinigungstheorie*), avvalendosi dell'inferenzialismo semantico del filosofo americano Robert Brandom¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Luhmann ha condensato il suo punto di vista nell'affermazione: «soltanto la comunicazione può comunicare» (N. LUHMANN, *Che cos'è la comunicazione?*, a cura di A. Cervolini, Milano, 2018, p. 20); si veda, al riguardo, la ricostruzione critica di W. KARGL, *Kommunikation kommuniziert? Kritik des rechtssoziologischen Autopoiesebegriffs*, in *Rechtstheorie*, 1990, p. 352 ss.

¹⁰⁸ In tal senso depongono le osservazioni critiche di L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte Penale Internazionale*, cit., p. 158 ss.

¹⁰⁹ G. PÉREZ BARBERÁ, *Probleme und Perspektive der expressiven Straftheorien. Eine diskursive und deontologische Rechtfertigung der Strafe*, in *GA*, 2014, p. 505 ss.; ID.,

Pérez Barberá muove in primo luogo dalla distinzione – dedotta, con alcune modifiche, da Rawls e Hart – tra pena come atto rivolto al singolo condannato e pena come istituzione, ritenendo che entrambi i termini della distinzione non possano sottrarsi a una giustificazione morale. Di conseguenza, anche la censura e il trattamento afflittivo, quali componenti della pena, devono essere giustificati nella prospettiva del singolo atto punitivo e in quella della pena come istituzione. Nella prima prospettiva, essi traggono giustificazione dal principio retributivo, di cui l'Autore accoglie in premessa la validità morale. Quanto invece alla giustificazione della pena come istituzione, egli considera convincente la spiegazione della censura offerta da Strawson, ma trova insoddisfacente ogni giustificazione addotta dalle teorie espressive sul trattamento afflittivo. Quest'ultimo elemento, infatti, caratterizza la pena a tal punto da non poter essere relegato ad aspetto secondario fondato su ragioni consequenzialiste (come fa von Hirsch); piuttosto, esso necessita di una legittimazione *deontologica* in quanto *istituzione*¹¹⁰.

Si passa con ciò all'elaborazione di una teoria discorsiva della pena come "pratica", che però ha ad oggetto non semplicemente la pena "reale", intesa come atto comunicativo (il che supporrebbe un'improbabile assimilazione della pena ad un atto linguistico), ma la pena come istituzione, cioè come pratica discorsiva¹¹¹. Il funzionamento di questa pratica può essere descritto attraverso la teoria di Brandom, volta ad illustrare la struttura normativa del discorso. In sintesi, Brandom vede la prassi linguistica come un gioco caratterizzato dal dare e chiedere ragioni; ciascun agente razionale, prendendo parte al gioco, "tiene i punti" rispetto a quanto fanno gli altri: è, metaforicamente parlando, uno *scorekeeper* come nel baseball¹¹². La pratica linguistica è dunque pervasa da un'implicita impalcatura normativa, nella misura in cui i parlanti sono soggetti a vincoli assertivi, costituenti *status* deontici, attinenti alle premesse adeguate e alle conseguenze necessarie delle loro affermazioni; in tal modo, essi sono vincolati non solo a ciò che è espressamente comunicato, ma anche alle conseguenze implicite del discorso.

Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena Una justificación deontológica de la pena como institución, in *InDret*, 4/2014 (<https://indret.com/>).

¹¹⁰ G. PÉREZ BARBERÁ, *Probleme und Perspektive*, cit., p. 513 ss.

¹¹¹ G. PÉREZ BARBERÁ, *Probleme und Perspektive*, cit., p. 520 ss.

¹¹² Cfr. R.B. BRANDOM, *Making It Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Cambridge, 1994, p. 159 ss.

Pérez Barberá immette nel suddetto schema teorico il rapporto punitivo tra Stato e reo: entrambi condividono la premessa su cosa sia un “reato” e sulla risposta ad esso, cioè la “pena” implicante un male; ne segue che, se il reato è un’affermazione del reo, questi ne accetta la conseguenza implicita, cioè deve attendersi l’inflizione di un male da parte dello Stato. Con ciò, in realtà, si dimostra che lo Stato *può* punire, non anche che *deve* farlo; la rinuncia alla pena nel singolo caso deve però fare appello a ragioni consequenzialiste, che non possono essere espunte dalla teoria della pena. Lo Stato può punire, perché il reo, mediante l’esercizio della libera volontà, lo ha a ciò legittimato, come visto, in base alle premesse condivise del discorso tra Stato e reo: ragion per cui non potrà dirsi che la punizione lo strumentalizzi¹¹³.

In sintesi, l’inferenzialismo semantico permette a Pérez Barberá di considerare il principio retributivo una componente normativa del discorso tra Stato e individuo, nel quadro di una teoria autoproclamantesi “mista”¹¹⁴. L’elemento consequenzialista fa sì che questa teoria eviti le difficoltà di ogni retribuzionismo dinnanzi alla possibilità di rinunciare alla pena. Tuttavia, la risposta al perché la pena debba consistere anche in un trattamento afflittivo non è persuasiva. Dire che questa risposta risiede nella struttura normativa della comunicazione tra Stato e individuo sposta, ma non risolve il problema: bisognerebbe infatti chiarire come mai l’inflizione di sofferenza è implicita in quella struttura; e tale chiarimento non potrà che giungere osservando i rapporti di forza dei partecipanti alla comunicazione¹¹⁵. Sì che, se possiamo convenire sul fatto che il male sia una conseguenza implicitamente accettata dall’autore di un reato, dobbiamo aggiungere che è tale perché imposta dall’altro interlocutore: cioè

¹¹³G. PÉREZ BARBERÁ, *Probleme und Perspektive*, cit., p. 525 ss.

¹¹⁴G. PÉREZ BARBERÁ, *Probleme und Perspektive*, cit., p. 506.

¹¹⁵Tale osservazione deriva da una critica più generale rivolta all’inferenzialismo semantico, cioè quella di «legittimare l’autorità argomentativa del più forte» (D. CANALE, *Inferenzialismo semantico e ragionamento giuridico*, in *Ragion pratica*, 2/2005, p. 333). Finché la teoria venga impiegata nel campo del linguaggio (per attribuire una veste normativa ai significati), e da qui trasposta all’interpretazione e all’argomentazione giuridica, all’obiezione può essere efficacemente ribattuto che, in realtà, l’aspetto saliente dell’inferenzialismo semantico è l’impegno assertivo assunto da ciascun parlante, ragion per cui le asserzioni autoritarie, cioè che non tengono conto di questo impegno reciproco, risultano radicalmente prive di significato (cfr. ancora D. CANALE, *Inferenzialismo semantico*, loc. ult. cit.). Lo stesso però non può dirsi, quando si passa ad inquadrare la relazione reato-pena in una struttura di tipo comunicativo.

perché così vuole lo Stato. E con ciò siamo tornati al punto di partenza, ad interrogarci cioè sulla fonte di legittimità della volontà punitiva dello Stato.

In conclusione, per quanto meno radicale del modello funzionalista esaminato nel paragrafo precedente, anche il modello normativo inferenziale di Pérez Barberá si risolve in una forma di costruttivismo: inducendo a ritenere che un rapporto di forza possa essere letto come un “dialogo”, questa teoria legittima la società punitiva esistente, senza concedere alcuna *chance* alla sua eventuale messa in discussione, magari attraverso metodi di risoluzione alternativa o complementare dei conflitti. Del resto, le nostre prassi punitive potrebbero benissimo apparire barbare in una società diversa dalla nostra¹¹⁶, quindi non “implicite” nella comunicazione dei membri di quella società.

5. La funzione comunicativa della pena tra minaccia e applicazione: il parziale ritorno all'empiria in W. Frisch

Wolfgang Frisch è un altro illustre dogmatico, sostenitore della teoria della prevenzione general positiva, ad aver abbracciato gli assunti di fondo di una concezione comunicativa della pena¹¹⁷. Per quanto la sua posizione sia giudicata (con alcune puntualizzazioni, anche dallo stesso Frisch)¹¹⁸ molto vicina a quella di Jakobs, è necessario considerarne alcune caratteristiche che, pur nel quadro di una teoria comunicativa orientata alla norma, la distinguono sia da Jakobs che dalle forme di costruttivismo normativo radicale in precedenza esaminate.

La riflessione di Frisch si segnala, nelle sue premesse, per l'attenzione rivolta alla distinzione tra comminatoria legislativa (*Strafdrohung*) ed effettiva applicazione della pena (*Strafverhängung*). Frisch osserva anzitutto come alcuni “scopi” tradizionalmente assegnati alla pena, come la re-

¹¹⁶ Si veda, a supporto di questo rilievo, D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, cit., p. 148 ss.

¹¹⁷ Tra i numerosi scritti dedicati da Frisch alla pena, si veda, in particolare, W. FRISCH, *Zum Begründungshintergrund von Übel und Tadel in der Theorie der Strafe. Grundlinien einer kommunikativen Straftheorie*, in *GA*, 2019, p. 537 ss.

¹¹⁸ W. FRISCH, *Straftheorie, Verbrechensbegriff und Straftatsystem im Werk von Günther Jakobs*, cit., p. 657 ss.

tribuzione e l'emenda del reo, non si adattino alla *Strafandrohung*, perché suppongono la previa commissione di un reato. D'altro canto, per quanto oggetto di una risalente convinzione, la mera intimidazione dei consociati (*Abschreckung*) risulterebbe uno scopo tanto pericoloso quanto non razionalmente realizzabile, poiché a rigore dovrebbe spingere il legislatore ad innalzare le pene sino a che la minaccia non susciti effettiva paura nei consociati, senza alcuna possibilità di verificare se e quando tale risultato sia raggiunto¹¹⁹.

Se davvero le comminatorie perseguissero un intento meramente intimidatorio, il legislatore dovrebbe stabilire pene più elevate per quei comportamenti che, non rientrando in un divieto di tipo etico sociale, non siano altrimenti arginabili che con il ricorso alla pena. Ma il diritto positivo mostra una realtà diversa: sono previste gravi pene anche per la violazione di divieti già sufficientemente radicati sul piano sociale (si pensi all'omicidio), quindi anche là dove non vi sia una palese necessità di conseguire un effetto deterrente tramite la pena. Non resta allora che constatare come il livello delle comminatorie sia correlato alla gravità dei beni giuridici protetti dalle diverse norme incriminatrici, oltre che al grado di pericolosità ed offensività delle condotte incriminate¹²⁰. Differenti cornici edittali comunicano ai consociati il differente disvalore dei fatti punibili, mentre lo scopo ultimo della "minaccia di pena" è conformare e rafforzare la coscienza giuridica dei cittadini. In questo modo, la funzione generalpreventiva positiva si realizza già a partire dalla comminatoria¹²¹. Al tempo stesso la comminatoria, fissando il livello di disapprovazione verso i singoli fatti incriminati, contiene già l'elemento della censura riposto nella pena¹²².

L'applicazione della pena in concreto, dal suo canto, si giustifica perché la sola minaccia, priva di successivo riscontro, risulterebbe vana: su questo punto, la posizione di Frisch converge sostanzialmente con quella di Jakobs rispetto al rischio di erosione cognitiva della norma¹²³. Per Frisch, però, la spiegazione data da Jakobs alla necessità di un trattamento

¹¹⁹ W. FRISCH, *Zum Zweck der Strafandrohung. Ein Beitrag zur Theorie von der positiven Generalprävention*, in *FS für B. Schünemann*, Berlin-Boston, 2014, p. 55 ss.

¹²⁰ W. FRISCH, *Zum Zweck der Strafandrohung*, cit., p. 61 ss.

¹²¹ W. FRISCH, *Zum Zweck der Strafandrohung*, cit., p. 63 ss.

¹²² W. FRISCH, *Zum Begründungshintergrund von Übel und Tadel*, cit., pp. 544-545, 549.

¹²³ W. FRISCH, *Zum Begründungshintergrund von Übel und Tadel*, cit., p. 546.

afflittivo non è del tutto soddisfacente: piuttosto, la legittimità del “dolore penale”, inteso come restrizione di un diritto altrui, esige una giustificazione sul piano empirico, in termini – tipici del giudizio di proporzionalità – di necessità (*Erforderlichkeit*) e adeguatezza (*Angemessenheit*) della restrizione¹²⁴.

Con particolare riferimento al primo requisito, Frisch richiama le indagini tese a dimostrare come la mancanza di minaccia di un male nel diritto penale dell'economia, o comunque al di fuori di quei divieti corrispondenti alla violazione di regole socialmente radicate, comporterebbe un prevedibile aumento delle violazioni¹²⁵. A suo dire è però ragionevole estendere questo giudizio di necessità del trattamento afflittivo anche ai gravi delitti contro la persona, nonostante le critiche fondate sulla frequenza relativamente scarsa della violazione di queste norme (scarsa frequenza attribuibile ad una radicata coscienza sociale, più che all'efficacia general preventiva della pena), considerando: *a*) in primo luogo, che anche in questo caso è plausibile ritenere che un buon numero di persone si astenga dal compiere tali delitti per non esporsi alle conseguenze negative delle sanzioni; *b*) in secondo luogo, che la mancanza di reazione afflittiva inciderebbe a lungo termine in modo negativo sulle scelte di comportamento dei consociati; *c*) infine, che potrebbe apparire irrazionale l'eventuale scelta di infliggere un trattamento afflittivo solo per quelle norme che si assume vengano violate più spesso, e non per altre che pure appaiono di fondamentale importanza¹²⁶.

In ultima analisi, la tesi di Frisch confluisce in una teoria mista: da un lato, l'elemento della censura attribuisce alla pena un fondamento diverso dalla pura deterrenza (intesa come coazione psicologica); dall'altro lato, però, solo la deterrenza può giustificare il trattamento afflittivo. In tal modo, secondo questo Autore, si asseconderebbe una distinzione tra la componente della pena (costituita dal trattamento afflittivo) che riguarda l'“essere empirico”, capace di avvertire piacere e dispiacere, e la componente (costituita dalla censura) rivolta all'“essere morale”, capace di orientare il proprio comportamento secondo valori, evitando di fare qualcosa perché è disapprovata¹²⁷.

¹²⁴ W. FRISCH, *Straftheorie, Verbrechensbegriff und Straftatsystem*, cit., p. 668 ss.

¹²⁵ Cfr. B. FEJOO SÁNCHEZ, *La estabilización normativa como fin de la pena: ¿puro teatro?*, cit., p. 314 ss.

¹²⁶ W. FRISCH, *Straftheorie, Verbrechensbegriff und Straftatsystem*, cit., p. 670.

¹²⁷ W. FRISCH, *Zum Begründungshintergrund von Übel und Tadel*, cit., pp. 552-553.

Gli scritti di Frisch sono in una certa misura chiarificatori, oltre che sul modo di intendere i rapporti tra comminatoria e applicazione concreta della pena, sul problema della giustificazione del trattamento afflittivo e sui nessi tra prevenzione generale ed empiria. Con riferimento a questi ultimi punti, almeno in linea di principio, Frisch evita – o cerca di evitare – quella sovrapposizione tra dimensioni “morale” (o sociale) ed “empirica”, che invece in Jakobs è fonte delle incongruenze a suo tempo rilevate.

Permane, nondimeno, l'impressione che la sua analisi, estremamente raffinata sul piano concettuale, finisca col rimestare le questioni di fondo della prevenzione generale, chiarendone alcuni profili di ordine logico e terminologico, senza però apportarvi una effettiva innovazione. Il punto è che, anche nella tesi sviluppata da Frisch, l'efficacia motivante della norma, al cui ripristino è finalizzato il trattamento afflittivo, non è davvero distinguibile dalla più tradizionale (e prosaica) efficacia deterrente, né si vede come i presupposti di legittimità dell'inflizione di sofferenza (necessità e adeguatezza dell'ingerenza statale nel diritto altrui) possano differenziarsi dai criteri (almeno virtualmente) utilizzabili per valutare l'efficacia intimidatrice della sanzione¹²⁸.

In realtà, se è vero che il giudizio di necessità e adeguatezza del trattamento afflittivo riguarda direttamente la pena in concreto, perché è in essa che si realizza l'attacco ai diritti fondamentali dell'individuo, si deve supporre che a questo giudizio – e alle ragioni empiriche che lo sorreggono – non possa restare del tutto insensibile la pena in astratto, cioè la *Strafandrohung*. Può convenirsi sul fatto che la *Strafandrohung* assolve una funzione comunicativa, nei termini esposti da Frisch¹²⁹; tuttavia, nella misura in cui la pena minacciata in astratto costituisce la premessa e il limite operativo della pena concreta e, per converso, quest'ultima è tenuta a garantire che la minaccia non resti lettera morta, il giudizio di necessità e adeguatezza non potrà che riguardarle entrambe, nel senso che dovrà esser stato anticipato in sede di ideazione e fissazione delle comminatorie, per poi essere rinnovato in fase applicativa. A ben guardare, dunque, il nesso tra minaccia e applicazione della pena è tale per cui, se la fase applicativa è giustificata da ragioni empiriche (valutazione della propensione a commettere un'infrazione in assenza di sanzioni), è ragionevole

¹²⁸ Questo rilievo risente, in realtà, della complessità connaturata alla funzione di prevenzione generale: si veda, al riguardo, T. PADOVANI, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, p. 251.

¹²⁹ Sul punto, v. anche D. PULITANÒ, *Minacciare e punire*, in *Studi in onore di E. Dolcini*, vol. I, Milano, 2018, p. 3 ss.

supporre che tale giustificazione abbia in parte contribuito anche alla fissazione dei limiti edittali, cioè che questi ultimi siano stabiliti, non solo per comunicare l'entità della disapprovazione riservata dall'ordinamento ad un'eventuale violazione, ma anche nell'ottica di frapporre un effettivo ostacolo a chi, altrimenti, commetterebbe la violazione¹³⁰. E ancora una volta, a questo scopo non sapremmo dare attributo diverso da "deterrente": concetto nel quale, di fatto, si riversa l'efficacia motivante della norma¹³¹.

L'analisi di Frisch può di certo giovare ad una più puntuale *descrizione* della pena, non per forza alla sua *giustificazione*, la quale, in ultima istanza, risulta subordinata alla dimostrazione di quelle ragioni empiriche da cui dipende l'efficacia motivate *scilicet* deterrente della pena; ragioni, superfluo ricordarlo, al centro di un dibattito plurisecolare¹³². Con ciò, la collocazione di Frisch nel contesto delle teorie espressivo-comunicative è prosima al modello misto di von Hirsch, con la differenza che, mentre von Hirsch, per supportare il trattamento afflittivo, adduce ragioni prudenziali di tipo preventivo, Frisch incentra queste ragioni sulla categoria (o forse più sulla terminologia) jakobsiana della salvaguardia cognitiva della norma.

¹³⁰ Ciò, del resto, non è negato da Frisch, il quale però evidenzia come, nelle comminatorie edittali, prevalgano le ragioni della disapprovazione (cfr. W. FRISCH, *Zum Begründungshintergrund von Übel und Tadel*, cit., pp. 544-545).

¹³¹ Si consideri, per altro, il tentativo, compiuto da una dottrina, di rivedere il concetto di "deterrenza" (*Abschreckung*) in termini non puramente psicologici (cioè come intimidazione), bensì come offerta dello Stato di motivi ragionevoli affinché il destinatario del precetto si astenga dal commettere un reato. Intesa in questi termini, la deterrenza (che è alla base della c.d. prevenzione generale negativa) si sottrarrebbe all'accusa di moralismo, alla quale invece, secondo la medesima dottrina, non sfuggirebbe la prevenzione generale positiva, la quale, anche quando viene concepita in termini di prevenzione "giuridica", cerca di costringere i consociati a rispettare il precetto fornendo ragioni "moralì" (è questa, in estrema sintesi, la linea argomentativa di L. GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, cit., p. 356 ss.). Una teoria della prevenzione generale positiva, rivista (da Frisch) alla luce della funzione espressiva della pena, rischia di dare ragione a questa accusa, essendo di fatto volta ad accentuare la componente moralistica (il *Tadel*) insita nella minaccia di pena.

¹³² Sulla base delle indagini empiriche, si è sostenuto come la disapprovazione per un certo comportamento, espressa dal legislatore nella comminatoria edittale, possa avere effetti deterrenti, ma più che per la minaccia in sé della pena, per le conseguenze che ricadrebbero sul reo nella cerchia sociale di appartenenza; cosicché non sarebbe affatto dimostrato che questo effetto debba essere ottenuto mediante la pena detentiva (o comunque con un certo livello di afflizione). Si veda, al riguardo, J. MÜHL, *Strafrecht ohne Freiheitsstrafen – absurde Utopie oder logische Konsequenz?*, cit., p. 42 ss. (e nelle conclusioni, pp. 47-48).

6. La teoria comunicativo-discorsiva di K. Günther: comunicazione senza trattamento afflittivo

La teoria di Klaus Günther, con cui chiudiamo la nostra rassegna, occupa una posizione del tutto peculiare nella ricostruzione delle teorie espressivo-comunicative della pena; posizione nella quale si riflette il fatto che questo Autore è un punto di contatto tra la scuola penalistica e la scuola filosofica di Francoforte.

Günther riconosce la portata innovativa delle teorie espressive della pena (la “svolta comunicativa”)¹³³, ma inquadra la struttura comunicativa della relazione pena-reato nell’ambito di una più ampia teoria discorsiva del diritto¹³⁴. In tal modo, egli giunge a conclusioni diverse da quelle fatte proprie da altri sostenitori delle teorie espressive della pena e in linea con lo spirito della critica del diritto penale sviluppata dalla scuola penalistica di Francoforte¹³⁵. Günther è difatti tra i critici delle tradizionali giustificazioni della pena¹³⁶ e, come ci accingiamo a vedere, utilizza la funzione “simbolico-espressiva” della pena a supporto della sua critica contro l’inflizione di sofferenza come componente della pena.

