

## ATTUALITÀ

---

**MARISTELLA AMISANO**

### **Il Paese Delle Regole<sup>1</sup>**

Il moltiplicarsi delle regole sociali, giuridiche e giuridico-penali, dovuto alla convinzione socio-politica che nel diritto penale possa trovarsi la soluzione ad ogni ingiustizia e ad ogni problema sociale, fa in modo che ogni momento della vita dei consociati sia permeato dalla minaccia punitiva. Punire è diventata un'ossessione e, al tempo stesso, un problema. È giunto il momento di ripensare all'atto del punire per rendere la sanzione più efficace e conforme al dettato costituzionale, privandola della componente irrazionale della vendetta.

*The land of rules*

*The increasing of social, juridical and criminal rules, due to the socio-political conviction that the solution to every injustice and social problem can be found in criminal law, ensures that every moment of life is permeated by punitive threat. Punishing has become an obsession and, at the same time, a problem. It's time to re-think the act of punishing to make the sanction more effective and compliant with the constitutional provisions, removing each irrational revenge element.*

Può accadere che un episodio di vita comune, quotidiana, apra la nostra mente a riflessioni di portata più ampia, tanto da giungere a suggestioni sistematiche.

Ultimamente mi è capitato di andare in ristoranti ove il menù degustazione poteva essere servito solo qualora tutti i commensali lo scegliessero, qualora tutti desiderassero lo stesso e senza nessuna possibilità di cambiare una portata non gradita. Regole rigide ed impensabili in luoghi di svago che si frequentano immaginando di poter gustare ciò che si desidera e non ciò che viene imposto dallo chef. Un piccolo, piccolissimo esempio del proliferare delle regole, che vengono ad incidere su qualunque aspetto della nostra vita.

Ogni giorno rispettiamo un'infinità di regole che disciplinano il nostro comportamento: sono norme sociali che regolano la convivenza ed hanno principalmente lo scopo di ridurre i conflitti. Nell'esempio fatto, però, non vedo l'utilità *sociale* di regole siffatte. Basta guardarsi intorno per verificare il compulsivo proliferare di regole cui dobbiamo sottostare, relativamente alle quali è difficile individuare un'utilità sociale. Ed è del tutto naturale che quando un comportamento oggetto di regola diviene condiviso ed entra a far parte dei valori presenti in quel gruppo sociale, la regola diventa giuridica. La regola giuridica si differenzia dalle altre in quanto trae la sua forza imperativa

---

<sup>1</sup> Questo breve articolo è stato scritto durante il lungo periodo di quarantena a causa del COVID-19. Momento che ha favorito la riflessione ma che ha inevitabilmente reso più complicata la ricerca di fonti bibliografiche. Le opere che ho citato le avevo o cartacee o nel mio archivio virtuale. Mi scuso per le fonti, pur essenziali, che non ho citato poiché non ho avuto modo di reperirle per averne scienza diretta.

dall'ordinamento giuridico: lascia intatta la libertà naturale dei soggetti a cui l'imperativo si rivolge ma ricollega all'