La sua analisi prende atto della duplice portata assunta dal processo di neutralizzazione della vittima, che accompagna la statalizzazione della pena. Per un verso, questo processo pone fine alla spirale della vendetta e permette il superamento dello stato di natura; per altro verso, esso sottrae alla vittima dei reati che offendono la persona (omicidio, lesioni, rapina, ecc.: in breve, il c.d. *Kernstrafrecht*) ogni mezzo per dare pubblica riso-

¹³³ Di «*communicative turn*» parla K. GÜNTHER, *Criminal Law, Crime and Punishment as Communication*, in *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*, cit., p. 124 ss.

¹³⁴ Il cui principale punto di riferimento è J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2013 (trad. it. di *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1992).

¹³⁵ Sulla c.d. “scuola di Francoforte” del diritto penale, v. M. JAHN, S. ZIEMANN, *Die Frankfurter Schule des Strafrechts: Versuch einer Zwischenbilanz*, in *JZ*, 19/2014, p. 943 ss. (Klaus Günther è menzionato come “punto di contatto” con l’omonima scuola filosofica ed esponente della terza generazione di quella penalistica, *ibidem*, p. 943, nt. 3).

¹³⁶ Cfr. K. GÜNTHER, *Responsabilità e pena nello stato di diritto*, a cura di L. Ceppa, Torino, 2010, p. 89 ss.

nanza al proprio bisogno di soddisfazione rispetto alla umiliazione subita. Tale umiliazione rappresenta una lesione insuscettibile di compensazione o di riparazione. Il diritto penale statale, difatti, non solo priva la vittima di ogni mezzo per comunicare pubblicamente i suoi bisogni, ma cerca finanche di estromettere le esigenze della vittima dal concetto di reato, che viene incentrato sulla lesione di un bene giuridico *pubblico*. Quel desiderio di soddisfazione permane, dunque, ma resta insoddisfatto, almeno fin quando non si riesca a spiegare come possa essere assunto dalla collettività, che se ne fa rappresentante. E qui interviene la funzione simbolica della pena, quale *medium* tra umiliazione (privata) della vittima e offesa (pubblica) della collettività¹³⁷.

Secondo Günther, il funzionamento di questo *medium* è stato chiarito da Strawson, il quale ha il merito di aver spiegato il meccanismo mediante il quale la reazione della vittima risulta intersoggettivamente condivisa con la collettività: poiché il risentimento della vittima è condiviso con l'indignazione della collettività, in questo senso, la collettività può "rappresentare" la vittima, esprimendo tramite la propria indignazione il risentimento di quella. La sovrapposizione di questi due sentimenti (individuale e collettivo) finisce con l'attribuire alla pena un medesimo contenuto espressivo: attraverso un processo di generalizzazione del (ri)sentimento della vittima, questa "resta presente" nella reazione con cui la collettività disapprova il fatto. Ciò non toglie che la reazione collettiva costituisca pur sempre un'astrazione dei reali sentimenti provati dalla vittima, di per sé irriproducibili nella reazione collettiva¹³⁸.

Per Günther, all'esito di questo processo di generalizzazione della reazione (originariamente spettante alla vittima, poi assunta dallo Stato), la pena consiste in un messaggio che, nel modo esposto da Feinberg e poi precisato da von Hirsch, si rivolge sia alla collettività che al reo, in ciò distinguendosi da una funzione prettamente risarcitoria come pure da una funzione puramente retributiva. Per tanto, la giustificazione della pena non risiede nell'attribuzione di un "costo" o di un "male", bensì nella funzione di esprimere un biasimo nei confronti del reo. Questa funzione espressiva è assoluta, dichiarando pubblicamente che l'offesa costituisce un illecito, di cui un individuo è responsabile, e che questo illecito non è accettabile per la collettività. Tale messaggio si rivolge: *a*) all'offeso, al quale dice che egli non ha colpe per l'accaduto e che questo non è frutto

¹³⁷ Cfr. K. GÜNTHER, *Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe*, cit., p. 207 ss.

¹³⁸ K. GÜNTHER, *Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe*, cit., pp. 216-217.

di sfortuna; b) al reo, cui dice che egli e non altri (la vittima, la società, le circostanze del caso, ecc.) è responsabile per il fatto, e nel dire ciò lo riconosce come agente morale capace di comunicare; c) alla collettività, cui viene comunicato che il fatto è frutto di un illecito e non di disgrazia, che non è accettabile e che di esso non sono responsabili né la vittima né la collettività¹³⁹.

Günther innesta questo schema di ragionamento, tipico delle teorie espressive, in un impianto teorico basato su una concezione discorsiva del diritto, secondo la quale l'attribuzione di responsabilità colpevole ha come necessario presupposto la possibilità dei cittadini di partecipare alla formazione delle leggi attraverso procedure democratiche, le quali a loro volta suppongono che i partecipi siano soggetti in grado di addurre pretese di validità delle proprie affermazioni e di contraddire le pretese altrui sempre sulla base di "ragioni"¹⁴⁰. In conseguenza di tale impostazione, e a differenza di quanto si evince dalla linea di pensiero che va da Hegel a Jakobs, Günther ritiene che la sequenza comunicativa, che vede la pena come risposta "espressiva" ad un reato, non possa pretermettere la legge penale, da intendere, secondo l'insegnamento di Duff, come messaggio rivolto ai consociati, la cui autorità è basata su delle "buone ragioni" fondate sui valori della comunità. Alla formazione di questo messaggio, almeno in una democrazia, partecipano per l'appunto i cittadini come "co-legislatori", i quali sono in condizione di contestare il contenuto di quelle leggi, ma sempre nell'ambito di procedure democratiche¹⁴¹.

Per contro, la commissione di un reato corrisponde ad una violazione delle ragioni espresse dalla legge al di fuori delle procedure democratiche, oltre che una violazione dello status di co-legislatore della vittima, che viene danneggiata e non persuasa tramite diverse ragioni. Di conseguenza, la pena comunica al reo, alla vittima e alla società le giuste ragioni alla base della legislazione e le ragioni ingiustificate alla base del comportamento del reo¹⁴².

Tuttavia, Günther ritiene che questa funzione sia assolta dalla comunicazione del verdetto di condanna, senza necessità di infliggere sofferenza. E qui si manifesta il principale elemento di novità della sua riflessione sulla pena: la distinzione analitica tra *censure* e *hard treatment*, tipica

¹³⁹ K. GÜNTHER, *Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe*, cit., pp. 218-219.

¹⁴⁰ Cfr. K. GÜNTHER, *Responsabilità e pena*, cit., p. 31 ss.

¹⁴¹ K. GÜNTHER, *Criminal Law*, cit., p. 132.

¹⁴² K. GÜNTHER, *Criminal Law*, cit., p. 133.

delle teorie espressive, viene condotta alle estreme conseguenze, sulla base del fatto che il nesso tra messaggio (comunicato dalla condanna) e sofferenza (inflitta dalla pena) si rivela di tipo contingente, cioè storicamente condizionato da una convenzione¹⁴³.

Di più: a ben guardare, quel nesso si rivela contraddittorio. Ascoltiamo Günther: «Suona imbarazzante enfatizzare il significato comunicativo della pena, da una parte, e fare esattamente l'opposto attraverso il trattamento afflittivo, dall'altra parte. Mentre la comunicazione è inclusiva, poiché rispetta e tratta il reo come una persona responsabile con un diritto alla giustificazione, il trattamento afflittivo è sempre esclusivo. Ciò è palese nel caso della pena detentiva [...]. Se si prende sul serio il messaggio comunicativo della pena verso il reo, ciò conduce a un paradosso. Il messaggio comunicativo è che questi merita di essere privato di opportunità comunicative. Così la pena è una azione comunicativa di non comunicazione. Essa tratta il reo come un attore comunicativo solo finché è necessario trasmettere il messaggio comunicativo; dopodiché la comunicazione termina, insieme con il riconoscimento del detenuto come un attore comunicativo»¹⁴⁴.

Günther, però, non si limita a constatare l'intima contraddizione tra censura e inflizione di dolore, ma rileva pure come la censura, ovvero l'attribuzione di responsabilità comunicata tramite il giudizio di condanna, possieda una efficacia che, in base alle acquisizioni della teoria degli atti linguistici, non richiede ulteriori azioni: in quanto atto comunicativo, emesso al termine di un processo pubblico, governato da regole istituzionali e fondato su ragioni, la condanna è essa stessa "azione", ha cioè una pretesa di validità nei confronti degli interlocutori (reo, vittima e collettività), che non necessita di essere espressa ulteriormente attraverso un trattamento afflittivo¹⁴⁵.

In conclusione, nulla depono contro la rinuncia alla pena, intesa come inflizione di sofferenza, né esclude «la sua sostituzione con un'altra rea-

¹⁴³ K. GÜNTHER, *Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe*, cit., p. 219; ID., *Criminal Law*, cit., p. 133 ss.

¹⁴⁴ K. GÜNTHER, *Criminal Law*, cit., pp. 134-135.

¹⁴⁵ K. GÜNTHER, *Criminal Law*, cit., p. 135 ss. Il principale riferimento filosofico è costituito dalla teoria degli atti linguistici di Austin e Searle e dalla teoria dell'agire comunicativo di Habermas (cfr. *ibidem* per i puntuali riferimenti). V. inoltre ID., *Responsabilità e pena*, cit., p. 27 ss. («Per una società della responsabilità, il verdetto di colpevolezza diventa più importante della stessa pena», *ivi*, p. 27).

zione, che però, accanto al risarcimento del danno (*Schadensausgleich*), dovrebbe anche provvedere ad una adeguata espressione del contenuto simbolico-espressivo»¹⁴⁶.

La teoria di Günther evita di assumere la funzione espressiva in chiave normativa; difatti, la ricostruzione di Strawson è impiegata solo per “descrivere” il passaggio da soggettivo a collettivo, mentre la componente “normativa” è offerta dalla teoria del discorso di Habermas. Certo, l’impiego della teoria del discorso, nel nostro contesto, può prestarsi a obiezioni, ma le altre teorie comunicative in precedenza incontrate, di tipo funzionalista e costruttivista, effettuano scelte non meno opinabili. Il differente risultato cui giunge la teoria di Günther, se non altro, conferma come le altre teorie comunicative non possiedano affatto l’ultima parola sulla “reale” funzione sociale della pena; mentre le sue riflessioni sulla efficacia comunicativa della condanna suonano quasi come una *reductio ad absurdum* di quelle impostazioni costruttiviste che assegnano valore comunicativo al trattamento afflittivo.

Il punto debole della tesi di Günther risiede, evidentemente, nella sua sostanziale inattuabilità. La rinuncia a qualsivoglia forma di afflizione in caso di gravi reati, ad esempio per i fatti di sangue, senza porsi alcun problema di deterrenza, è semplicemente irrealistica¹⁴⁷. Potremmo dire che il difetto principale della tesi in discussione sia la sua assolutezza anti-punitivista, che in qualche modo è simmetrica all’assolutezza, di segno opposto, delle altre teorie comunicative tedesche. D’altra parte, il fatto che lo stesso Günther alluda alla sostituzione del trattamento afflittivo con una qualche forma di riparazione, sta a significare che la censura da sola non può adempiere tutte le funzioni della pena, o almeno non in tutti i casi¹⁴⁸.

Per quanto impraticabile, la tesi di Günther ci è utile come “stress test” sulla tenuta logica del rapporto tra censura e trattamento afflittivo: il suo approdo attesta come, di norma, avremmo bisogno di “qualcosa di meglio” – per dirla con una celebre espressione¹⁴⁹ – dell’inflizione di dolore per esprimere una “censura”. E forse, se si guarda un po’ più a fondo

¹⁴⁶ K. GÜNTHER, *Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe*, cit., p. 219.

¹⁴⁷ C. KÜHL, *Zum Missbilligungscharakter der Strafe*, cit., p. 160; F. SALINGER, *Über das kommunikative Moment*, cit., pp. 693-694.

¹⁴⁸ F. SALINGER, *Über das kommunikative Moment*, cit., p. 694.

¹⁴⁹ G. RADBRUCH, *Filosofia del diritto*, a cura di G. Carlizzi e V. Omaggio, Milano, 2021, p. 186 (trad. it., di *Rechtsphilosophie*, 1932).

nelle cose, a rigore non abbiamo neppure bisogno di impiegare il termine “censura” per definire il tipo di comunicazione cui dovrebbe aspirare il diritto penale. Tali spunti meritano di essere ripresi nella parte conclusiva della nostra ricerca.

Capitolo IV

Implicazioni sistematiche e osservazioni conclusive

1. Un quadro parzialmente definito: inammissibilità delle teorie comunicative orientate alla norma, persistente ambiguità di quelle orientate alla persona

Nessuna delle posizioni esaminate nei capitoli II e III riesce a risolvere in modo soddisfacente il problema dell'*hard treatment* e, quindi, a giustificare la pena. Si comprende, dunque, il ricorso di qualche eminente esponente delle teorie espressive ad un modello misto (von Hirsch), che non a caso viene apprezzato, in ambito tedesco, poiché giudicato compatibile con una *Vereinigungstheorie* di tipo preventivo (Roxin). Ma se ci si vuole attenere ad una giustificazione monista, l'unico risultato coerente con la dicotomia *censure/hard treatment* parrebbe la rinuncia al trattamento afflittivo (come di fatto proposto da K. Günther), che però, almeno nella sua assolutezza, è inconcepibile sul piano pratico.

In quest'ultimo capitolo, il risultato così sintetizzato dovrà essere corroborato alla luce del possibile impatto delle teorie espressive per il sistema penale nel suo complesso. Prima di procedere in tal senso, è però necessario puntualizzare alcuni aspetti, indugiando ancora sulla distinzione tra teorie comunicative orientate alla norma e orientate alla persona.

Riassumendo: nel loro complesso, quando vogliono distinguersi dalle teorie retributive, le teorie espressivo-comunicative spostano il baricentro della giustificazione della pena dall'idea *metafisica* della corresponsione del male col male al ruolo *simbolico* di quella corresponsione; se l'equazione "male per male" è un oggetto in sé imperscrutabile, nondimeno – si osserva – il suo ruolo simbolico assolve una "funzione" – anzitutto "espressiva", in senso stretto –, in sé apparentemente razionale. Sin qui,

assistiamo all'eterno ritorno dell'idea preventiva di retribuzione: «una singolare razionalizzazione dell'irrazionale»¹.

Mentre le teorie espressive *pure* si limitano a questo, le teorie comunicative affinano la strategia: la deviazione dall'ideale puro della corresponsione volge, in tal caso, verso la struttura *comunicativa* dello scambio “male per male”; tramite la comunicazione si cerca di dare una nuova risposta ad una vecchia domanda: *perché lo stato retribuisce i reati?*²? Ne segue che i risultati di queste teorie dipendono in buona parte dal modo in cui descrivono la struttura comunicativa dello scambio ovvero, in sintesi, da ciò che esse intendono per “comunicazione”³.

Abbiamo visto che le teorie comunicative orientate alla norma ravvisano la giustificazione della pena in una funzione comunicativa essenziale al mantenimento della società. In quest'ottica, la pena non ha necessariamente bisogno di una giustificazione di tipo morale; la sua ragion d'essere è insita nel funzionamento della società (comunque sia, di *questa* società, nella cui consistenza è implicitamente assorbita la dimensione morale del discorso). La comunicazione, in questo caso, è vista come processo sociale a tal punto essenziale, da oscurare o soppiantare la dimensione empirica della “persona”, con conseguente «ipostatizzazione della società»⁴ a scapito dell'individuo. Mutando, però, il concetto di “comunicazione” – o meglio: modificando la teoria di supporto a questo concetto –, muta, e anche radicalmente, il risultato: basta comparare il funzionalismo di Jakobs con la teoria discorsiva di Klaus Günther.

Ad ogni modo, non v'è bisogno di attardarsi su un esame separato del-

¹ Così scriveva, circa quarant'anni fa, rispetto all'allora “nuova” idea preventiva di retribuzione, L. EUSEBI, *La “nuova” retribuzione*, cit., p. 940.

² La domanda è al centro del classico saggio di F. EXNER, *La funzione di tutela e la funzione retributiva della pena*, cit., p. 12.

³ Richiama l'attenzione sul concetto di “comunicazione”, di volta in volta impiegato in queste teorie, F. SALINGER, *Über das kommunikative Moment*, cit., p. 689 ss.; per un'analisi comparata delle diverse teorie comunicative, v. inoltre K. PETERS, *Strafe als Kommunikation*, cit., p. 47 ss.

⁴ L'espressione è ripresa da M. PAWLIK, *Das Strafrecht der Gesellschaft. Sozialphilosophische und sozialtheoretische Grundlagen von Günther Jakobs' Strafrechtsdenken*, in *Strafrecht und Gesellschaft*, cit., pp. 219-220, che però, riferendosi alla teoria di Jakobs, ritiene che Stato ed individuo siano sullo stesso piano. Sui rischi di una trasposizione delle teorie della comunicazione al diritto penale, v. I. PUPPE, *Strafrecht als Kommunikation. Leistungen und Gefahren eines neuen Paradigmas in der Strafrechtsdogmatik*, in *FS für G. Grünwald*, Baden-Baden, 1999, p. 469 ss.

le conseguenze sistematiche deducibili da queste concezioni: dovrebbe essere sufficientemente chiaro come le teorie orientate alla norma di tipo funzionalista e costruttivista (esclusa, quindi, la teoria Günther) siano inidonee a sostenere ogni tipo di riforma, essendo più che altro intente a schermare la componente afflittiva della pena da ogni anelito di revisione critica.

Le teorie comunicative orientate alla persona serbano, invece, una sostanziale ambiguità.

Lo spostamento di accento dallo scambio “male per male” alla sua funzione comunicativa avviene senza l’apporto di una vera e propria teoria della comunicazione⁵. La giustificazione della pena, come veicolo idoneo a comunicare il rimprovero, poggia qui, in ultima istanza, su una *convenzione*. Ciò costituisce un primo *deficit*, perché, a questo punto, diviene evidente come sia una convenzione a giustificare la punizione, e non più la funzione espressivo-comunicativa della pena; ragion per cui bisognerebbe trovare una giustificazione alla convenzione⁶, cosa che le teorie orientate alla persona si astengono dal fare. Si può dire, quindi, che le teorie orientate alla persona offrono una descrizione plausibile del “come”, ma non rispondono all’interrogativo sul “perché” si punisce. Con ciò, esse falliscono nel passaggio dal piano descrittivo al piano normativo della giustificazione della pena⁷. E detto per inciso, talvolta de-

⁵ Benché riferite alla prevenzione generale, più che alle teorie comunicative, si vedano le riflessioni di T. MATHIESEN, *Prison on Trial*, 3rd ed., Winchester, 2006, p. 65 ss., sulle insidie di un uso poco consapevole del termine “comunicazione”.

⁶ Valga, in proposito, l’osservazione di N. HANNA, *Say What? A Critique of Expressive Retributivism*, cit., p. 131: «Showing that some particular set of conventions calls for punishment will not suffice. Those conventions themselves require justification».

⁷ Cfr. G. SEHER, *Wert und Grenzen der expressiven Theorien der Strafe*, cit., pp. 505-506, per il quale il limite delle teorie orientate alla persona sta nel fatto che, se da un lato esse forniscono una buona descrizione del “concetto” di pena, dall’altro lato, si disinteressano della questione della sua legittimazione (cioè dei “fini”). Per contro, sempre secondo Seher, le teorie orientate alla norma offrono una buona descrizione della legittimazione della pena, senza però soffermarsi adeguatamente sul significato dell’atto punitivo, che in tal modo appare un esercizio di arroganza da parte dello Stato. Un modo più sofisticato di esprimere il limite delle teorie comunicative orientate alla persona si deve a David Boonin, il quale, con riguardo alla premessa di Duff, secondo cui, se la legge deve significare esattamente ciò che afferma, allora alla sua violazione deve necessariamente seguire una “censura” per l’autore, afferma che «[...] essa trascura la distinzione tra il credere in una proposizione ed esprimere la propria convinzione in una proposizione. Il fatto che una determinata proposizione sia vera è sempre una buona ragione per credervi.

scrivono la realtà in modo discutibile: così, se si pretende di ricostruire il rapporto comunicativo tra comunità statuale e reo nei termini di un dialogo paritario con un agente morale, e non come una relazione di potere, come si è visto esaminando la teoria di Duff, i termini convenzionali su cui poggia la giustificazione della pena nascono da una distorsione (o quantomeno dall'edulcorazione) della realtà.

Si è poi rilevato che, a differenza che nelle teorie orientate alla norma, nella teoria di Duff e in altre affini, si allude a un tipo di comunicazione interpersonale, di cui il reo è parte attiva – non solo destinatario passivo – quale essere empirico. Con ciò, la comunicazione sottesa a questo tipo di teorie è (o si asserisce che sia) inclusiva anche verso gli autori dei reati più efferati, nel senso che anche costoro sono considerati virtualmente recettivi rispetto al messaggio arrecato dalla pena, al contrario di quanto accade nella più famosa versione di teoria comunicativa orientata alla norma, nel cui ambito ci si spinge a parlare di diritto penale del nemico⁸.

Nonostante ciò, anche nelle teorie orientate alla persona, il peso della giustificazione è riposto in una funzione simbolica ascrivibile al trattamento afflittivo; il che accorcia le distanze tra le rispettive posizioni.

Si ricorderà, infatti, che per Duff il trattamento afflittivo è il mezzo con cui il reo può aspirare ad essere riammesso nella comunità politica di appartenenza, non perché egli debba essere effettivamente pentito, ma perché la sofferenza patita è l'unico modo che egli ha di manifestare con serietà il suo impegno. Se è così, ne segue che la sofferenza rileva in quanto dotata di un'efficacia comunicativa dedotta dal significato che generalmente noi le attribuiamo: in altre parole, di un'efficacia desumibile dal suo significato sociale. Per tanto, benché basata su processi comunicativi interpersonali, anche la teoria di Duff fa leva sulla funzione sociale della componente afflittiva della pena: componente che, in ultima istanza, tocca certamente l'essere empirico, ma mira soprattutto a riabilitare l'essere morale, assecondando un meccanismo socialmente validato di riabi-

E così, se è vero che ciò che un determinato colpevole ha fatto è spregevole, allora questa è sempre una buona ragione per credere che ciò che il colpevole ha fatto sia spregevole. Ma la sola verità di una proposizione non è in se stessa una buona ragione per credere che si debba esprimere la propria convinzione nella sua verità, né è una buona ragione per credere che sarebbe moralmente consentito esprimere la propria convinzione in essa» (D. BOONIN, *The Problem of Punishment*, cit., p. 174).

⁸ Su questa specifica differenza tra Duff e Jakobs, T. ZÜRCHER, *Legitimation von Strafe*, cit., p. 183.

litazione: la convinzione che soffrire sia un modo adeguato di scusarsi agli occhi dei nostri simili.

Da quest'ultima osservazione risulta attutita la differenza tra teorie orientate alla persona e teorie orientate alla norma: nella misura in cui, più che all'espiazione o al recupero del reo (cose che lo Stato – insiste Duff – persegue, ma non può né deve assicurare), il trattamento afflittivo mira ad attestare la serietà dell'impegno assunto dal reo verso la comunità; esso assolve la funzione di assicurare la società, condividendo, in fondo, la medesima prospettiva dalla prevenzione generale. D'altra parte, le posizioni esaminate nella parte finale del capitolo relativo alle teorie angloamericane ci danno una conferma indiretta di questo assunto: le difficoltà relative alla comunicazione verso il reo portano ad enfatizzare la funzione sociale della comunicazione, spingendo la giustificazione della pena verso forme di espressivismo puro o teorie affini alla prevenzione generale⁹.

Nel caso della comunicazione orientata alla persona, tuttavia, mancando (o non essendo riconoscibile) una precisa teoria di supporto al concetto di comunicazione, le conseguenze sistematiche non sono percepibili in modo altrettanto netto di quanto accade alle teorie orientate alla norma di matrice tedesca. Inoltre, nella misura in cui le componenti della pena restino ancora attraccate ad una dimensione empirica (cioè rivolte, nei termini sopra ricordati, all'essere umano come destinatario della comunicazione), non risultano per forza chiuse ad ogni prospettiva di riforma del sistema, in specie a un'eventuale modifica della componente afflittiva della sanzione.

Una criticità ulteriore emerge dal tipo di comunicazione sottesa a quelle posizioni teoriche che enfatizzano il ruolo della vittima¹⁰. Come si è avuto modo di appurare, queste teorie o pongono direttamente al centro del ragionamento la "dignità" della vittima come concetto astratto (Hampton), oppure, pur muovendo dalla prospettiva della vittima individuale, procedono ad una normativizzazione del concetto (Hörnle)¹¹. Nell'uno come nell'altro caso, in maniera più e meno palese, alla cura dei bisogni effettivi della vittima di reato si sostituisce l'esigenza, assecondata dalla pena, di comunicare che l'ordinamento sta dalla parte delle vittime, cioè dalla parte giusta. Anche qui, per tanto, pur facendo riferimento

⁹ Cfr. *supra*, cap. II, § 7 ss.

¹⁰ J. HAMPTON (cap. II, § 2) e soprattutto T. HÖRNLE (cap. III, §§ 2, 2.1).

¹¹ Nel senso chiarito alla fine del § 2.1 del cap. III.

ad una comunicazione interpersonale – per cui la pena sembra parlare alla vittima individuale – si procede per astrazione: la pena parla alla società, costituita da potenziali vittime¹².

2. Una verifica sistemica

In sintesi, la rilevata ambiguità delle teorie orientate alla persona deriva, per un verso, dalla stessa ambiguità del concetto di “censura”, sospeso tra sguardo retrospettivo (retribuzione) e prospettico (finalità della comunicazione), per altro verso, dalla mancanza di una spiegazione adeguata su come la censura possa strutturarsi in un atto comunicativo. Il primo problema riguarda il rapporto (e le eventuali differenze) tra *censura* e *retribuzione*; il secondo verte sulla *struttura comunicativa della censura*.

Si valuteranno, adesso, quali conseguenze sistematiche possa avere l'irrisolutezza su questi punti, osservando le ricadute che il rapporto censura/retribuzione e la struttura comunicativa della censura possono generare per la colpevolezza e la proporzionalità della pena, nonché i fraintendimenti circa la possibilità di concepire alternative alla giustizia punitiva.

Lascерemo da parte, invece, le possibili implicazioni delle teorie comunicative sul versante della vittima, sulle quali ci si è soffermati a sufficienza in altra parte del lavoro¹³.

2.1. *Censure* e colpevolezza

Secondo l'impostazione tradizionale, la sofferenza inclusa nella pena è legittimata dalla colpevolezza del reo, in base ad un nesso che la retribuzione riesce a spiegare in maniera insufficiente ma coerente: la pena retributiva è chiamata a “cancellare” la colpevolezza e la sua entità non

¹²Evidenzia efficacemente questo profilo problematico L. PARLATO, *Il contributo della vittima*, cit., p. 91, cui si rinvia anche per alcuni chiarimenti concettuali sulla distinzione tra vittima “concreta” e “potenziale”. Il processo di astrazione è del tutto confacente alla tendenza contemporanea a porre la vittima al centro del discorso pubblico, sulla quale si sofferma T. PITCH, *Il malinteso della vittima*, Torino, 2022, p. 31 ss.

¹³*Supra*, cap. III, § 2.1.

può superare il grado di quella. Nei contesti in cui si è assistito al declino delle teorie retributive, a vantaggio delle ideologie preventive della pena, la categoria della colpevolezza ha reagito in due modi: o è stata resa funzionale alla prevenzione, finendo per costituirne una sottospecie, o ne è divenuta antagonista, conservandosi come limite alla prevenzione¹⁴. Anche in quest'ultimo caso, per altro, si è messo in dubbio un ruolo puramente limitante della colpevolezza, osservando che non sapremmo giustificare l'inflizione di sofferenza solo sulla base di ragioni preventive, cioè a prescindere dalla colpevolezza¹⁵.

Si è visto come invece le teorie comunicative si avvalgano dei concetti di "censure" e "hard treatment", come componenti della pena, certamente correlate tra loro, ma al tempo stesso in reciproca tensione, in quanto bisognose di autonoma giustificazione¹⁶. È allora opportuno interrogarsi sulle differenze che intercorrono tra questo schema di ragionamento e il modo consueto di concepire il nesso tra colpevolezza e sofferenza.

2.1.1. Una simbiosi dubbia

Cominciamo con l'approfondire il rapporto tra "censura" (*censure*, *Tadel*) e "colpevolezza" (*blame*, *Schuld*). Le assonanze tra questi concetti sono evidenti, come pure evidente è la propensione di entrambi verso un giudizio di tipo morale, non solo sul fatto, ma anche sull'autore: un giudizio capace di attingere la personalità del reo.

Il primo possibile inquadramento del rapporto tra censura e colpevolezza muove da una sostanziale coincidenza, e quindi dalla virtuale fun-

¹⁴ Su questi sviluppi, L. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione, sezione II – L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1315 ss.; sul ruolo della colpevolezza nel passaggio da teorie retributive a teorie preventive della pena si sofferma, inoltre, R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, p. 18 ss.

¹⁵ T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 798 ss., spec. p. 828. Sul punto v. però anche L. EUSEBI, *La pena "in crisi"*, cit., p. 135, il quale ritiene invece coerente con la natura della colpevolezza un suo ruolo solo limitativo della potestà punitiva, tale da propiziare l'abbandono di ogni fondamento retributivo della pena.

¹⁶ In estrema sintesi, a seconda dell'impostazione prescelta dai vari Autori studiati nei capitoli II e III, le due componenti o hanno entrambi lo stesso fondamento, di tipo espressivo-comunicativo (Duff), o hanno fondamento distinto (teoria mista di von Hirsch), o infine entrano in un rapporto insanabilmente dialettico, per cui la censura non solo non legittima, ma delegittima il trattamento afflittivo (K. Günther).

gibilità, tra i due concetti. È questo, fondamentalmente, l'atteggiamento assunto da von Hirsch, quando ritiene che l'elemento della censura, che caratterizza la pena, coincida con il rimprovero incluso nella colpevolezza, quale elemento del reato, e che dalla sinergia tra i due elementi esca rafforzato il principio di colpevolezza¹⁷. Parte della dottrina tedesca non muove alcuna sostanziale obiezione a tale ricostruzione, sforzandosi semmai di precisare che, più che un'entità distinta dalla colpevolezza, la censura (*Tadel*) è già ricompresa nel giudizio di colpevolezza, sì che la distinzione avrebbe un'utilità puramente analitica¹⁸.

Sin qui, l'assimilazione dei due concetti potrebbe solo rischiare di accentuare il profilo moralistico del rimprovero: un rischio dal quale – almeno in Germania – non è storicamente immune la categoria della *Schuld*¹⁹.

Ad uno sguardo più attento, però, non può sfuggire una differenza logico-semanticamente tra i due termini²⁰. Colpevolezza e censura hanno certamente in comune l'idea del rimprovero, ma la colpevolezza esige un demerito *personale*, mentre la censura (nel senso di *Tadel*, di “biasimo” o “disapprovazione”) può appuntarsi anche su dati *oggettivi*: nel senso che potrebbe riferirsi anche a difetti personali, ma che nulla centrano con il merito (per esempio, alla stupidità, alla bruttezza fisica, ecc.)²¹, come pure a cose che non possono “demeritare”: così, per esempio, una calamità naturale, come un terremoto o una tempesta, può essere oggetto di disapprovazione, ma non può essere ritenuta “colpevole”.

È allora interessante notare come la dogmatica tedesca, quando ha provato ad innestare il concetto di censura nel tessuto di un diritto penale della colpevolezza, abbia potuto percorrere due strade: la prima volta a dimostrare la coesistenza di colpevolezza e censura, sulla base però di una

¹⁷ A. VON HIRSCH, *L'esistenza della istituzione della pena*, cit., pp. 135-136.

¹⁸ B. SCHÜNEMANN, *Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie*, in B. SCHÜNEMANN, A. VON HIRSCH, N. JAREBORG (Hrsg.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, Heidelberg, 1998, p. 113; C. ROXIN, *Prävention, Tadel und Verantwortung*, cit., p. 194.

¹⁹ Cfr. M. DONINI, *An impossible exchange?*, cit., p. 29 ss. Per un'analisi strutturale del concetto di *blame*, attenta a questo profilo, si rinvia a M. FRICKER, *What's the Point of Blame? A Paradigm Based Explanation*, in *Noûs*, vol. 50(1), 2016, p. 165 ss.

²⁰ Cfr. L. GRECO, *Steht das Schuldprinzip der Einführung einer Strafbarkeit juristischer Personen entgegen? Zugleich Überlegungen zum Verhältnis von Strafe und Schuld*, in *GA*, 2015, pp. 510-511.

²¹ L. GRECO, *Steht das Schuldprinzip*, cit., p. 510.

dettagliata distinzione analitica e funzionale tra i rispettivi termini; la seconda, invece, diretta a soppiantare la categoria della colpevolezza a beneficio della censura.

Il primo atteggiamento è riscontrabile in Wolfgang Frisch, il quale ha precisato come la censura insita nella pena consista nella disapprovazione per un fatto (già giudicato come) imputabile al suo autore, in ciò distinguendosi dalla disapprovazione per i fatti astrattamente descritti dalle norme incriminatrici (espressa dalle comminatorie legislative). Coerentemente a tale precisazione, la censura non coincide con la colpevolezza, categoria in cui si rapprende il “rimprovero” per un fatto, ma la presuppone, sì che la pena “esprime” o “comunica” un rimprovero che è già stato compiuto al momento della condanna²².

Frisch delinea, di conseguenza, una distinzione terminologica e funzionale tra “*Tadel*” (biasimo), “*Missbilligung*” (disapprovazione) e “*Vorwurf*” (rimprovero): il primo termine, che come detto corrisponde sostanzialmente alla *censure*, contiene il secondo, cioè contiene anzitutto la disapprovazione di un comportamento; in questo senso, la censura comincia già nella fase comminatoria, in cui appunto sono disapprovati comportamenti astrattamente descritti dal legislatore. Quando la censura (*Tadel*) si rivolge ad un agente concreto, cioè al reo, essa diventa rimprovero (*Vorwurf*), più precisamente rimprovero per aver tenuto un comportamento degno di disapprovazione. Al tempo stesso, Frisch osserva che la pena non effettua il rimprovero: questa operazione è insita nel verdetto di condanna, con il quale si attribuisce la colpevolezza (*Schuldausspruch*). Piuttosto, la pena *esprime* il rimprovero, in ciò distinguendosi dalle misure di sicurezza che, pur infliggendo un male paragonabile alla pena, non esprimono censura.

Ricomposto nei termini anzidetti il rapporto tra censura e colpevolezza, la vera utilità del concetto di censura si rivela, probabilmente, solo nella dottrina della commisurazione. Frisch, difatti, difende una commisurazione nei limiti della colpevolezza, che – egli precisa – di regola è conciliabile anche con il perseguimento di esigenze preventive (compresa la prevenzione generale, cioè il soddisfacimento delle aspettative della comunità giuridica), ma al tempo stesso è un limite a queste finalità, perché «[...] la pena è la disapprovazione e la censura per un reato commesso, e il grado della pena esprime contemporaneamente il grado di disap-

²² W. FRISCH, *Zum Begründungshintergrund von Übel und Tadel in der Theorie der Strafe*, cit., pp. 549-551.

provazione e di censura. Ciò in quanto, a tale condizione, la pena che supera la colpa esprime una censura che il colpevole non merita»²³.

Resta quindi inteso, almeno per Frisch, che la censura, come rimprovero, presuppone la colpevolezza, che a sua volta include la capacità dell'agente di orientare il proprio comportamento²⁴. Per tanto, sarebbe bizzarro concepire la pena come censura e, al tempo stesso, una responsabilità penale senza colpevolezza²⁵.

2.1.2. Una sostituzione impossibile

Quest'ultima affermazione è invece messa in discussione da Tatjana Hörnle, che considera la censura alla stregua di un sostituto della colpevolezza²⁶.

Tale conclusione è resa possibile da una trasposizione della teoria di Strawson sugli atteggiamenti reattivi alla teoria del reato. Ricordiamo che il classico saggio di Strawson su "libertà e risentimento"²⁷ è volto a dimostrare la praticabilità dei giudizi morali a prescindere dall'esistenza del libero arbitrio sulla base, appunto, di reazioni affettive esistenti a prescindere dalla (dubbia) esistenza del libero arbitrio. Il nocciolo del discorso attiene alla possibilità di disapprovare un fatto, qualunque cosa si pensi riguardo al libero arbitrio, cioè a prescindere da quanto sappiamo (o non sappiamo) sull'ipotetica possibilità che aveva il suo autore di agire diversamente. Sulla scia di tale ragionamento, Hörnle rileva come anche il diritto penale possa accantonare la colpevolezza, basata sulla possibilità di muovere un rimprovero in ragione della indimostrata possibilità di agire altrimenti, per insistere solo sul giudizio di disapprovazione del fatto, passando così da uno *Schuldvorwurf* (rimprovero rispetto alla colpevolezza) ad un *Unrechtsvorwurf* (rimprovero rispetto all'illecito)²⁸.

²³ W. FRISCH, *Zur Bedeutung von Schuld, Gefährlichkeit und Prävention im Rahmen der Strafzumessung*, in ID. (Hrsg.), *Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht*, Tübingen, 2011, p. 23.

²⁴ W. FRISCH, *Zur Bedeutung von Schuld, Gefährlichkeit und Prävention*, cit., p. 9 ss.

²⁵ W. FRISCH, *Zum Begründungshintergrund von Übel und Tadel in der Theorie der Strafe*, cit., p. 551.

²⁶ T. HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf. Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenslehre*, Baden-Baden, 2013.

²⁷ *Supra*, cap. I, § 6.1.

²⁸ T. HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, cit., p. 49 ss.

Va precisato che, sempre a detta di Hörnle, la ricostruzione da lei proposta non comporterebbe il venir meno del dolo e della colpa, trattandosi di elementi che la dottrina tedesca dominante situa nel fatto tipico (c.d. tipicità soggettiva), quindi nell'*Unrecht*. Le conseguenze pratiche della tesi in esame consisterebbero prevalentemente in una revisione terminologica delle disposizioni del codice penale tedesco che fanno testuale riferimento alla colpevolezza, soprattutto delle norme relative alla *Schuld-fähigkeit* (equivalente della imputabilità). Dal momento che, più che la libertà di volere, conta la capacità dell'agente di recepire il messaggio delle norme al momento del fatto, si suggerisce di ridefinire questo concetto come "competenza normativa": quest'ultima nozione, per l'appunto, costituirebbe il presupposto di un rimprovero per l'illecito, non di un improbabile rimprovero per la colpevolezza²⁹. Le situazioni usualmente ritenute scusanti dovrebbero essere valutate come situazioni obiettive, al ricorrere delle quali lo Stato rinuncia ad un giudizio di rimprovero sull'illecito per difetto di siffatta competenza³⁰. Inoltre, poiché la nozione di competenza normativa non è quantificabile (a differenza di ciò che si predica della colpevolezza), bisognerebbe eliminare la disposizione codicistica sull'imputabilità parziale (§ 21 StGB), come pure ogni fattore concernente una ridotta colpevolezza attualmente incluso tra i criteri di commisurazione della pena³¹.

La posizione di Hörnle non è *prima facie* incoerente con la distinzione, accolta in premessa dall'Atrice (ed esposta, nei suoi termini generali, nel paragrafo che precede), tra colpevolezza, fondata sul rimprovero personale, e censura, che è disapprovazione di un fatto alla stregua di un giudizio "in terza persona". Se però la disapprovazione non si risolve in un atto puramente "espressivo", ma richiede un processo "comunicativo", si fa fatica a comprendere come questo processo possa fare a meno della libertà di volere: a cosa serve che il destinatario comprenda il messaggio, se gli è preclusa la possibilità di attuarlo?

Beninteso: anche nell'impostazione classica il diritto penale non accerta la libertà di agire, ma piuttosto la esclude in situazioni nelle quali l'osservanza del precetto è verosimilmente inesigibile; ed anche nella definizione di queste situazioni (cause di esclusione dell'imputabilità e scusanti) è insita l'individuazione di sintomi tipici, quindi una "oggettiva-

²⁹ T. HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, cit., pp. 71-72.

³⁰ T. HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, cit., pp. 74-75.

³¹ T. HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, cit., p. 76.

zione” (o tipizzazione) delle singole situazioni. Ma si tratta pur sempre di un giudizio aperto (anche in termini problematici) all'individuazione di nuove situazioni (si pensi al tema dell'inesigibilità e delle scusanti extralegali) e alla diversa ponderazione di quelle già definite.

È evidente come invece la netta distinzione tra censura e colpevolezza, che induce a rinunciare alla seconda, porti ad un pericoloso impoverimento della teoria del reato: la prospettiva (chimerica) di un giudizio il più possibile aderente al solo disvalore del fatto preclude ogni possibilità di personalizzazione e di graduazione – e aggiungeremmo, di umanizzazione – del rimprovero; ed è superfluo ricordare che la personalizzazione e la graduazione del rimprovero possono essere ottenute solo in base alla colpevolezza³². Del resto, non parrà eccessivo ricordare che la riduzione delle componenti del reato – dal molteplice all'uno – si sia storicamente accompagnata ai momenti di crisi del diritto penale liberale, e che il sintomo della crisi sia stato, sovente, proprio il tentativo di impoverire o di rimpiazzare la colpevolezza con qualcos'altro. Si pensi al crepuscolo della inesigibilità, cui si è assistito nella dottrina tedesca del primo Novecento, quale ultimo baluardo dell'individuo contro l'incedere di un giudizio di colpevolezza fondato sulla violazione di un obbligo obiettivo di fedeltà verso lo Stato³³.

2.2. *Censure e proporzionalità*

L'idea di una pena proporzionata al fatto è perfettamente coerente con quella di retribuzione: essendo concepita come risposta al fatto commesso, in chiave retrospettiva, la pena non potrà eccederne la gravità. Si tratta di una qualità che, con vari espedienti teorici, non cessa di essere apprezzata anche presso le culture giuridiche che hanno formalmente aborrito la retribuzione come (unica) giustificazione della pena, ma per le quali essa continua a fungere da limite alla commisurazione, scongiurando i rischi di eccesso insiti in finalità preventive poco “quantificabili”. Questo limite è del resto presente anche nel diritto positivo: nel nostro ordinamento, dove l'art. 133 c.p. fa riferimento alla “gravità del fatto”, e nel diritto te-

³² Sulla funzione graduante della colpevolezza, per tutti e con ulteriori riferimenti, L. TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010, p. 117 ss.

³³ Si veda la ricostruzione storica di G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1991, p. 53 ss.

desco, per il quale il punto di partenza della commisurazione risiede nella “*Tatschuld*”, messa in primo piano dal § 46 I StGB (malgrado le incertezze interpretative al riguardo).

Nella prospettiva delle teorie espressivo-comunicative, per le quali il principio di proporzionalità della pena è inquadrato nella distinzione tra *censure* e *hard treatment*, la sofferenza inflitta al condannato non può superare il livello di riprovazione, ovvero di “censura”, per il fatto commesso. Siffatta prospettiva può incidere in vario modo sulla dottrina della commisurazione.

2.2.1. Le premesse concettuali alla luce delle teorie comunicative

Andrew von Hirsch, probabilmente lo studioso più influente in questo campo, ritiene che, se ancorata alla censura, la proporzionalità possa andare oltre la dimensione di un “mero limite” all’entità della pena di cui si accontentano i retribuzionisti³⁴. Essendo basata sull’entità del danno (*harm*) e sul grado di colpevolezza (*culpability*), la sua idea di proporzionalità riferita alla “censura” è affine a quella di una proporzionalità rispetto alla “gravità del reato”.

Inoltre, von Hirsch distingue due accezioni di proporzionalità³⁵. La prima attiene alla proporzionalità in senso *ordinale*, nella quale egli inquadra il rapporto tra la pena prevista per un certo reato in relazione alle pene previste per altri reati. L’applicazione di questo canone richiede l’elaborazione di una scala di gravità (*seriousness*) dei reati e di severità (*severity*) delle pene corrispettive. Di conseguenza, la possibile violazione della proporzionalità ordinale emerge da un accertamento comparativo: è vietato punire con la stessa intensità fatti di diversa gravità o, viceversa, riservare un trattamento diverso a fatti di eguale gravità.

La seconda accezione di proporzionalità, detta *cardinale*, verte invece sul rapporto tra severità della pena e gravità del (singolo) reato, in sé considerato. In tal modo, la proporzionalità cardinale cerca di affrontare un problema fondamentale delle teorie ispirate al *just desert*: l’individuazione di un parametro di giustizia intrinseco della pena per un certo fatto. Per von Hirsch, alla questione non può darsi una risposta netta e definiti-

³⁴ A. VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, cit., p. 15 ss.; recentemente, nella letteratura italiana, la questione è stata ripresa da F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., p. 137.

³⁵ A. VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, cit., p. 17 ss.; A. VON HIRSCH, A. ASHWORTH, *Proportionate Sentencing*, cit., p. 131 ss.

va; piuttosto, la proporzionalità cardinale si atteggia a criterio pur sempre relazionale, dal momento che anche la sua verifica si basa sulla scala di disvalore dei singoli reati, il cui vertice, occupato dalle pene più severe previste da un ordinamento, fornisce i limiti superiori per questo tipo di proporzionalità («*the upper bounds of cardinality*») ³⁶.

Tutto sta, dunque, nel delineare i criteri di elaborazione della scala, cioè di “ancorarla” ai livelli di censura riferibili ai diversi reati. Questi criteri, in estrema sintesi, gravitano attorno al danno prodotto dal reato per gli interessi vitali delle vittime ³⁷. In ultima istanza, però, per von Hirsch il rapporto di conversione della gravità del reato in severità della pena deriva da una convenzione ³⁸.

Non va dimenticato che von Hirsch legittima il trattamento afflittivo (non direttamente con la funzione di censura assoluta dalla pena, ma) in base a ragioni preventive di tipo prudenziale, ritenendo, al tempo stesso, che tali ragioni non debbano né possano compromettere il nesso di proporzionalità tra fatto e sanzione (v. *supra*, cap. II, § 3). Ciò non esclude che scopi preventivi possano incidere, sia pur limitatamente, sulla proporzionalità, anche in chiave attenuante (o portando all'applicazione di una pena alternativa alla detenzione). Von Hirsch, però, si mostra piuttosto scettico innanzi alla possibilità di attenuare la pena per ragioni dovute alla condizione di vulnerabilità sociale del reo; più che altro, egli rimarca che il principio di proporzione evita che di tale condizione si tenga conto in chiave aggravante, quale fattore di rischio di ricaduta nel delitto. A suo dire, della condizione sociale sarebbe opportuno tener conto nel momento in cui si elabora la scala dei reati; dunque – se bene intendiamo – in sede di fissazione delle comminatorie legislative, più che in fase di commisurazione ³⁹. È qui, tutto sommato, la distanza più marcata – almeno sul piano teorico – tra la posizione di von Hirsch e quella che dovrebbe assumere un ordinamento (come il nostro) improntato alla finalità special-preventiva positiva, chiamata necessariamente ad operare (anche) in sede di commisurazione.

A differenza di von Hirsch, Antony Duff – che, come sappiamo, nega qualunque cittadinanza agli scopi preventivi nella sua teoria della pena –

³⁶ A. VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, cit., p. 36 ss.

³⁷ Cfr. A. VON HIRSCH, N. JAREBORG, *Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 11(1), 1991, p. 1 ss.

³⁸ A. VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, cit., p. 19.

³⁹ A. VON HIRSCH, *Censure and Sanctions*, cit., p. 108.

coglie l'essenza della proporzionalità in un divieto di applicare una pena sproporzionata alla gravità del fatto. Duff, infatti, distingue tra una proporzionalità "positiva" (coincidente con l'accezione di proporzionalità difesa da von Hirsch), che mira alla ricerca "della pena proporzionata", quindi dell'unica pena "giusta" in tal senso, e una proporzionalità "negativa", che invece è soddisfatta con la meno ambiziosa individuazione di una risposta sanzionatoria corretta in quanto non sproporzionata⁴⁰. Questa seconda soluzione è preferibile, a parere di Duff, perché lascerebbe al giudice un più ampio margine di scelta tra opzioni sanzionatorie tutte "proporzionali"; e ciò, come vedremo nel prosieguo, propizia la ricezione, nell'ambito di una teoria comunicativa della pena, di alternative alla pena detentiva, come pure di una giustizia riparativa.

Nell'impostazione di Duff, il principio di proporzionalità acquisisce un ulteriore connotato: dovendo la pena (non solo "esprimere" ma anche) comunicare al reo la disapprovazione del fatto, non sarebbero accettabili risposte sproporzionate in quanto incomprensibili. In questa affermazione è dato ravvisare una certa affinità con i risultati cui si giunge orientando la pena alla risocializzazione (sul presupposto che questa funzione richiede la possibilità che la pena sia "compresa")⁴¹. Tanto più che – aggiunge Duff – una proporzione ancorata al significato comunicativo della pena dovrebbe portare ad un ripensamento dei livelli generali di pena previsti dall'ordinamento, supportando così una strategia "riduzionista"⁴².

Allo stesso tempo, se non sono ammesse pene sproporzionate per eccesso, vale a dire più severe di quel che imporrebbe la gravità del fatto, non sono escluse pene sproporzionate per difetto, cioè più miti, ma solo in via del tutto eccezionale, ovvero per ragioni non connesse alle finalità perseguite dal sistema penale, ma di tipo *lato sensu* "clemenziali". Per Duff infatti, come si ricorderà, la categoria della *mercy* è sita fuori dal dominio del diritto penale. Su quest'ultimo punto, per tanto, si registra una differenza considerevole con le teorie basate sulla prevenzione speciale positiva, per le quali un'attenuazione volta alla risocializzazione non può essere vista come eccezione, ma è consustanziale alla finalità

⁴⁰ R.A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, cit., p. 131 ss.; ID., *Was ist Tatproportionalität, und warum ist dieses Prinzip wichtig?*, in W. FRISCH, A. VON HIRSCH, A.-J. ALBRECHT (Hrsg.), *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, Heidelberg, 2003, p. 36 ss.

⁴¹ E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 179 ss.

⁴² R.A. DUFF, *Was ist Tatproportionalität*, cit., p. 32 ss.

della pena. D'altra parte, secondo Duff, la pena è sì funzionale al pentimento del reo, ma ciò non può incidere sulla sua concreta entità: sì che, nei termini a suo tempo discussi (cap. II, § 4.1), un ravvedimento intervenuto prima della condanna non potrebbe essere preso in considerazione come fattore esimente o attenuante.

2.2.2. I riflessi nella dottrina tedesca della commisurazione: *Tatproportionalität* e rischi per l'individualizzazione della pena

Le tesi degli autori sopra richiamati nascono anche come reazione critica agli orientamenti in materia di *sentencing* emersi nelle corti dei paesi anglosassoni, la cui prassi, almeno in un certo momento storico, è parsa eccessivamente generosa verso gli scopi preventivi e, di conseguenza, volubile quanto all'entità della pena di volta in volta irrogata⁴³. Date le peculiarità di questo sistema, sarebbe difficile effettuare un confronto con il nostro ordinamento; nondimeno, va segnalato come, secondo autorevoli voci, la dottrina del *sentencing* non potrebbe essere retta unicamente da un principio di proporzionalità orientata al "merito", ma dovrebbe considerare anche gli "scopi" della pena (secondo un approccio "misto" o "pluralista")⁴⁴.

Per avere contezza delle possibili ricadute pratiche di un'impostazione ispirata alle teorie espressivo-comunicative, suscettibili di un'immediata riflessione comparata, bisogna però considerare la situazione tedesca.

In Germania, la proporzionalità viene discussa nei termini di una possibile alternativa alla *Spielraumtheorie*, che caratterizza tuttora l'orientamento prevalente della dottrina della commisurazione⁴⁵, pur non essendo

⁴³ Nel processo di riforma del *sentencing* nordamericano, la proporzionalità è stata uno dei connotati distintivi del *just desert model*; oltre a G. MANNOZZI, *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena*, cit., per un bilancio critico, v. M. TONRY, *Sentencing Matters*, Oxford, 1996, p. 13 ss. Per la trasposizione al diritto inglese, soprattutto A. VON HIRSCH, A. ASHWORTH, *Proportionate Sentencing*, cit., *passim*.

⁴⁴ In questi termini, D. HUSAK, *Sentencing Pluralism*, in *The Palgrave Handbook on Philosophy of Punishment*, cit., p. 419 ss.

⁴⁵ La *Spielraumtheorie* muove dalla possibilità di graduare la pena tra un minimo già adeguato e un massimo ancora adeguato alla colpevolezza; entro questi margini di pena adeguata alla colpevolezza, il giudice determina la pena finale sulla base di ulteriori considerazioni di prevenzione speciale e generale; cfr., nel quadro di un'indagine comparatistica tuttora illuminante, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 149; sull'impiego attuale della teoria, con ulteriori e attuali indicazioni, si rinvia a D. DÖLLING, *Zum Stand des deutschen Strafzumessungsrechts*, in *FS für U. Sieber*, cit., Teilband II, p. 1335 ss.

da tutti ritenuta soddisfacente. In particolare, Tatjana Hörnle ha suggerito di sostituire la *Tatschuld* con una *Tatproportionalität*, difendendo un principio di “commisurazione proporzionale al fatto”⁴⁶. La premessa di questa proposta risiede nella asserita necessità di sganciare la commisurazione dalle finalità utilitaristiche della pena, comprese quelle sottese alla teoria della prevenzione generale positiva. D’accordo con le teorie espressive, l’entità della pena dovrebbe rispecchiare *soltanto* il disvalore del fatto, in virtù di un rigido nesso tra misura del trattamento afflittivo e *Tadel*, impermeabile alle ragioni della prevenzione sia generale sia speciale.

Si tratta di una ricostruzione per molti versi sollecitante, sia per l’originale trasposizione degli assunti di fondo del principio di proporzionalità, sì come elaborato dalle teorie espressive anglosassoni della pena, alla teoria del reato tedesca (modellata su categorie più familiari al giurista italiano), sia per la proposta di “concretizzare” gli effetti di questa trasposizione attraverso l’elaborazione di criteri di commisurazione potenzialmente fruibili dal giudice penale⁴⁷. Secondo questa impostazione, per altro, la necessità di incentrare la commisurazione unicamente sul disvalore del fatto non preclude la presa in considerazione di fattori (esclusivamente) attenuanti che, secondo la sistematica tedesca, ricadrebbero nella colpevolezza. Tuttavia, nell’ottica di una complessiva razionalizzazione della commisurazione, tali profili vengono logicamente posposti al disvalore del fatto⁴⁸. Altri tipici indici di commisurazione, concernenti la condotta *post factum* (in specie la riparazione sotto forma di *Wiedergutmachung*), dovrebbero invece rilevare solo nella misura in cui incidono sulla gravità dell’illecito, sotto il profilo del disvalore dell’evento⁴⁹. Viceversa, del tutto ininfluenti apparirebbero, alla luce di questa teoria, i precedenti penali, come pure, in chiave eventualmente attenuante, la loro assenza⁵⁰.

In questa sede, non interessa valutare gli effetti che il principio di proporzionalità della pena, rivisto alla stregua delle teorie espressive, può spiegare sulla teoria e sulla prassi della commisurazione della pena nei

⁴⁶ T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, cit., *passim*. Sulle finalità originarie della teoria della *Tatproportionalität*, v. R. ALAGNA, *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007, p. 275 ss.

⁴⁷ T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, cit., p. 143 ss.

⁴⁸ T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, cit., p. 145 ss., in dettaglio p. 151 ss.; con specifico riferimento ai motivi a delinquere, *ivi*, p. 269 ss.

⁴⁹ T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, cit., p. 296 ss.

⁵⁰ T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, cit., p. 166.

sistemi giuridici nel cui contesto sono maturati gli approcci sopra esaminati. Alcuni di questi effetti, per altro, sarebbero garantistici, in quanto limitanti il potere punitivo o comunque la discrezionalità giudiziaria. Non possono però essere taciute le perplessità sia sull'impostazione di fondo, sia, soprattutto, su alcuni contraccolpi negativi rispetto al giudizio di commisurazione⁵¹.

Occorre preliminarmente rilevare che, allineando la commisurazione alla c.d. *Tatproportionalitat*, non si risolvono le incertezze relative alla conversione della riprovazione per il fatto in una misura restrittiva della libertà (o di altri diritti) del reo⁵². Di ciò sono consapevoli tutti gli autori prima considerati, che ritengono praticabile solo un giudizio "relativo" di proporzionalità, perché relativo e il concetto di "gravità del fatto"⁵³. D'altro canto, essendo in se incommensurabile⁵⁴, il rapporto tra gravità del reato ed entità della pena non risulta assoggettabile ad un canone di proporzionalità *more geometrico*. Il che non fa venir meno la necessità di delineare legislativamente dei criteri di commisurazione, tanto meno di motivare adeguatamente la decisione giudiziale sul punto (ne priva di utilità ogni tentativo teorico che asseondi tale necessità), ma non consente, ed anzi dovrebbe disincentivare, la sistematica esclusione di tutti gli indici di commisurazione individualizzanti⁵⁵.

Di una tale esclusione, infatti, farebbero le spese anche fattori attenuanti connessi alla prevenzione speciale positiva, che è finalità inconciliabile con gli assunti espressivisti delle tesi sopra esaminate. Eloquente, a tal riguardo, la tesi di Tatjana Hörnle, per la quale la *Tatproportionalitat* mette al bando ogni ipotesi di attenuazione della pena volta ad assecondare la risocializzazione del condannato⁵⁶, sì da sollecitare una riletture restrittiva del § 46 StGB⁵⁷, il cui secondo comma, invero, fa riferi-

⁵¹ In sintesi, B-D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., p. 175.

⁵² J. KASPAR, *Sentencing Guidelines versus freies tatrichterliches Ermessen – Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht?*, in *Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages Leipzig 2018*, Band I, Gutachten, München, 2018, C 40-C 41.

⁵³ T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, cit., p. 155 ss.

⁵⁴ Cfr. M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., p. 1174 ss.

⁵⁵ Di persistente attualità, a tal riguardo, le perplessità espresse da L. EUSEBI, *La pena "in crisi"*, cit., p. 150 ss., verso un giudizio assolutizzante di proporzionalità che escluda valutazioni di tipo teleologico.

⁵⁶ T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, cit., p. 336 ss.

⁵⁷ T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, cit., p. 329 ss. L'Autrice propone invece di considerare, in chiave attenuante, il *surplus* di afflizione che la pena potrebbe

mento quantomeno alla necessità di evitare i rischi di desocializzazione della pena. In ciò, per altro, si conferma la tendenza tipica di ampi settori della dottrina tedesca, che per lo più è sostenitrice della prevenzione generale positiva, ad accantonare la risocializzazione come ambizione velleitaria o addirittura fuorviante (da relegare, comunque, nella fase esecutiva della pena)⁵⁸.

D'altra parte, al di là delle apparenze, è dato chiedersi se la dottrina della *Tatproportionalität* riesca davvero ad escludere dalla commisurazione la prevenzione generale: difatti, se la proporzionalità assume come unico punto di riferimento una "gravità" ricavata dalla riprovazione etico-sociale per il fatto – nel senso del "*Tadel*" – è ipotizzabile che questo giudizio di riprovazione contenga comunque, magari implicitamente, valutazioni generalpreventive⁵⁹. La teoria della *Tatproportionalität* è stata del resto conciliata con la prevenzione generale, quando è stata parzialmente accolta a margine di una recente e molto discussa proposta di riforma della disciplina della commisurazione, avanzata dalla dottrina, in cui la prevenzione generale, connessa alla gravità del fatto, viene anteposta agli altri criteri di commisurazione. Nell'ambito di tale proposta, si suggerisce di riformulare il § 46 StGB in guisa tale da prevedere fattori

comportare per alcuni individui, in ragione della loro *Strafemplindlichkeit* ("sensibilità alla pena"), ricostruibile tramite l'appartenenza a determinati gruppi di individui (per esempio, gli individui di una certa età o con ridotte possibilità di vita, oppure, ma non senza difficoltà, gli stranieri: cfr. *ibidem*, p. 341 ss.).

⁵⁸ Cfr. B-D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., pp. 126-127 ss.; T. HÖRNLE, *Straftheorien*, in E. HILGENDORF, H. KUDLICH, B. VALERIUS (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, Band 1, Heidelberg, 2019, p. 512; con alcune precisazioni, J. KASPAR, *Sentencing Guidelines versus freies tatrichterliches Ermessen*, cit., p. C 32 ss. In difesa della risocializzazione, come unico fine legittimo della pena, v. invece R-P. CALLIES, *Die Strafzwecke und ihre Funktion*, cit., p. 112 ss.; per un modello di risocializzazione "nell'ambito della prevenzione generale", W. HASSEMER, *Darf der strafende Staat Verurteilte bessern wollen? – Resozialisierung im Rahmen positiver Generalprävention* –, in *FS für K. Lüderssen*, cit., p. 221 ss.

⁵⁹ Come noto, la rilevanza di considerazioni di prevenzione generale in sede di commisurazione è controversa presso la dottrina italiana. Nel senso dell'irrelevanza (imposta, anzitutto, dal comma 1° dell'art. 27 Cost.) si esprime l'opinione prevalente, rappresentata da F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 85 ss., 354; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 246 ss.; per una diversa impostazione, V. MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982, p. 123 ss. Sul ruolo della prevenzione generale, nella nostra dottrina, tuttora imprescindibile M. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, cit., p. 151 ss.

attenuanti esclusivamente dipendenti da «circostanze che riducono il bisogno di ripristino della pace giuridica»⁶⁰.

In definitiva – pur non mancando, ripetiamo, un risvolto garantistico – una lettura del principio di proporzione suggerito dalle teorie espressive minerebbe l'insopprimibile esigenza di individualizzare il giudizio sulla pena, tenendo conto della situazione concreta e, in questa prospettiva, dei profili della personalità del reo dai quali può discendere una rimodulazione, in senso a lui favorevole, di una risposta orientata al reinserimento sociale. L'individualizzazione del giudizio è funzionale al rispetto della dignità del reo come essere concreto⁶¹, il quale, se da un lato non può essere strumentalizzato per finalità preventive, dall'altro lato non può scomparire dentro una (solo apparentemente) asettica equazione tra reato e pena.

Emerge qui un limite comune alle teorie espressivo-comunicative: proprio quel valore, la dignità umana, che i sostenitori di queste teorie pongono alla base del principio di proporzionalità della pena, si oppone a un'applicazione di questo principio non sufficientemente temperata da ragioni connesse alla risocializzazione. I punti di vista sul concetto di "dignità" non potrebbero divergere in modo più palese: per le teorie espressive, la dignità conta come idea, ossia come caratteristica stilizzata di quell'agente morale che "merita" di essere punito; per chi confida nella risocializzazione, invece, la dignità è una qualità riposta in una persona reale⁶², di cui lo Stato giudica il passato, ma a cui non può negare un futuro.

⁶⁰ Tra questi fattori si includono la confessione, gli sforzi compiuti dal reo per riparare il danno o accordarsi con l'offeso, la distanza temporale tra il fatto e il giudizio, come pure illegittimi ritardi del procedimento; lo stesso dovrebbe valere per le eventuali gravi conseguenze del fatto subite dallo stesso autore e per gli effetti eccezionalmente gravosi che la pena potrebbe avere sulla sua vita futura: v. J. KASPAR, *Sentencing Guidelines versus freies tatrichterliches Ermessen*, cit., C-104 ss.; per le premesse teoriche della proposta, *ibidem*, C-43 ss., dove si sostiene, per altro, la possibilità di adeguare lo scopo generalpreventivo ai bisogni di pena della popolazione, empiricamente misurabili. Per alcuni rilievi critici, D. DÖLLING, *Zum Stand des deutschen Strafzumessungsrechts*, cit., p. 1350 ss.

⁶¹ Cfr. L. TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., *passim*.

⁶² Sui nessi tra principio di personalità, dignità umana e una commisurazione della pena in chiave individualizzante, L. TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., p. 1 ss. («La specificazione della pena in relazione alle condizioni soggettive dell'autore rappresenta il modo più completo di attuare il principio di personalità, nonché il modo più completo di realizzare il valore della dignità umana nel singolo caso vitale da giudicare», *ibidem*, p. 103); sulla dimensione costituzionale della individualizzazione, come giudizio di perso-

2.3. *Censure e giustizia riparativa: atteggiamento complessivo delle teorie comunicative e posizione di Duff*

L'individualizzazione della pena passa anche attraverso l'elaborazione di misure alternative alla pena detentiva⁶³. Per quanto non sia facile testare l'impatto, anche solo potenziale, delle varie teorie della pena sull'elaborazione di tali alternative, va detto che gli stessi fautori delle teorie comunicative, se, da un lato, ritengono che le concrete modalità di applicazione della pena (quantomeno negli ordinamenti da loro osservabili) non infici le loro rispettive ricostruzioni teoriche, dall'altro lato, non escludono che queste ultime possano arrecare un contributo alla riforma delle sanzioni. Va difatti riconosciuto che la concezione della pena come atto comunicativo nei confronti del reo, ma anche della vittima e della comunità, è stata impiegata a supporto teorico di sanzioni alternative al carcere riconducibili alla categoria delle *community penalties*⁶⁴.

In linea generale, come è stato efficacemente riassunto da uno dei suoi sostenitori, «la teoria espressivo-comunicativa non è [...] una teoria riformista capace di scalzare le convenzioni esistenti. Tuttavia, essa consiglia riforme parziali, là dove l'attuale pratica penale violi le (presunte) condizioni per il successo della comunicazione»⁶⁵. Ad un simile atteggiamento – di ossequio verso il fondamento convenzionale della punizione, ma non insensibile a possibili riforme – può essere ricondotta la sostanziale ambiguità del rapporto tra teorie comunicative e giustizia riparativa, intesa come (reale) alternativa alla giustizia punitiva.

A tale ambiguità contribuisce di certo, almeno in parte, la difficoltà di rinvenire una nozione universalmente riconosciuta, a livello scientifico, di “riparazione” e di “giustizia riparativa” (*restorative justice*), cui si aggiungono le oscillazioni di significato derivanti dalla traduzione di questi termini nelle lingue degli ordinamenti in cui si cerchi di importare gli isti-

nalizzazione della pena, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 356 ss.; recentemente, v. anche M. VENTUROLI, *Natura e confini dell'individualizzazione della pena nel giudizio di cognizione*, in E. MATTEVI, A. MENGHINI (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, Napoli, 2022, p. 79 ss.

⁶³ Di “individualizzazione qualitativa” parla L. TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., p. 329 ss.

⁶⁴ Un esempio è offerto da S. REX, *Punishment as Communication*, in A. BOTTOMS, S. REX, G. ROBINSON (eds.), *Alternatives to Prison. Options for An Insecure Society*, Devon, 2004, p. 113 ss.

⁶⁵ T. ZÜRCHER, *Legitimation von Strafe*, cit., p. 186.

tuti ad essi riconducibili⁶⁶. Ad ogni modo, la cifra comune alle varie proposte teoriche in materia di giustizia riparativa andrebbe colta nella necessità di affrancarsi dalla “logica della ritorsione”, che informa la giustizia punitiva, pur nel quadro di una necessaria complementarità a quest’ultima⁶⁷. Se questa è la caratteristica della giustizia riparativa, è evidente l’antagonismo, almeno sul piano concettuale, con l’ideale retributivo, sì che è parso quantomeno singolare constatare come, sul piano internazionale, il crescente appello ad istituti riconducibili alla nozione di giustizia riparativa sia storicamente coesistito – e continui a coesistere – con una rinascita delle teorie retributive⁶⁸. Per queste ultime, invero, ogni funzione attenuante o esimente attribuita alla riparazione (nelle sue varie forme) è vissuta come un’eccezione alla punibilità, tollerabile, nel caso, per ragioni pragmatiche, ma antinomica rispetto all’*ubi consistam* della pena.

Quanto alla posizione delle teorie comunicative nei confronti della giustizia riparativa, va in primo luogo rilevato che, data la peculiare natura – di base retrospettiva, ma venata di sfumature consequenzialiste –, queste teorie sono *prima facie* meglio adatte delle tradizionali teorie retributive ad accogliere la riparazione come elemento non eccentrico rispetto alla giustificazione della pena. D’altra parte, non sfugge una certa sintonia di fondo tra la funzione comunicativa della pena e alcune delle finalità ascritte alla giustizia riparativa: da entrambi i fronti si converge sulla necessità di coinvolgere sia l’autore che la vittima in un processo comunicativo⁶⁹. Sulla base di queste convergenze, alcuni esponenti delle

⁶⁶ Cfr. G. MANNOZZI, voce *Giustizia riparativa*, in *Enc. dir.*, Annali X, Milano, 2017, p. 465 ss.; G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, cit., *passim*. La *restorative justice* va per altro tenuta distinta dal concetto tedesco di “*Wiedergutmachung*”: v. O. HAGEMANN, K. MAGIERA, *Restorative Justice und Wiedergutmachung: was ähnlich klingt, ist nicht dasselbe*, in T. BARTSCH u.a. (Hrsgb.), *Resozialisierung, Opferschutz, Restorative Justice. Grundlagen und Rahmenbedingungen*, Baden-Baden, 2023, p. 57 ss.; per un’analisi comparatistica della *Wiedergutmachung*, D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, p. 279 ss. Per una distinzione tra “riparazione”, come concetto che implica la volontarietà del reo e la partecipazione della vittima, e condotta “reintegratoria”, come componente prescrittiva e non consensuale della risposta al reato, che si riferisce alla vittima solo nella misura in cui risulta funzionale a tutelare *ex post* il bene giuridico leso, ma che può riguardare anche i reati senza vittima, v. M. DOVA, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, cit., p. 54 ss.

⁶⁷ G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa*, cit., p. 473.

⁶⁸ L. ZEDNER, *Reparation and Retribution: Are They Reconcilable?*, in *The Modern Law Review*, 57/1994, p. 287 ss.

⁶⁹ C. BENNETT, *Taking the Sincerity Out of Saying Sorry: Restorative Justice as Ri-*

teorie comunicative hanno proposto di avvalersi della concezione comunicativa come paradigma concettuale unitario, all'interno del quale sarebbe possibile saldare la frattura tra giustizia riparativa e giustizia retributiva. Siffatto atteggiamento conduce quantomeno a relativizzare la portata innovatrice della giustizia riparativa, la cui funzione viene in pratica vista come una sorta di prolungamento di quella punitiva⁷⁰.

La posizione più significativa, in tal senso, è quella di Antony Duff, il quale muove dalla premessa per cui la “riparazione”, non solo non sarebbe in contrasto, ma addirittura presupporrebbe il necessario accoglimento di una pena retributiva (sempre che, a suo dire, si abbia presente l'esatta definizione dei concetti di riparazione e retribuzione). «La riparazione (*restoration*) – scrive egli in proposito – non è solo compatibile con la retribuzione (*retribution*): richiede la retribuzione, in quanto il tipo di riparazione che il crimine rende necessaria può (date alcune caratteristiche profonde della nostra vita sociale) essere realizzato solo attraverso la pena retributiva»⁷¹.

Duff, infatti, constata preliminarmente che la riparazione, al pari della retribuzione, deve seguire non semplicemente ad un “danno”, ma ad un reato, cioè ad un'offesa racchiusa in un illecito pubblico: un “*public wrong*”, secondo la sua terminologia. L'autore di un illecito di questo tipo “merita” l'inflizione di una triplice sofferenza: sofferenza capace di elicitare il rimorso; sofferenza legata alla censura pubblica espressa nei suoi confronti; ed infine, sofferenza connessa alla necessità di “riparare”, non un semplice danno, ma per l'appunto l'offesa arrecata da un *public wrong*. Per questo, a differenza di altri teorici della giustizia riparativa, per i quali la sofferenza è un elemento puramente accidentale della ripa-

tual, cit., p. 127 s. Sull'imprevedibilità della comunicazione in forma di “dialogo”, nelle esperienze di giustizia riparativa, v. G. MANNOZZI, R. MANCINI, *La giustizia accogliente*, Milano, 2022, p. 61 ss.

⁷⁰ In tale direzione volge la proposta di un “*making amends model*” formulata da A. VON HIRSCH, A. ASHWORTH, C. SHEARING, *Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: A “Making Amends” Model?*, in A. VON HIRSCH, J. ROBERTS, A.E. BOTTOMS, K. ROACH, M. SCHIFF (eds.), *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford-Portland, 2003, p. 21 ss., i quali, per altro, formulano un'articolata critica alla giustizia riparativa e suggeriscono un uso “poco ambizioso” del modello da essi stessi proposto. In una prospettiva metodologica non dissimile si muove la proposta di C. BENNETT, *The Apology Ritual*, cit., p. 175 ss., di estendere il modello dell'“apologia rituale” alla giustizia riparativa (v. *supra*, cap. II, § 7.1.).

⁷¹ R.A. DUFF, *Restoration and Retribution*, in *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms*, cit., p. 43 ss., citazione a p. 43.

razione, Duff ritiene che la riparazione debba avere strutturalmente – e quindi necessariamente – un contenuto afflittivo.

Con specifico riferimento alla mediazione penale, egli rileva come questa pratica sia adeguata, sempre se gestita come procedura pubblica e formale, a trasmettere sia al reo che alla vittima la disapprovazione per il fatto commesso, soddisfacendo uno dei requisiti della teoria comunicativa della pena (attinente alla *censure*)⁷². La mediazione è dunque un “processo di comunicazione punitiva” («process of *punitive communication*»)⁷³ tra l'autore e la vittima, in cui il primo chiede scusa alla seconda per un fatto costituente *public wrong*.

Tuttavia, come rispetto alla pena, anche qui si osserva che la richiesta di scuse meramente verbale potrebbe non bastare in caso di illeciti più gravi: in tal caso, in sostanza, le scuse sarebbero una riparazione inadeguata alla gravità del reato. In ciò, secondo Duff, risiede la differenza tra riparazione in sede civile e in sede penale (cioè nel senso della *restorative justice*): la prima può essere gravosa (*burdensome*), a seconda dell'entità del danno e delle possibilità del soggetto obbligato, ma non è predisposta per esserlo; la seconda, invece, *deve* essere gravosa, se vuole conseguire lo scopo di esprimere delle scuse “serie” da parte dell'offensore⁷⁴.

Insomma: la mediazione deve riprodurre le due tipiche componenti della pena, cioè *censure* e *hard treatment*; per farlo, deve concepire la riparazione come *sofferenza*, cioè attribuirle un contenuto afflittivo: «[...] il trattamento afflittivo che la riparazione comporta è il mezzo con cui l'autore del reato porge scuse riparatrici (*apologetic reparation*) alla vittima, nonché un veicolo attraverso il quale egli può rafforzare la propria comprensione pentita dell'illecito commesso»⁷⁵. Tutto ciò spinge Duff ad attribuire un connotato “punitivo” alla mediazione e alla riparazione, grazie al quale esse sono fatte rientrare nel paradigma della pena retributiva⁷⁶. Questa conclusione, sempre secondo Duff, non sarebbe contraddetta dal carattere volontario della mediazione, poiché, se da un lato non è inimmaginabile una pena auto-imposta, dall'altro lato, il consenso del con-

⁷² R.A. DUFF, *Restoration and Retribution*, cit., p. 50.

⁷³ R.A. DUFF, *Restoration and Retribution*, cit., p. 54.

⁷⁴ R.A. DUFF, *Restoration and Retribution*, cit., p. 52.

⁷⁵ R.A. DUFF, *Restoration and Retribution*, cit., p. 55.

⁷⁶ R.A. DUFF, *Restoration and Retribution*, cit., p. 53.

dannato è un presupposto necessario anche di sanzioni alternative pur sempre rientranti nella nozione di “pena”⁷⁷.

2.3.1. Osservazioni critiche

L’impostazione di Duff suscita diverse perplessità.

In primo luogo, l’assimilazione della riparazione alla punizione, basata sulla presenza di un contenuto afflittivo anche nella prima, presuppone una graduabilità della nozione di afflizione, tale da ricomprendere anche le misure, diverse dalla restrizione della libertà personale, previste nell’ambito dei programmi di giustizia riparativa. Va però rilevato che, se è vero che alcune di queste misure (per esempio, un risarcimento a favore della vittima) impongono un sacrificio al reo (che pure aderisce volontariamente al programma) assimilabile a un *hard treatment*, un analogo profilo potrebbe non emergere in modo così netto nelle misure di tipo simbolico, contemplate dai medesimi programmi. D’altra parte, il carattere poco definito, o comunque intrinsecamente flessibile, del concetto di *hard treatment* impiegato dalle teorie espressive non impedisce *a priori* di parlare di contenuto afflittivo rispetto a qualunque misura.

Ma a prescindere delle incertezze relative al *quantum* di sofferenza necessario ad integrare l’*hard treatment*, proprio in replica (tra gli altri) a Duff, un teorico tra i più affermati in tema di *restorative justice* ha evidenziato la differenza tra il tipo di sofferenza insito nella pena e quello attribuito da Duff alla riparazione⁷⁸. La pena – si osserva – implica sofferenza, perché chi la infligge ritiene che essa debba recare sofferenza (per uno scopo e per pura retribuzione), a prescindere da ciò che prova il destinatario (cioè indipendentemente dal fatto che questi se ne senta effettivamente toccato). Alla stregua di questa lettura, per tanto, per “trattamento afflittivo”, quale connotato essenziale della pena, bisognerebbe intendere un’afflizione deliberata, nel senso appena detto. Di tale caratteristica sarebbe priva la riparazione (o meglio, le misure rientranti in un programma di giustizia riparativa), anche là dove materialmente consista in

⁷⁷R.A. DUFF, *Restoration and Retribution*, cit., p. 54.

⁷⁸L. WALGRAVE, *Imposing Restoration Instead of Inflicting Pain: Reflections on the Judicial Reaction to Crime*, in *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms*, cit., p. 61 ss. (spec. p. 65 s.); ID., *Restorative Justice, Punishment, and the Law*, in *The Palgrave Handbook on the Philosophy of Punishment*, cit., p. 622.

una prestazione identica a quella imposta da una pena (per esempio, una prestazione di tipo patrimoniale)⁷⁹.

Le perplessità più consistenti riguardano però la logica di fondo seguita da Duff nell'includere la giustizia riparativa all'interno di un paradigma teorico di stampo retributivo.

Questa logica non si limita a giustificare la coesistenza dei due modelli (e, nel caso, l'operatività dell'uno subordinata all'impossibilità di azionare l'altro), ma muove dalla prevalenza assiologica, e di conseguenza epistemologica, del modello retributivo su quello riparativo⁸⁰. In questi termini, la giustizia riparativa è accettata solo se riproduce i caratteri di quella retributiva (rivisitati alla luce della teoria comunicativa della pena elaborata da Duff), sul presupposto che solo la retribuzione sia in grado di dare una risposta moralmente adeguata a quel tipo peculiare di illecito che è il reato. Il ragionamento è frutto di un moralismo di fondo che, pur nel contesto di una teoria asseritamente liberale, finisce col condizionare l'impostazione di Duff: il quale, coerentemente, intercetta soltanto la componente moralistica della mediazione penale, quella per cui pentirsi è il viatico del perdono⁸¹. Ma soprattutto, l'impostazione di Duff assesta un duro colpo alle aspettative connesse alla giustizia riparativa, vertenti sulla istituzione di un paradigma di giustizia libero dalla logica della penaritorsione, ma al tempo stesso in grado di soddisfare i veri bisogni delle vittime.

⁷⁹ In termini analoghi, v. anche N. HANNA, *Say What? A Critique of Expressive Retributivism*, cit., p. 143.

⁸⁰ Più in generale, sulla retribuzione come "blocco epistemologico" alla ricerca di altri tipi di risposta al reato, M. DOVA, *Pena prescrittiva*, cit., p. 172 ss.; l'A. mette in luce come la necessità della sofferenza sia un retaggio retributivo, per il quale «Il condannato deve soffrire: ce lo chiedono irresistibili istanze emotive di una vendetta teatrale giuridicamente normalizzata» (*ibidem*, p. 197). Sulle potenzialità insite negli istituti gravitanti attorno al concetto di "riparazione", al fine di superare la "logica" della punizione, già F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, p. 343 ss.

⁸¹ Su questa componente moralistica della mediazione penale, criticamente, T. PITCH, *Il malinteso della vittima*, cit., p. 40. Il rischio di deriva moralistica è stato colto, molto efficacemente, anche da F. GIUNTA, *La giustizia de-punitiva: contrizione e riconciliazione*, in *DisCrimen*, 2 settembre 2023, p. 7: «[...] il sistema, complessivamente considerato, sembra oscillare oggi tra due poli estremi: il diritto penale del nemico, l'irriducibile cui nulla è concesso, e il diritto riparativo del contrito, si spera sincero, pronto a battersi il petto e a coprirsi il capo di cenere; una sorta di emenda al servizio della gratificazione morale della vittima, che lo vuole in ginocchi».

Si può discutere la realizzabilità di tali aspettative da un punto di vista politico, normativo ed empirico⁸², ma nel momento in cui si analizzano le coordinate teoriche del nuovo modello con le vecchie lenti della retribuzione, alla giustizia riparativa è tolto il suo potenziale culturalmente dirompente⁸³. La prospettiva di una vera alternativa alla pena (retributiva) è persa, in favore della dimensione, a dir poco riduttiva, di una pena (retributiva) alternativa⁸⁴.

Eppure, l'instabilità della coppia censura/trattamento afflittivo, alla quale le teorie espressive ritengono di dover ricondurre la nozione di pena, dovrebbe condurre a diverse conclusioni: non solo le difficoltà definitorie dei singoli elementi, ma soprattutto l'impossibilità di giustificare il trattamento afflittivo alla luce della censura dovrebbe fornire il pretesto, a seconda dei casi, per una riduzione o per la radicale rinuncia all'inflizione di sofferenza. In fondo, la giustizia riparativa potrebbe essere la sede applicativa più appropriata della funzione discorsiva del diritto supposta dalla tesi di Klaus Günther: un modello in cui la riparazione è strettamente funzionale alla "censura", o meglio, ad una comunicazione verso il reo, non alla sofferenza⁸⁵.

⁸² Cfr. G. INSOLERA, *Sulla giustizia riparativa*, Napoli, 2023. Avverte contro facili entusiasmi, G. FIANDACA, *Punizione*, cit., p. 125 ss.

⁸³ Potenziale *culturale*, che va oltre le soluzioni *legislative* adottate dai singoli ordinamenti, sino a stimolare innovazioni ben più radicali: in tal senso, ad esempio, M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa*, Bologna, 2015, p. 135 ss. (il quale, per altro, esordisce con una significativa affermazione: «La giustizia riparativa è la novità politico criminale più importante degli ultimi lustri, a livello internazionale, sul terreno della prassi e della teoria della pena», *ivi*, p. 135). Sulla giustizia riparativa come strumento per un necessario superamento del paradigma retributivo, v. anche U. CURI, *Il colore dell'inferno*, cit., p. 202 ss.

⁸⁴ In tal senso, anche G. FORNASARI, "Right to punishment" e principi penalistici, cit., p. 91 ss.

⁸⁵ Similmente, G. SAYRE-MCCORD, *Criminal Justice and Legal Reparations as an Alternative to Punishment*, in *Philosophical Issues*, 11/2001, p. 502 ss., spec. p. 517.

3. Dalla “statica” della retribuzione alla “dinamica” della censura: un tentativo di dialogo

Nei paragrafi che precedono abbiamo evidenziato alcuni effetti distortivi delle teorie espressivo-comunicative, muovendo da una visione, per così dire, continentale del sistema penale. Non a caso, nel corso della nostra analisi, le maggiori perplessità sono emerse con riguardo ai tentativi di trasporre le teorie comunicative alla teoria del reato e con riferimento alle incursioni nella dottrina della commisurazione tedesca. Inoltre, alcune delle considerazioni critiche svolte in precedenza risentono di una concezione del sistema improntata al costituzionalismo penale, e in particolare di una tendenza al confronto con il principio rieducativo fissato dalla Costituzione italiana.

Per ragioni di completezza, oltre che di onestà intellettuale, va però riconosciuto che le teorie comunicative della pena hanno anche offerto – o stanno offrendo – spunti utili a superare il rigido retribuzionismo, da cui è ancora permeato il dibattito anglosassone, soprattutto nell’ottica di un auspicabile miglioramento della prassi punitiva nordamericana.

Da questo punto di vista, è interessante il giudizio rivolto da Martha Nussbaum alla proposta teorica di Duff, da lei inquadrata in un “retribuzionismo di confine”: pur muovendo da premesse tipicamente retribuzioniste – che Nussbaum respinge –, la ricostruzione di Duff intende la punizione essenzialmente come una “richiesta di spiegazioni” rivolta al reo, destinata ad avere effetti sul futuro e volta, quindi, non solo ad un ripristino della fiducia verso i valori violati, ma anche ad un recupero del condannato. Nussbaum è sorpresa, però, da come tale sforzo argomentativo sia poi vanificato, quando Duff riafferma la centralità, nella pena, di una sofferenza “meritata” dal colpevole⁸⁶. Dato il tipo di “recupero” (di natura morale) cui mira la pena in Duff, per noi quest’esito non è poi così sorprendente, né lo sono le considerazioni di Duff sulla giustizia riparativa discusse in precedenza.

Va però considerato il tentativo di alcuni autori di spingere questo “retribuzionismo di confine” verso altre mete, più vicine alla sensibilità del (nostro) costituzionalismo penale.

Il volto ancipite delle teorie comunicative, tra sguardo al (delitto) passato e propensione al futuro (recupero del reo), ha indotto a rivedere il concetto di “censura” in maniera sensibilmente diversa dal significato so-

⁸⁶ M.C. NUSSBAUM, *Rabbia e perdono*, cit., p. 276 ss.

litamente attribuito alla “retribuzione”. Se quest’ultima consiste in un giudizio “statico”, in cui la colpa passata non può essere rivista né ridimensionata, la censura evocherebbe un giudizio “dinamico”, in virtù del quale il livello di disapprovazione per il fatto costituisce l’ineliminabile punto di partenza, successivamente rivedibile in ragione della risposta del condannato. Contrapponendo un modello di *sentencing* ispirato alla logica della “censura dinamica” (più esattamente, «*dynamic and responsive penal censure*») a quello improntato ad una “retribuzione statica” (*static desert*), Julian Roberts e Netanel Dagan hanno scritto che, «secondo il modello dinamico, l’entità della censura che l’autore merita per il suo reato può cambiare in risposta a determinati atti dello stesso autore. Di conseguenza, la sensibilità verso alcuni comportamenti successivi al reato e, in particolare, successivi alla sentenza, diventa interna a valutazioni relative alla (persistente) meritevolezza di pena»⁸⁷.

I due autori citati si concentrano soprattutto sulle possibili ripercussioni, favorevoli al reo, di un comportamento positivo nella fase esecutiva; le loro conclusioni possono apparire riduttive, o comunque di modesta portata, se comparate alla nostra esperienza, nella quale, notoriamente, il pregiudizio retributivo, dopo aver inizialmente resistito all’interno di una teoria “polifunzionale” della pena, è stato superato dalla giurisprudenza costituzionale, attraverso l’estensione della finalità rieducativa a tutte le fasi della pena⁸⁸. Detto poi per inciso: che il comportamento del reo in fase esecutiva possa incidere sulla disapprovazione per un fatto del passato, non è una conclusione logicamente inappuntabile.

Ma il concetto dinamico di censura può essere positivamente apprezzato, solo se si è consapevoli delle difficoltà cui va incontro la teoria della pena nel mondo anglosassone, quando si affronta il tema della clemenza (*mercy*). La *dynamic censure* punta a fare della clemenza – o quantomeno, di una parte degli istituti ad essa riconducibili – una categoria non più antagonista al diritto penale, come vorrebbero invece alcuni filosofi⁸⁹.

⁸⁷ J.V. ROBERTS, N. DAGAN, *The Evolution of Retributive Punishment: From Static Desert to Responsive Penal Censure*, in *Penal Censure: Engagements within and Beyond Desert Theory*, cit., p. 141 ss.; citazione a p. 143. Questo modo di intendere la *censure* è profondamente diverso dalla nozione non comunicativa (puramente espressiva) ed essenzialmente retrospettiva accolta, per esempio, da T. METZ, *Censure Theory and Intuitions about Punishment*, cit., p. 491 ss.

⁸⁸ Soprattutto a partire da Corte cost., sent. n. 313/1990.

⁸⁹ Il riferimento è soprattutto a Duff: cfr. *supra*, cap. II, § 6. Nella stessa sede si è visto come John Tasioulas, filosofo per altri aspetti vicino a Duff, utilizzando la comunica-

A prescindere da valutazioni di merito, tale operazione è resa possibile proprio dal fatto che «la censura impegna il reo in un modo più chiaramente comunicativo» rispetto alla logica del *desert*⁹⁰. In altre parole, l'essenza comunicativa del termine *censure* pare estinguere, almeno in parte, il debito di questa nozione nei confronti della retribuzione. Nulla è detto, però, riguardo al *fine* della comunicazione, per cui il fondamento giustificativo della pena resta formalmente assoluto. Cosicché, se non ci si inganna, il concetto di censura rivisto da Roberts e Dagan funge da limite alla retribuzione, in un significativo rovesciamento di prospettiva rispetto a quanto fanno le teorie preventive, quando assegnano alla retribuzione un ruolo di limite alla prevenzione.

Nondimeno, questo modo di intendere la censura rappresenta la premessa di una concezione della pena quantomeno comparabile con la finalità rieducativa prevista dalla Costituzione.

Sulla scia degli orientamenti maturati dalla nostra dottrina penalistica già a partire dalla seconda metà del secolo scorso, il costituzionalismo assume la specialprevenzione positiva come giustificazione della pena, ma al tempo stesso reputa necessario il limite di una pena commisurata alla colpevolezza⁹¹. La “rieducazione” – o, se si vuole, “risocializzazione” –, laicamente intesa come tentativo di recuperare il reo alla legalità⁹², è il *medium* tra queste due entità, secondo l'impostazione ripresa dalla celebre sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988 sul principio di colpevolezza. In pratica, nella prospettiva del costituzionalismo penale, tutto risulta più lineare, se alla “censura”, come processo comunicativo, si dà il nome di rieducazione, intesa come comunicazione volta a coinvol-

zione come fine secondario della pena, giunga ad assegnare una diversa topografia morale alla *mercy*, nonché a valorizzare il pentimento del reo in sede di commisurazione.

⁹⁰ J.V. ROBERTS, N. DAGAN, *The Evolution of Retributive Punishment*, cit., p. 143.

⁹¹ Il seme è in F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., ed è sviluppato in E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 176 ss.; per una recente riaffermazione, ID., *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, cit., p. 4 ss.; ID., *La pena nell'ordinamento italiano tra repressione e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 383 ss.

⁹² In questi termini, G. FIANDACA, *Punizione*, cit., p. 92 ss. “Laicamente” significa, per un verso, superamento della concezione retributiva (S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, I, Milano, 2006, p. 144) e, per altro verso, di una finalità specialpreventiva legata al riscatto morale e non solo sociale del reo (S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 101 ss.). Per contro, per una distinzione tra “risocializzazione” e “rieducazione”, cui però si riconduceva anche l'emenda, v. ancora, P. NUVOLONE, *Pena*, cit., p. 791.

gere il reo in un progetto di risocializzazione⁹³. Per far valere questa idea nel dibattito teorico internazionale, bisognerebbe vincere i timori e i pregiudizi, veri o strumentali, che tuttora circondano la risocializzazione in quella sede, derivanti, più che altro, dall'assimilazione dell'idea rieducativa a quella terapeutica⁹⁴, mostrando che i presunti rischi della risocializzazione sono di gran lunga inferiori a quelli di cui sono gravide le recenti tendenze espressiviste. Intendere la censura come concetto dinamico e sostanzialmente prospettico, può costituire il primo passo di questo difficile dialogo fra due modi diversi di considerare la dignità del condannato.

4. In conclusione: la riduzione della sofferenza come logica conseguenza della critica alle teorie espressive

La verifica compiuta in questo capitolo ha dimostrato come, se resa operativa sotto forma di "censura", la funzione espressivo-comunicativa della pena dia luogo a conseguenze sistematiche non sempre compatibili con un diritto penale a base costituzionale. D'altra parte, se la funzione espressiva non è una giustificazione, ma una *descrizione* della pena, bisogna riconoscere che questa descrizione è così ampia e aderente alle funzioni reali della pena⁹⁵, da produrre effetti legittimanti anche divergenti. Difatti, come visto, la pena come censura sostiene un diritto penale

⁹³ Il nesso tra risocializzazione e comunicazione è colto, da ultimo, da G. STEA, *Contributo alla descrizione del significato intrinseco della pena tra solidarietà comunitaria e dignità individuale*, in *Arch pen. web*, 2/2021, p. 21.

⁹⁴ Il neoretribuzionismo si scaglia soprattutto contro la riabilitazione di tipo psicologico: cfr. R. CANTON, *Censure, Dialogue and Reconciliation*, in *Penal Censure: Engagements within and Beyond Desert Theory*, cit., p. 269 ss. Un'ottima base di partenza, per una revisione del concetto di risocializzazione, è fornita da F. COPPOLA, A. MARTUFI, *Introduction: What is Social Rehabilitation?*, in F. COPPOLA, A. MARTUFI (eds.), *Social Rehabilitation and Criminal Justice*, cit., e dai contributi raccolti nel volume. Si tratta, per altro, di una finalità riconosciuta dalla maggior parte degli ordinamenti comparabili al nostro e ben presente nella giurisprudenza convenzionale: cfr. Corte EDU, Grande Camera, *Vinter e altri c. Regno Unito*, 9 luglio 2013; Corte EDU, I sez., *Viola c. Italia*, 13 giugno 2019.

⁹⁵ Significative, al riguardo, le parole di O. HALLICH, *Strafe*, cit., p. 70: «[...] ironia della sorte, [una teoria espressiva] è in una posizione difficile come teoria normativa, proprio perché è convincente come teoria descrittiva».

basato sulla colpevolezza, ma può comportarne anche la rinuncia; esaspera una commisurazione proporzionale al fatto, ma non la isola efficacemente da incursioni generalpreventive; si apre alla giustizia riparativa, ma la intende come un'appendice di quella retributiva (*supra*, §§ 2-2.4).

Allo stesso tempo, abbiamo osservato come la capacità descrittiva della funzione espressivo-comunicativa si presti ad accogliere una concezione dinamica di censura, non troppo distante dall'obiettivo della risocializzazione (§ 3). Per cui, se nella sua accezione originaria il concetto di censura o è superfluo o è foriero di pericolosi malintesi, l'unico suo impiego compatibile con la sintassi costituzionale del diritto penale è di tipo prospettico, come atto comunicativo rivolto *esclusivamente al reo* e finalizzato ad ottenerne una risposta: in pratica, un *rimprovero accompagnato da un'offerta di risocializzazione*⁹⁶.

Possiamo allora riassumere i risultati della ricerca teorica nei termini seguenti.

– Le teorie espressive non solo non risolvono il problema della giustificazione della pena (risultato, questo, ben poco sorprendente), ma contribuiscono ad evidenziarlo; anzi, il loro vero (e unico) merito consiste nel drammatizzare il problema del trattamento afflittivo, costringendoci a non dare per dimostrata la legittimità della sofferenza legale.

– La diade censura/trattamento afflittivo – contrariamente all'uso che se ne propone la maggior parte dei fautori delle teorie espressive – rivela, per tanto, un insperato potenziale critico: non è per nulla scontato che tutto quanto sia già espresso dalla “censura” (racchiuso in una pubblica condanna verbale) *possa e debba, per ciò solo, convertirsi in trattamento afflittivo* (in particolare, in una pena detentiva).

– La funzione espressivo-comunicativa della pena *non legittima alcun diritto alla punizione in capo alla vittima*, sia per le disfunzioni che si genererebbero, sia perché non è esattamente l'infliczione di sofferenza ciò di cui la vittima necessita, ma è semmai la censura, ovvero un riconoscimento del fatto che il reo ha sbagliato; se però la relazione tra censura e trattamento afflittivo non ha fondamento, ogni pretesa della vittima verso il secondo termine della relazione è infondata.

– Intesa come forma di comunicazione rivolta esclusivamente al reo e priva di un nesso logico od ontologico con l'eventuale trattamento afflittivo, la censura può semmai assurgere a *fattore di riduzione* della soffe-

⁹⁶ Ad un risultato sostanzialmente simile, benché in base ad un percorso argomentativo diverso, perviene R. CANTON, *Censure, Dialogue and Reconciliation*, cit., p. 272 ss.

renza legale: là dove sia sufficiente esprimere un rimprovero verbale per il fatto, non ha senso infliggere un trattamento afflittivo al suo autore⁹⁷. Tenendo presente che, nel termine “rimprovero”, non è neppure supposto un atto comunicativo volto a suscitare emozioni negative (un rimorso produttivo di pentimento), ma conta l’idoneità a favorire una presa di consapevolezza⁹⁸ propedeutica ad una diversa condotta futura.

Sono inoltre convalidate alcune direttive di politica criminale.

Se le teorie espressive *non* rappresentano una valida alternativa alle teorie tradizionali, né offrono argomenti consistenti *contro* un’auspicabile riforma dei sistemi sanzionatori vigenti, la critica nei loro confronti dovrebbe indurre ad intensificare gli sforzi tesi all’elaborazione di strategie alternative alla pena o ad una profonda riformulazione del concetto di sanzione penale⁹⁹.

⁹⁷ Così, nel rivendicare una vocazione (solo) moderatamente riformista delle teorie espressive, T. ZÜRCHER, *Legitimation von Strafe*, cit., p. 186, si richiama ad un effetto riduttivo della censura, scrivendo: «Finché però sia possibile disapprovare in modo adeguato, senza causare grandi “danni”, ciò è pienamente compatibile con gli obiettivi della teoria espressivo-comunicativa». Nel diritto penale tedesco, costituiscono esempi di censura non seguita da trattamento afflittivo gli istituti della rinuncia alla pena, nel caso in cui dal reato siano derivate gravi conseguenze, che abbiano colpito lo stesso autore (c.d. pena naturale, regolata dal § 60 StGB), e l’archiviazione per esiguità della colpevolezza (§ 153 StPO), che può esser disposta sempre che non vi sia un interesse pubblico a perseguire il reato (si veda la ricostruzione di A. ESER, *Absehen von Strafe – Schuldpruch unter Strafverzicht*, in *FS für R. Maurach*, Karslsruhe, 1972, p. 257 ss., che, per quanto datata, mette bene in evidenza la coesistenza tra una rinuncia alla pena e l’espressione di un rimprovero). Il nostro ordinamento, come noto, non dispone di un istituto concernente la pena naturale (anche se la Corte cost., con la sentenza n. 48/2024, che si è occupata della questione, escludendo che la lacuna sia incostituzionale, pare non aver sbarrato la strada ad un eventuale intervento legislativo in materia), mentre prevede un omologo dell’istituto regolato dal § 153 StPO, facente però riferimento alla tenuità dell’offesa (art. 131-bis c.p.).

⁹⁸ È possibile, su questo punto, aderire ai rilievi di V. TADROS, *The Ends of Harms*, cit., p. 99 ss., all’indirizzo di Duff, senza necessariamente seguire Tadros, quando ritiene che il reo abbia degli obblighi verso la vittima.

⁹⁹ Per la ricerca di alternative “progettuali” (sotto forma di “pena prescrittiva”) ad un’asfittica concezione della giustizia punitiva, L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1157 ss.; ID., “*Gestire*” il fatto di reato. *Prospettive incerte di affrancamento della pena “ritorsione”*, in AA.VV., *Studi in onore di E. Dolcini*, vol. I, Milano, 2018, p. 223 ss.; ID., *La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 823 ss. Per una prospettiva ancor più radicale di superamento della pena

Al di là di specifiche questioni e di alcune incertezze applicative (legate, per altro, al considerevole incremento della discrezionalità giudiziaria), merita quindi una cauta apertura di fiducia il processo di riforma avviato da tempo nel nostro ordinamento e, per ora, confluito nella c.d. “riforma Cartabia”¹⁰⁰. L’introduzione di una disciplina organica della giustizia riparativa, che pure ha attirato le maggiori attenzioni – forse più per il valore simbolico che per una effettività che è tutta da dimostrare –, si accompagna ad una serie di istituti deflattivi sostanziali e processuali, finalizzati non solo ad esigenze meramente deflattive (di «deflazione della giustizia»), ma di «giustizia deflattiva», intesa come giustizia alternativa a quella penale di tipo tradizionale¹⁰¹. Al tempo stesso, l’introduzione

come “raddoppio del male”, valorizzando la riparazione, v. inoltre M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, cit.; ID., *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE. Un nuovo programma legislativo per la giustizia penale*, in www.sistemapenale.it, 20 dicembre 2022.

¹⁰⁰ Per una ricostruzione in chiave diacronica, F. PALAZZO, *Relazione introduttiva. La “riforma Cartabia” e l’evoluzione del sistema sanzionatorio italiano*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *La riforma Cartabia tra non punibilità e nuove risposte sanzionatorie*, Trento, 2023, p. 1 ss.; uno sguardo complessivo e un primo bilancio, anche critico, sulla riforma, la cui architettura è disegnata dalla l. 134/2021 e dal d.lgs. 150/2022, si rinvia a M. DONINI, *Diritto penale e processo come legal system. I chiaroscuri di una riforma bifronte*, in D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano, 2023, p. 1 ss.; positivo, anche se non privo di rilievi, il giudizio di M. PELISSERO, *Una riforma tra obiettivi ambiziosi e resistenze di sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, p. 699 ss.; giudica tuttora incompleto il processo di riforma, nonostante le significative innovazioni, L. EUSEBI, *Rieducazione e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio penale dopo il d.lgs. n. 150/2022*, cit. Sulla disciplina della giustizia riparativa ex d.lgs. 150/2022, v. anche i rilievi di D. FONDAROLI, *Giustizia riparativa e d.lgs. 231/2001 secondo la “Riforma Cartabia”*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2023, p. 117 ss. che, tra l’altro, richiama l’attenzione sulle questioni relative all’applicabilità di tale disciplina agli enti.

¹⁰¹ Così, R. BARTOLI, *Brevi considerazioni sulla giustizia deflattiva come concetto generale e nella riforma Cartabia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, p. 511 ss. L’A. ricorda l’estensione applicativa della particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.) e della procedibilità a querela (con riflessi sulla remissione e sull’applicabilità delle condotte riparatorie ex art. 162-ter c.p.), la nuova ipotesi di condotta riparatoria per le contravvenzioni alimentari e l’estensione applicativa della messa alla prova. Per altro, nello stesso scritto, Bartoli rileva due specifiche criticità. La prima riguarda la tenuità del fatto, istituto rispetto al quale la legge non prevede nessuna conseguenza sanzionatoria (cosa a cui, secondo l’A., sarebbe opportuno ovviare mediante la previsione di uno sdoppiamento dell’istituto). La seconda criticità, più difficile da risolvere, riguarda la messa alla prova, dal momento che, nonostante le rassicurazioni della Corte cost., la misura, disposta

delle *pene* sostitutive *ex art. 20-bis* c.p. (in luogo delle *sanzioni* sostitutive) offre uno strumento che muta il concetto stesso di “afflizione” connesso alla sanzione penale¹⁰².

Il fondamento di tutte queste misure non può che essere la finalità rieducativa, realisticamente non perseguibile con una pena detentiva di breve durata. Ma questo obiettivo – che corrisponde a una direttiva ordinamentale – è coerente con i risultati della nostra indagine teorica. Sulla scorta della critica sviluppata nelle pagine che precedono, si può infatti affermare:

– che la necessità di una drastica riduzione¹⁰³ della forma più acuta di sofferenza legale non è solo la “conseguenza logica” dei fatti¹⁰⁴, ma l’altrettanto logica conclusione desumibile dal fallimento delle false alternative (alla risocializzazione) presenti nell’odierno dibattito giusfilosofico sulla pena;

– che, se è vero che l’adozione di pratiche sanzionatorie più umane è un riflesso del progresso civile di una società¹⁰⁵, prim’ancora che il frutto di nuove teorie penali, queste ultime dovrebbero cercare, se non di favo-

prima della decisione, prevede un trattamento afflittivo senza accertamento della responsabilità.

¹⁰² R. BARTOLI, *Punire in libertà: le nuove pene sostitutive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, p. 1399 ss. (sulla diversa afflizione prevista dalle pene sostitutive, *ivi*, p. 1403 s.).

¹⁰³ Sarebbe retorico parlare di “abolizione” (D. PULITANÒ, *Minacciare e punire*, cit., p. 10), ma evidentemente, nel lungo termine, l’abolizione non è un obiettivo precluso dalla riduzione.

¹⁰⁴ Così, J. MÜHL, *Strafrecht ohne Freiheitsstrafen – absurde Utopie oder logische Konsequenz?*, *passim* (con particolare riferimento alle teorie espressive, *ibidem*, p. 65 ss.). Sull’insostenibilità “pratica” del carcere, con riferimento alla situazione italiana, da ultimo, R. BARTOLI, *La gloriosa dissoluzione del mito populista “certezza della pena come certezza del carcere”*, in *www.sistemapenale.it*, 2024. Quello della penalistica italiana verso il carcere è oramai un disagio conclamato: basti richiamare la recente riflessione di A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Napoli, 2022. Una «fuga dalla sanzione detentiva» come «leit motiv di ogni proposta di riforma del sistema sanzionatorio penale» era già segnalata – ovviamente sotto altra temperie politica – da F. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una “nuova” politica criminale*, in AA.VV., *Pene e misure alternative nell’attuale momento storico*, Atti del Convegno del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale “E. de Nicola”, Milano 1977, p. 363 ss.; si tratta, per altro, di un atteggiamento che accompagna sin dalla loro nascita le istituzioni penitenziarie: cfr. T. PADOVANI, *L’utopia punitiva*, cit., p. 1 ss.

¹⁰⁵ G. FIANDACA, *Punizione*, cit., p. 58 ss.

rire, quantomeno di non ostacolarne l'avvento. Non è questo, di norma, l'atteggiamento delle teorie espressive, che si arroccano su un nesso tra censura e trattamento afflittivo scientificamente indimostrabile, laddove il legame puramente convenzionale tra i due termini suggerisce di scrutare altri orizzonti.

Bibliografia

- ADLER M.D., *Expressive Theories of Law: A Skeptical Overview*, in *Pennsylvania Law Rev.*, vol. 148(5), 2000, p. 1363 ss.
- ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007.
- ALWART H., *Strafrechtlicher Expressionismus auf dem Vormarsch. Über scheinphilosophische Manöver bedauernswerter „Krötenkinder“*, in *FS für T. Fischer*, München, 2018, p. 1029 ss.
- ANDENAES J., *La prevenzione generale nella fase della minaccia, della irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in M. ROMANO, F. STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 33 ss.
- ANDRISSEK T.R., *Vergeltung als Strafzweck. Empirisch-soziologische Begründung und kriminalpolitische Folgerungen*, Tübingen, 2017.
- BABCOCK S.L., *La pena di morte negli Stati Uniti e nel mondo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1135 ss.
- BAKER B.M., *Penance as a Model for Punishment*, in *Social Theory and Practice*, vol. 18(3), 1992, p. 311 ss.
- BANDES S.A., *Victims, "Closure", and the Sociology of Emotion*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 72(2), 2009, p. 1 ss.
- BANDES S.A., *All Bathwater, No Baby: Expressive Theories of Punishment and The Death Penalty*, in *Michigan Law Review*, vol. 116(6), 2018, p. 905 ss.
- BARATTA A., *Integrazione-prevenzione. Una nuova fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, in *Dei delitti e delle pene*, 1/1984, p. 5 ss.
- BARTOLI R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005.
- BARTOLI R., *Brevi considerazioni sulla giustizia deflattiva come concetto generale e nella riforma Cartabia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, p. 511 ss.
- BARTOLI R., *Punire in libertà: le nuove pene sostitutive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, p. 1399 ss.
- BARTOLI R., *La gloriosa dissoluzione del mito populista "certezza della pena come certezza del carcere"*, in www.sistemapenale.it, 2024.
- BELFIORE E.R., *Teleologismo sanzionatorio*, in *Scritti in onore di C.E. Paliero*, Milano, 2022, p. 1929 ss.
- BENNETT C., *Taking the Sincerity Out of Saying Sorry: Restorative Justice as Ritual*, in *Journal of Applied Philosophy*, vol. 23(2), 2006, p. 127 ss.

- BENNETT C., *The Apology Ritual. A Philosophical Theory of Punishment*, Cambridge, 2008.
- BENNETT C., *Why Should We Argue for a Censure Theory of Punishment?*, in A. DU BOIS-PEDAIN, A.E. BOTTOMS (eds.), *Penal Censure: Engagements within and Beyond Desert Theory*, Oxford, 2019, p. 67 ss.
- BERTACCINI D., *Fondamenti di critica della pena e del penitenziario. Rielaborazione aggiornata dell'opera didattica di M. Pavarini*, 2^a ed., Bologna, 2021.
- BETTIOL G., *Diritto penale*, 11^a ed., Padova, 1982.
- BILZ K., *Testing the Expressive Theory of Punishment*, in *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 13(2), 2016, p. 358 ss.
- BINDER G., *Punishment Theory: Moral or Political?*, in *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, 2002, p. 321 ss.
- BLOY R., *Symbolik im Strafrecht*, in *FS für W. Frisch*, Berlin, 2013, p. 59 ss.
- BONINI S., *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli, 2018.
- BOONIN D., *The Problem of Punishment*, Cambridge, 2008.
- BRANDON R.B., *Making It Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Cambridge, 1994.
- BRENESELOVIĆ L., *Die neue „empirisch-soziologische“ Vergeltungslehre in Deutschland*, in *ZStW*, 2023, p. 102 ss.
- BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965 (edizione digitale Roma Tre Press, 2024).
- BRICOLA F., *Le misure alternative alla pena nel quadro di una “nuova” politica criminale*, in AA.VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Atti del Convegno del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale “E. de Nicola”, Milano, 1977, p. 363 ss.
- BROOKS T., *Punishment. A Critical Introduction*, 2nd ed., London-New York, 2021.
- BROWNLEE K., *The Offender's Part in the Dialogue*, in R. CRUFT, M.H. KRAMER, M.R. REIFF (eds.), *Crime, Punishment, and Responsibility. The Jurisprudence of Antony Duff*, Oxford, 2011, p. 54 ss.
- CADOPPI A., *Il “reato penale”. Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, 2022.
- CALLIES R-P., *Die Strafzwecke und ihre Funktion*, in *FS für H. Müller-Dietz*, München, 2001, p. 99 ss.
- CAMPAGNA N., *Das Recht auf Strafe als Voraussetzung der Menschenwürde?*, in *FS für C. Joerden*, 2023, p. 43 ss.
- CANALE D., *Inferenzialismo semantico e ragionamento giuridico*, in *Ragion pratica*, 2/2005, p. 301 ss.
- CANCIO MELIÀ M., FEIJOO SÁNCHEZ B., *¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar*, in G. JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, Cizur Menor, 2006, p. 17 ss.

- CANESTRARI S., *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. I, Milano, 2006.
- CANTON R., *Censure, Dialogue and Reconciliation*, in A. DU BOIS-PEDAIN, A.E. BOTTOMS (eds.), *Penal Censure: Engagements within and Beyond Desert Theory*, Oxford, 2019, p. 253 ss.
- CARUSO G.D., *Rejecting Retributivism. Free Will, Punishment, and Criminal Justice*, Cambridge, 2021.
- CARUSO G.D., PEREBOOM D., *Un'alternativa non punitiva alla punizione retributiva*, in www.dirittopenaleuomo.org, 2021.
- CASCAVILLA M., *La sociologia del diritto penale di Èmile Durkheim*, in *Studi di sociologia*, 3/2018, p. 273 ss.
- CATTANEO M.A., *La retribuzione penale nell'interpretazione e nella critica di Herbert L.A. Hart*, in *Materiali storia cult. giur.*, 1974, p. 641 ss.
- CATTANEO M.A., *Sulla filosofia penale di Kant e di Hegel*, in L. EUSEBI (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989, p. 117 ss.
- CATTANEO M.A., *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1990.
- CAVALIERE A., "Diritti" anziché "beni giuridici" e "principi" in diritto penale?, in www.sistemapenale.it, 16 ottobre 2023, p. 63 ss.
- CHAMBERLAIN A., CARVALHO H., *The Emotional Aims of Punishment*, in C. PAPACHARALAMBOUS (ed.), *The Aims of Punishment. Theoretical, International and Law Comparative Approaches*, Athen-Baden Baden, 2020, p. 53 ss.
- COPPOLA F., MARTUFI A., *Introduction: What is Social Rehabilitation?*, in F. COPPOLA, A. MARTUFI (eds.), *Social Rehabilitation and Criminal Justice*, London-New York, 2024, p. 1 ss.
- CORNACCHIA L., *Funzione della pena nello Statuto della Corte penale internazionale*, Torino, 2009.
- CORNACCHIA L., *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1760 ss.
- CORNACCHIA L., *Il sistema dell'imputazione penale di Günther Jakobs: concetti essenziali*, in G. JAKOBS, *Sistema dell'imputazione penale*, trad. it. di *System der strafrechtlichen Zurechnung* (2012), a cura di L. Cornacchia, Napoli, 2017.
- CORNWELL D.J., *Mercy. A Restorative Philosophy*, Hook, 2014.
- CURI U., *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Milano, 2019.
- D'AGOSTINO F., *La sanzione nell'esperienza giuridica*, 5ª ed., Torino, 1999.
- DAVIS M., *Punishment as Language: Misleading Analogy for Desert Theorists*, in *Law and Philosophy*, vol. 10(3), 1991, p. 311 ss.
- DE FRANCESCO V., *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, in *Scritti in onore di A.M. Stile*, Napoli, 2013, p. 15 ss.
- DEMKO D., *Hegels Straftheorie im Lichte gegenwärtiger expressiver Straftheorien*, in M. KUBICIEL, M. PAWLIK, K. SEELMANN (Hrsg.), *Hegels Erben?*

- Strafrechtliche Hegelianer vom 19. Bis zum 21. Jahrhundert*, Tübingen, 2017, p. 277 ss.
- DOLCINI E., *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979.
- DOLCINI E., *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 4 ss.
- DOLCINI E., *La pena nell'ordinamento italiano tra repressione e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 383 ss.
- DOLINKO D., *Some Thoughts About Retributivism*, in *Ethics*, vol. 91(3), 1991, p. 537 ss.
- DOLINKO D., *Punishment*, in J. DEIGH, D. DOLINKO (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford, 2011, p. 403 ss.
- DÖLLING D., *Zum Stand des deutschen Strafzumessungsrechts*, in *FS für U. Sieber*, Teilband II, Berlin, 2020, p. 1335 ss.
- DONINI M., PAPA M. (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007.
- DONINI M., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1162 ss.
- DONINI M., *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa*, Bologna, 2015, p. 135 ss.
- DONINI M., *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 14 ss.
- DONINI M., *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE. Un nuovo programma legislativo per la giustizia penale*, in www.sistemapenale.it, 20 dicembre 2022.
- DONINI M., *Diritto penale e processo come legal system. I chiaroscuri di una riforma bifronte*, in D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano, 2023, p. 1 ss.
- DONINI M., *Punire e non punire. Un pendolo storico divenuto sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, p. 1301 ss.
- DOVA M., *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Torino, 2017.
- DUBBER M.D., *The Dual Penal State. The Crisis of Criminal Law in Comparative-Historical Perspective*, Oxford, 2018.
- DUFF R.A., *Trials and Punishments*, Cambridge, 1986.
- DUFF R.A., *Punishment, Communication, and Community*, in M. MATRAVERS (ed.), *Punishment and Political Theory*, Oxford, 1999, p. 48 ss.
- DUFF R.A., *Response to von Hirsch*, in M. MATRAVERS (ed.), *Punishment and Political Theory*, Oxford, 1999, p. 83 ss.
- DUFF R.A., *In Defence of One Type of Retributivism: A Reply to Bagaric and Amarasekara*, in *Melbourne University Law Review*, 2000, p. 411 ss.
- DUFF R.A., *Punishment, Communication, and Community*, Oxford, 2001.
- DUFF R.A., *Restoration and Retribution*, in A. VON HIRSCH, J. ROBERTS, A.E. BOTTOMS, K. ROACH, M. SCHIFF (eds.), *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford-Portland, 2003, p. 43 ss.

- DUFF R.A. *Was ist Tatproportionalität, und warum ist dieses Prinzip wichtig?*, in W. FRISCH, A. VON HIRSCH, A.-J. ALBRECHT (Hrsg.), *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, Heidelberg, 2003, p. 23 ss.
- DUFF R.A., *The Intrusion of Mercy*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 4, 2007, p. 361 ss.
- DUFF R.A., *Punishment as Communication*, in <https://papers.ssrn.com>, 2022.
- DUFF R.A., GARLAND D., *Introduction: Thinking about Punishment*, in R.A. DUFF, D. GARLAND (eds.), *A Reader on Punishment*, Oxford, 1994, p. 1 ss.
- DURKHEIM E., *L'educazione morale*, in ID., *Il suicidio. L'educazione morale*, a cura di M.-J. Tosi, Torino, 2008.
- DURKHEIM E., *La divisione del lavoro sociale*, a cura di F. Airoldi Namer, Milano, 2016 (trad. it. di *De la division du travail social*, 1893).
- DUUS-OTTERSTRÖM G., *Fair Play Theories of Punishment*, in M.C. ALTMAN (ed.), *The Palgrave Handbook on the Philosophy of Punishment*, Ellensburg, 2023, p. 291 ss.
- EPIK A., *Die Strafzumessung bei Taten nach dem Völkerstrafgesetzbuch*, Tübingen, 2017.
- ESER E., *Absehen von Strafe – Schuldspruch unter Strafverzicht*, in *FS für R. Maurach*, Karlsruhe, 1972, p. 257 ss.
- EUSEBI L., *La “nuova” retribuzione, sezione I – Pena retributiva e teorie preventive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 914 ss.; *sezione II – L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1315 ss.
- EUSEBI L., *La pena “in crisi”*, Brescia, 1990.
- EUSEBI L., *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1157 ss.
- EUSEBI L., *“Gestire” il fatto di reato. Prospettive incerte di affrancamento della pena “ritorsione”*, in AA.VV. *Studi in onore di E. Dolcini*, vol. I, Milano, 2018, p. 223 ss.
- EUSEBI L., *La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 823 ss.
- EUSEBI L., *Rieducazione e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio penale dopo il d.lgs. n. 150/2022*, in www.sistemapenale.it, 10 aprile 2024.
- EXNER F., *La funzione di tutela e la funzione retributiva della pena (1914)*, in L. EUSEBI (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989, p. 11 ss.
- FASSIN D., *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, 2018 (trad. it. di *Punir. Une passion contemporaine*, 2017).
- FEIJOO SÁNCHEZ B., *Positive Generalprävention. Gedanken zur Straftheorie Günther Jakobs*, in *FS für G. Jakobs*, Köln-Berlin-München, 2007, p. 75 ss.

- FEIJOO SÁNCHEZ B., *La estabilización normativa como fin de la pena: ¿puro teatro?*, in *Estudios de derecho penal. Homenaje al Profesor S. Mir Puig*, Montevideo-Buenos Aires, 2017, p. 309 ss.
- FEINBERG J., *The Expressive Function of Punishment*, in *The Monist*, vol. 49, Issue 3, 1965, p. 397 ss.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 10^a ed., Roma-Bari, 2011.
- FIANDACA G., *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.
- FIANDACA G., *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in www.sistemapenale.it, 28 novembre 2020.
- FIANDACA G., *Punizione*, Bologna, 2024.
- FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999.
- FONDAROLI D., *Giustizia riparativa e d.lgs. 231/2001 secondo la "Riforma Cartabia"*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1/2023, p. 117 ss.
- FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1991.
- FORNASARI G., *"Right to punishment" e principi penalistici. Una critica della retorica anti-impunità*, Napoli, 2023.
- FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000.
- FORTI G., *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 597 ss.
- FREUND G., ROSTALSKI F., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 3. Aufl., Berlin, 2019.
- FRICKER M., *What's the Point of Blame? A Paradigm Based Explanation*, in *Noûs*, vol. 50(1), 2016, p. 165 ss.
- FRISCH G., *Zur Bedeutung von Schuld, Gefährlichkeit und Prävention im Rahmen der Strafzumessung*, in ID. (Hrsg.), *Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht*, Tübingen, 2011, p. 3 ss.
- FRISCH W., *Zum Zweck der Strafdrohung. Ein Beitrag zur Theorie von der positiven Generalprävention*, in *FS für B. Schünemann*, Berlin-Boston, 2014, p. 55 ss.
- FRISCH W., *Straftheorie, Verbrechensbegriff und Straftatsystem im Werk von Günther Jakobs*, in U. KINDHÄUSER, C. KREß, M. PAWLIK, C.-F. STUCKENBERG (Hrsg.), *Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*, Tübingen, 2019, p. 647 ss.
- FRISCH W., *Zum Begründungshintergrund von Übel und Tadel in der Theorie der Strafe. Grundlinien einer kommunikativen Straftheorie*, in *GA*, 2019, p. 537 ss.
- FRONZA E., *Le sanzioni*, in E. AMATI ET AL., *Introduzione al diritto penale internazionale*, 3^a ed., Torino, 2016, p. 251 ss.
- FRONZA E., *Verspätete Strafverfolgung. Über die Vergangenheit urteilen, um die Zukunft zu gestalten*, in M. VORMBAUM (Hrsg.), *Spätverfolgung von NS-Unrecht*, Berlin, 2023, p. 411 ss.

- GALLAS W., *Gründe und Grenzen der Strafbarkeit* (1964), in ID., *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlin, 1968, p. 1 ss.
- GALLETTI M., *Reciprocità e connessione. Responsabilità morale, relazioni, emozioni*, in *Psiche*, 1/2021, p. 57 ss.
- GARLAND D., *Pena e società moderna*, a cura di A. Ceretti, Milano, 1999 (trad. it. di *Punishment and Modern Society*, 1990).
- GERT H.J., RADZIK L., HAND M., *Hampton on the Expressive Power of Punishment*, in *Journal of Social Philosophy*, vol. 35(1), 2004, p. 79 ss.
- GIL GIL A., *Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena*, in *InDrept*, 4/2016.
- GIUNTA F., *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. 265 ss.
- GIUNTA F., *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, p. 343 ss.
- GIUNTA F., *La giustizia de-punitiva: contrizione e riconciliazione*, in *DisCrimen*, 2 settembre 2023.
- GLASGOW J., *The Expressivist Theory of Punishment Defended*, in *Law and Philosophy*, 34, 2015, p. 601 ss.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *Die Strafe: eine systemtheoretische Beobachtung*, in *Rechtsphilosophie*, 2005, p. 321 ss.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: El dolor penal como constructo comunicativo?*, in *InDret*, 2/2008 (<https://indret.com/>).
- GRECO L., *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlin, 2009.
- GRECO L., *Steht das Schuldprinzip der Einführung einer Strafbarkeit juristischer Personen entgegen? Zugleich Überlegungen zum Verhältnis von Strafe und Schuld*, in *GA*, 2015, p. 503 ss.
- GRECO L., *Kants Insel. Zu den guten und schlechten Gründen gegen die Vergeltungstheorie*, in *FS für U. Sieber*, Teilband I, Berlin, 2020, p. 27 ss.
- GRECO L., *Strafe als Bürgerpflicht? Reflexionen zur Straftheorie von Michael Pawlik*, in *FS für M. Sancinetti*, Berlin, 2020, p. 105 ss.
- GRISPIGNI F., *Corso di diritto penale*, vol. I, Padova, 1932.
- GROSS H., *A Theory of Criminal Justice*, New York-Oxford, 1979.
- GÜNTHER K., *Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe*, in *FS für K. Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, p. 205 ss.
- GÜNTHER K., *Criminal Law, Crime and Punishment as Communication*, in A. DU BOIS-PEDAIN, A.P. SIMESTER, U. NEUMANN (eds.) *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*, London, 2004, p. 123 ss.
- GÜNTHER K., *Responsabilità e pena nello stato di diritto*, a cura di L. Ceppa, Torino, 2010.

- HABERMAS J., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2013 (trad. it. di *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1992).
- HAGEMANN O., MAGIERA K., *Restorative Justice und Wiedergutmachung: was ähnlich klingt, ist nicht dasselbe*, in T. BARTSCH u.a. (Hrsgb.), *Resozialisierung, Opferschutz, Restorative Justice. Grundlagen und Rahmenbedingungen*, Baden-Baden, 2023, p. 57 ss.
- HALLICH O., *Strafe*, Berlin-Boston, 2021.
- HAMEL R., *Strafen als Sprechakt. Die Bedeutung der Strafe für das Opfer*, Berlin, 2008.
- HAMPTON J., *The Moral Education Theory of Punishment*, in *Philosophy & Public Affairs*, vol. 13(3), 1984, p. 208 ss.
- HAMPTON J., *The Retributive Idea*, in J.G. MURPHY, J. HAMPTON, *Forgiveness and Mercy*, Cambridge, 1988, p. 111 ss.
- HAMPTON J., *An Expressive Theory of Retribution*, in W. CRAGG (ed.), *Retributivism and Its Critics, ARSP*, Beiheft 47, Stuttgart, 1992, p. 1 ss.
- HAMPTON J., *Correcting Harms versus Righting Wrongs*, in *Ucla Law Rev.*, vol. 39(6), 1992, p. 1659 ss.
- HANNA N., *Say What? A Critique of Expressive Retributivism*, in *Law and Philosophy*, vol. 27(2), 2008, p. 123 ss.
- HART H.L.A., *Law, Liberty, and Morality*, Oxford, 1963.
- HART H.L.A., *Responsabilità e pena. Saggi di filosofia del diritto*, a cura di M. Jori, Milano, 1981 (trad. it. di *Punishment and Responsibility*, 1968).
- HASSEMER W., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Aufl., München, 1990.
- HASSEMER W., *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, in *FS für C. Roxin*, München, 2001, p. 1015 ss.
- HASSEMER W., *Darf der strafende Staat Verurteilte bessern wollen? – Resozialisierung im Rahmen positiver Generalprävention –*, in *FS für K. Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, p. 221 ss.
- HEGEL G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, in *Werke*, 7. Band, 15. Aufl., Frankfurt am Main, 2017.
- HOAG R., *Capital Punishment*, in *Internet Encyclopedia of Philosophy (IEP)*, 2018 (<https://iep.utm.edu/death-penalty-capital-punishment/#H4>).
- HONDERICH T., *Punishment. The Supposed Justifications*, London, 2006.
- HÖRNLE T., *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin, 1999.
- HÖRNLE T., *Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht*, in *JZ*, 2006, p. 950 ss.
- HÖRNLE T., *Claus Roxins Strafreoretischer Ansatz*, in *FS für C. Roxin*, Band I, München, 2011, p. 3 ss.
- HÖRNLE T., *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf. Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenslehre*, Baden-Baden, 2013.
- HÖRNLE T., *Anmerkung*, in *JZ*, 2015, p. 893 ss.

- HÖRNLE T., *Straftheorien*, 2. Aufl., Tübingen, 2017.
- HÖRNLE T., *Straftheorien*, in E. HILGENDORF, H. KUDLICH, B. VALERIUS (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, Band 1, Heidelberg, 2019, p. 507 ss.
- HÖRNLE T., *The Role of Victim's Rights in Punishment Theory*, in A. DU-BOIS PEDAIN, A.E. BOTTOMS (eds.), *Penal Censure: Engagements within and Beyond Desert Theory*, Oxford, 2019, p. 207 ss.
- HÖRNLE T., *Trends in angloamerikanischen Debatten zu Straftheorien*, in *GA*, 2023, p. 1 ss.
- HUSAK D., *Sentencing Pluralism*, in M.C. ALTMAN (ed.), *The Palgrave Handbook on Philosophy of Punishment*, Ellensburg, 2023, p. 419 ss.
- HYSENI E., *Shame Sanctions – eine (il)legitime Strafform?*, Berlin, 2023.
- INSOLERA G., *Sulla giustizia riparativa*, Napoli, 2023.
- JAHN M., ZIEMANN S., *Die Frankfurter Schule des Strafrechts: Versuch einer Zwischenbilanz*, in *JZ*, 19/2014, p. 943 ss.
- JAKOBS G., *Strafrecht AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., Berlin-New York, 1993.
- JAKOBS G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Madrid, 1996.
- JAKOBS G., *Sobre la teoría de la pena*, Bogotá, 1998.
- JAKOBS G., *Der Zweck der Vergeltung*, in *FS für N.K. Androulakis*, Athen, 2003, p. 251 ss.
- JAKOBS G., *La pena statale. Significato e finalità*, a cura di D. Valitutti, Napoli, 2019 (trad. it. di *Staatliche Strafe. Bedeutung und Zweck*, 2004).
- JAKOBS G., *Norm, Person, Gesellschaft*, 2. Aufl., Berlin, 1999; 3. Aufl. Berlin, 2008.
- JAKOBS G., *Sistema dell'imputazione penale*, trad. it. di *System der strafrechtlichen Zurechnung* (2012), a cura di L. Cornacchia, Napoli, 2017.
- KAHAN D.M., *What Do Alternative Sanctions Mean?*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 63(2), 1996, p. 591 ss.
- KAISER H., *Widerspruch und Harte Behandlung. Zur Rechtfertigung von Strafe*, Berlin, 1999.
- KALOUS A., *Positive Generalprävention durch Vergeltung*, Regensburg, 2000.
- KANT I., *Die Metaphysik der Sitten* (1797), in *Werkausgabe*, Band VIII, hrsg. von W. Weischedel, 19. Aufl., Suhrkamp, Frankfurt a.M., 2011.
- KARGL W., *Kommunikation kommuniziert? Kritik des rechtssoziologischen Autoipiesebegriffs*, in *Rechtstheorie*, 1990, p. 352 ss.
- KASPAR J., *Sentencing Guidelines versus freies tatrichterliches Ermessen – Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht?*, in *Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages Leipzig 2018*, Band I, Gutachten, München, 2018, C 9 ss.

- KASPAR J., *Neue Perspektiven der Generalprävention*, in *FS für D. Dölling*, Baden-Baden, 2023, p. 771 ss.
- KLEINFELD J., *Reconstructivism: The Place of Criminal Law in Ethical Life*, in *Harvard Law Review*, vol. 129(6), 2016, p. 1485 ss.
- KLEINIG J., *Punishment and Moral Seriousness*, in *Israel Law Review*, 25, 1991, p. 401 ss.
- KÖNIGS P., *The Expressivist Account of Punishment, Retribution, and the Emotions*, in *Ethical Theory and Moral Practice*, vol. 16(5), 2013, p. 1029 ss.
- KÖPKE T., *Zur straftheoretischen Rechtfertigung der späten Bestrafung hochbetagter NS-Verbrecher*, in M. VORMBAUM (Hrsg.), *Spätverfolgung von NS-Unrecht*, Berlin, 2023, p. 185 ss.
- KÜHL K., *Zum Missbilligungscharakter der Strafe*, in *FS für A. Eser*, München, 2005, p. 149 ss.
- LEE A.Y.K., *Defending a Communicative Theory of Punishment: The Relationship between Hard Treatment and Amends*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37(1), 2017, p. 217 ss.
- LIPKIN R.J., *Punishment, Penance and Respect for Autonomy*, in *Social Theory and Practice*, vol. 14(1), 1988, p. 87 ss.
- LUHMANN N., *Che cos'è la comunicazione?*, a cura di A. Cervolini, Milano, 2018.
- MACKIE J.L., *Morality and the Retributive Emotions*, in *Criminal Justice Ethics*, 1/1982, p. 3 ss.
- MAGNI S.F., *Responsabilità, merito e conseguenze*, in *Riv. filosofia*, 3/2018, p. 462 ss.
- MANES V., *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, 2022.
- MANNOZZI G., *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing americano*, Padova, 1996.
- MANNOZZI G., *La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla previsione legislativa alla prassi applicativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1219 ss.
- MANNOZZI G., (voce) *Giustizia riparativa*, in *Enc. dir.*, Annali X, Milano, 2017, p. 465 ss.
- MANNOZZI G., LODIGIANI G.A., *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017.
- MANNOZZI G., MANCINI R., *La giustizia accogliente*, Milano, 2022.
- MARRA R., *Durkheim sociologo del diritto penale. Sentimenti, riflessioni e valori nella produzione dei fatti normativi*, in *Dei delitti e delle pene*, 1/1984, p. 31 ss.
- MATHIESEN T., *Prison on Trial*, 3rd ed., Winchester, 2006.
- MATRAVERS M., *Duff on Hard Treatment*, in R. CRUFT, M.H. KRAMER, M.R. REIFF (eds.), *Crime, Punishment, and Responsibility. The Jurisprudence of Antony Duff*, Oxford, 2011, p. 68 ss.

- MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.
- MEIER B-D., *Strafrechtliche Sanktionen*, 5. Aufl., Berlin, 2019.
- MENGHINI A., *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Napoli, 2022.
- METZ T., *Censure Theory and Intuitions about Punishment*, in *Law and Philosophy*, 19, 2000, p. 491 ss.
- MILITELLO V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982.
- MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992.
- MOCCIA S., *Le teorie penali pure nel pensiero tedesco*, Napoli, 2023.
- MOHR G., *Unrecht und Strafe*, in L. SIEP (Hrsg.), *G.W.F. Hegel: Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 4. Aufl., Berlin-Boston, 2017, p. 83 ss.
- MOORE M.S., *Placing Blame. A Theory of Criminal Law*, Oxford, 1997.
- MORRIS H., *Persons and Punishment*, in *The Monist*, vol. 52(4), 1968, p. 475 ss.
- MORRIS H., *A Paternalistic Theory of Punishment*, in *American Philosophical Quarterly*, vol. 18(4), 1981, p. 263 ss.
- MORSELLI E., *La prevenzione generale integratrice nella moderna prospettiva retribuzionistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 43 ss.
- MÜHL J., *Strafrecht ohne Freiheitsstrafen – absurde Utopie oder logische Konsequenz?*, Tübingen, 2015.
- NAHMIA E., AHARONI E., *Communicative Theories of Punishment and the Impact of Apology*, in C. SURPRENANT (ed.), *Rethinking Punishment in the Era of Mass Incarceration*, New York, 2017, p. 144 ss.
- NARAYAN U., *Appropriate Responses and Preventive Benefits: Justifying Censure and Hard Treatment in Legal Punishment*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1993, p. 166 ss.
- NEUMANN U., *Aufgabe des Strafrechts und Strafbegründung*, in U. KINDHÄUSER, C. KREB, M. PAWLIK, C.-F. STUCKENBERG (Hrsg.), *Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*, Tübingen, 2019, p. 257 ss.
- NOVAK A., *Comparative Executive Clemency. The Constitutional Pardon Power and the Prerogative of Mercy in Global Perspective*, London, 2016.
- NOZICK R., *Spiegazioni filosofiche*, a cura di G. Rigamonti, Milano, 1987 (trad. it. di *Philosophical Explanations*, 1981).
- NUSSBAUM M.C., *Rabbia e perdono. La generosità come giustizia*, Bologna, 2017 (trad. it. di *Anger and Forgiveness. Resentment, Generosity, Justice*, 2016).
- NUVOLONE P., voce *Pena*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 787 ss.
- OHLIN J.D., *Applying the Death Penalty to Crimes of Genocide*, in *American Journal of International Law*, vol. 99, 2005, p. 747 ss.
- PADOVANI T., *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981.

- PADOVANI T., *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 798 ss.
- PAGLIARO A., *Funzioni della pena criminale*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1846 ss.
- PALAZZO F., *Relazione introduttiva. La "riforma Cartabia" e l'evoluzione del sistema sanzionatorio italiano*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *La riforma Cartabia tra non punibilità e nuove risposte sanzionatorie*, Trento, 2023, p. 1 ss.
- PALAZZO F., BARTOLI R., *Corso di diritto penale. Parte generale*, 9^a ed., Torino, 2023.
- PALIERO C.E., *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed "effetti penali" dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 467 ss.
- PALIERO C.E., *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 447 ss.
- PARLATO L., *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Palermo, 2012.
- PAVARINI M., *La pena "utile", la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo*, in *Rass. penint. e crimin.*, 1983, p. 1 ss.
- PAVARINI M., *Pena*, in *Enc. sc. soc.*, 1996, in www.treccani.it.
- PAVARINI M., *Il "grottesco" della penologia contemporanea*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, 2002, p. 255 ss.
- PAVARINI M., *Corso di istituzioni di diritto penale*, Bologna, 2013.
- PAWLIK M., *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, Berlin, 2004.
- PAWLIK M., *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Tübingen, 2012.
- PAWLIK M., *Das Strafrecht der Gesellschaft. Sozialphilosophische und sozialtheoretische Grundlagen von Günther Jakobs' Strafrechtsdenken*, in U. KINDHÄUSER, C. KREß, M. PAWLIK, C.-F. STUCKENBERG (Hrsg.), *Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*, Tübingen, 2019, p. 217 ss.
- PELISSERO M., *Una riforma tra obiettivi ambiziosi e resistenze di sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, p. 699 ss.
- PÉREZ BARBERÁ G., *Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución*, in *InDret*, 4/2014 (<https://indret.com/>).
- PÉREZ BARBERÁ G., *Probleme und Perspektive der expressiven Straftheorien. Eine diskursive und deontologische Rechtfertigung der Strafe*, in *GA*, 2014, p. 505 ss.
- PETERS K., *Strafe als Kommunikation. Zur Aktualität der Straftheorie G.W.F. Hegels*, Tübingen, 2024.
- PETROCELLI B., *La funzione della pena* (1934), in ID., *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, p. 83 ss.
- PITCH T., *Il malinteso della vittima*, Torino, 2022.
- PLATONE, *Gorgia*, a cura di F. Adorno, Roma-Bari, 1997.
- PRIMORATZ I., *Justifying Legal Punishment*, New Jersey, 1989.

- PRIMORATZ I., *Punishment as Language*, in *Philosophy*, vol. 64(248), 1989, p. 187 ss.
- PULITANÒ D., *Minacciare e punire*, in AA.VV., *Studi in onore di E. Dolcini*, I, Milano, 2018, p. 3 ss.
- PUPPE I., *Strafrecht als Kommunikation. Leistungen und Gefahren eines neuen Paradigmas in der Strafrechtsdogmatik*, in *FS für G. Grünwald*, Baden-Baden, 1999, p. 469 ss.
- QUINTON A.M., *On Punishment*, in *Analysis*, vol. 14(6), 1954, p. 133 ss.
- RADBRUCH G., *Filosofia del diritto*, a cura di G. Carlizzi e V. Omaggio, Milano, 2021 (trad. it. di *Rechtsphilosophie*, 1932).
- RAWLS J., *Two Concepts of Rules*, in *The Philosophical Review*, vol. 64(1), 1955, p. 3 ss.
- REIFF M.R., CRUFT R., *Antony Duff and the Philosophy of Punishment*, in R. CRUFT, M.H. KRAMER, M.R. REIFF (eds.), *Crime, Punishment, and Responsibility. The Jurisprudence of Antony Duff*, Oxford, 2011, p. 3 ss.
- RENZO M., *Pena*, in M. RICCIARDI, A. ROSSETTI, V. VELLUZZI (a cura di), *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, Torino, 2015, p. 207 ss.
- REX S., *Punishment as communication*, in A. BOTTOMS, S. REX, G. ROBINSON (eds.), *Alternatives to Prison. Options for an insecure society*, Devon, 2004, p. 113 ss.
- RICOEUR P., *Il diritto di punire* (2001), in L. ALICI (a cura di), *Il diritto di punire. Testi di Paul Ricoeur*, Brescia, 2012.
- ROBERTS J.V., DAGAN N., *The Evolution of Retributive Punishment: From Static Desert to Responsive Penal Censure*, in A. DU-BOIS PEDAIN, A.E. BOTTOMS (eds.), *Penal Censure: Engagements within and Beyond Desert Theory*, Oxford, 2019, p. 141 ss.
- ROBINSON P.H., *Distributive Principles of Criminal Law*, Oxford, 2008.
- ROBINSON P.H., *The Ongoing Revolution in Punishment Theory: Doing Justice as Controlling Crime*, in *Arizona State Law Journ.*, vol. 42(4), 2010, p. 1104 ss.
- ROBINSON P.H., DARLEY J.M., *Intuitions of Justice: Implications for Criminal Law and Justice Policy*, in *Southern California Law Rev.*, vol. 81(1), 2007, p. 1 ss.
- ROMANO M., *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in M. ROMANO, F. STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 151 ss.
- RONCO M., *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996.
- ROSS A., *Colpa, responsabilità e pena*, Milano, 1972 (trad. it. di *Skyld, ansvar og straf*, 1970).
- ROSTALSKI F., *Der Tatbegriff im Strafrecht. Entwurf eines im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen normativ-funktionalen Begriffs der Tat*, Tübingen, 2019.

- ROXIN C., *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe* (1966), in ID., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York, 1973, p. 1 ss.
- ROXIN C., *Prävention, Tadel und Verantwortung. Zur neusten Strafzweckdiskussion*, in *GA*, 2015, p. 185 ss.
- ROXIN C., *Anmerkung*, in *JR*, 2017, p. 88 ss.
- ROXIN C., GRECO L., *Strafrecht AT*, I, 5. Aufl., München, 2020.
- SACHS C., *Moral, Tadel, Busse: Zur Straftheorie von Antony Duff*, Baden-Baden, 2015.
- SALINGER F., *Über das kommunikative Moment in neueren, insbesondere expressiven Straftheorien. Einige kritische Anmerkungen*, in *FS für U. Neumann*, Heidelberg, 2017, p. 696 ss.
- SAYRE-MCCORD G., *Criminal Justice and Legal Reparations as an Alternative to Punishment*, in *Philosophical Issues*, vol. 11, 2001, p. 502 ss.
- SCALIA V., *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'esempio degli obblighi di protezione del diritto alla vita (I parte)*, in *Arch. pen.*, 3/2020.
- SCANLON T.M., *The Significance of Choice*, The Tanner Lectures on Human Values, Oxford University, 1986 (in [www. https://tannerlectures.utah.edu/_resources/documents/a-to-z/s/scanlon%20significance%20of%20choice.pdf](http://www.tannerlectures.utah.edu/_resources/documents/a-to-z/s/scanlon%20significance%20of%20choice.pdf)).
- SCHÜNEMANN B., *Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie*, in B. SCHÜNEMANN, A. VON HIRSCH, N. JARBORG (Hrsg.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, Heidelberg, 1998, p. 109 ss.
- SCHÜNEMANN B., *Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur – Gedanken zu Immanuel Kant und Heinrich von Kleinst*, in *FS für K. Lüderssen*, Baden Baden, 2002, p. 327 ss.
- SCHÜNEMANN B., *Ein neues Bild des Strafrechtssystems? Zugleich Rezension von Günther Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012*, in *ZStW*, 2014, p. 1 ss.
- SEELMANN K., *Does Punishment Honour the Offender?*, in A.P. SIMESTER, A. DU BOIS-PEDAIN, U. NEUMANN (eds.), *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*, London, 2004, p. 111 ss.
- SEHER G., *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.
- SEMINARA S., *Consenso sociale, populismo e diritto penale*, in www.giustizia-insieme.it, 10 giugno 2020.
- SGUBBI F., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*, Bologna, 2019.
- SILVA SÁNCHEZ J.M., *Tadel als public policy? Der strafrechtliche Vorwurf und die Arten von Straftaten*, in *FS für C. Prittwitz*, Baden-Baden, 2023, p. 193 ss.

- SKILLEN A.J., *How to Say Things with Walls*, in *Philosophy*, 1980, vol. 55(214), p. 509 ss.
- STAHN C., *Justice as Message. Expressivist Foundations of International Criminal Justice*, Oxford, 2020.
- STEA G., *Contributo alla descrizione del significato intrinseco della pena tra solidarietà comunitaria e dignità individuale*, in *Arch pen. web*, 2/2021.
- STEPHEN J.F., *A General View of the Criminal Laws of England*, London, 1863.
- STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, New York, 1873.
- STEPHEN J.F., *A History of Criminal Law of England*, vol II, London, 1883.
- STRAWSON P.F., *Freedom and Resentment and Other Essays*, London-New York, 2008.
- STÜBINGER S., *Der Vergeltungsgedanke bei Hegel und in der aktuellen Diskussion*, in K. VIEWEG ET AL. (Hrsg.), *200 Jahre Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 2022, p. 105 ss.
- SUNSTEIN C.R., *On Expressive Function of Law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 144, 1996, p. 2021 ss.
- TADROS V., *The Ends of Harms. The Moral Foundations of Criminal Law*, Oxford, 2011.
- TADROS V., *Punishment and the Appropriate Response to Wrongdoing*, in *Criminal Law and Philosophy*, vol. 11(2), June 2017, p. 229 ss.
- TASIOULAS J., *Punishment and Repentance*, in *Philosophy*, vol. 81(316), 2006, p. 279 ss.
- TASIOULAS J., *Repentance and the Liberal State*, in *Ohio Journal of Criminal Law*, vol. 4, 2007, p. 487 ss.
- TEN C.L., *Crime, Guilt, and Punishment*, Oxford, 1987.
- TONRY M., *Sentencing Matters*, Oxford, 1996.
- TONRY M., *Can Twenty-first Century Punishment Policies Be Justified in Principle?*, in ID. (ed.), *Retributivism has a Past. Has It a Future?*, Oxford, 2011, p. 3 ss.
- TUMMINELLO L., *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010.
- VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012.
- VASSALLI G., *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 297 ss.
- VENTUROLI M., *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015.
- VENTUROLI M., *Natura e confini dell'individualizzazione della pena nel giudizio di cognizione*, in E. MATTEVI, A. MENGHINI (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, Napoli, 2022, p. 79 ss.

- VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021.
- VIGANÒ F., *Diritto penale e diritti della persona*, in *www.sistemapenale.it*, 13 marzo 2023.
- VISCONTI A., *Teoria della pena e “shame sanctions”*: una nuova prospettiva di prevenzione o un caso di atavismo del diritto penale?, in AA.VV., *Studi in onore di M. Romano*, vol. I, Napoli, 2011, p. 633 ss.
- VITIELLO M., *The Victims' Rights Movement. What It Gets Right, What It Gets Wrong*, New York, 2023.
- VON BAR C.L., *Handbuch des Deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien. Erster Band: Geschichte des Deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, Berlin, 1882.
- VON HIRSCH A. (ed.), *Doing Justice*, New York, 1976.
- VON HIRSCH A., *Past or Future Crimes. Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*, New Brunswick, 1985.
- VON HIRSCH A., *Censure and Sanctions*, Oxford, 1993.
- VON HIRSCH A., *Punishment, Penance, and the State*, in M. MATRAVERS (ed.), *Punishment and Political Theory*, Oxford, 1999, p. 69 ss.
- VON HIRSCH A., *L'esistenza della istituzione della pena: rimprovero e prevenzione come elementi di una giustificazione*, in L. STORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, Milano, 2000, p. 121 ss.
- VON HIRSCH A., *Deserved Criminal Sentences*, Oxford, 2017.
- VON HIRSCH A., *Censure and Hard Treatment in the General Justification for Punishment: A Reconceptualisation of Desert-oriented Penal Theory*, in A. DU BOIS-PEDAIN, A.E. BOTTOMS (eds.), *Penal Censure: Engagements within and Beyond Desert Theory*, Oxford, 2019, p. 87 ss.
- VON HIRSCH A., ASHWORTH A., *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*, Oxford, 2005.
- VON HIRSCH A., HÖRNLE T., *Positive Generalprävention und Strafe*, in *GA*, 1995, p. 261 ss.
- VON HIRSCH A., JAREBORG N., *Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 11(1), 1991, p. 1 ss.
- VON HIRSCH A., ASHWORTH A., SHEARING C., *Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: A “Making Amends” Model?*, in A. VON HIRSCH, J. ROBERTS, A.E. BOTTOMS, K. ROACH, M. SCHIFF (eds.), *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford-Portland, 2003, p. 21 ss.
- WALGRAVE L., *Imposing Restoration Instead of Inflicting Pain: Reflections on the Judicial Reaction to Crime*, in A. VON HIRSCH, J. ROBERTS, A.E. BOTTOMS, K. ROACH, M. SCHIFF (eds.), *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford-Portland, 2003, p. 61 ss.

- WALGRAVE L., *Restorative Justice, Punishment, and the Law*, in M.C. ALTMAN (ed.), *The Palgrave Handbook on the Philosophy of Punishment*, Ellensburg, 2023, p. 613 ss.
- WALTER T., *Vergeltung als Strafzweck. Prävention und Resozialisierung als Pflichten der Kriminalpolitik*, in *ZIS*, 2011, p. 636 ss.
- WALTER T., *Strafe und Vergeltung. Rehabilitation und Grenzen eines Prinzips*, Baden-Baden, 2016.
- WERKMEISTER A., *Straftheorien im Völkerstrafrecht*, Baden-Baden, 2014.
- WOHLERS W., *Die Vergeltungsstrafe – mehr als ein weißer Schimmel?*, in *GA*, 2019, p. 425 ss.
- WRINGE B., *An Expressive Theory of Punishment*, London, 2016.
- WRINGE B., *Rethinking expressive theories of punishment: why denunciation is a better bet than communication or pure expression*, in *Philosophical Studies*, 2017, p. 681 ss.
- WRINGE B., *Expressive Theories of Punishment*, in M.C. ALTMAN (ed.), *The Palgrave Handbook on the Philosophy of Punishment*, Ellensburg, 2023, p. 245 ss.
- ZAFFARONI E.R., *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dogmatica giuridico-penale*, Napoli, 1994 (trad. it. di *En busca de las penas perdidas. Delegitimation y dogmatica juridico-penal*, 1989).
- ZAIBERT L., *Punishment and Retribution*, Burlington, 2006.
- ZAIBERT L., *Rethinking Punishment*, Cambridge, 2018.
- ZAIBERT L., *Rethinking Mixed Justifications*, in M.C. ALTMAN (ed.), *The Palgrave Handbook on Philosophy of Punishment*, Ellensburg, 2023, p. 221 ss.
- ZEDNER L., *Reparation and Retribution: Are They Reconcilable?*, in *The Modern Law Review*, vol. 57, 1994, p. 287 ss.
- ZIESMAN V., *Criminal Law without Punishment. How Our Society Might Benefit From Abolishing Punitive Sanctions*, Berlin-Boston, 2023.
- ZIMRING F.E., *La pena di morte. Le contraddizioni del sistema penale americano*, Bologna, 2009 (trad. it. di *The Contradictions of American Capital Punishment*, 2003).
- ZÜRCHER T., *Legitimation von Strafe. Die expressiv-kommunikative Straftheorie zur moralischen Rechtfertigung von Strafe*, Tübingen, 2014.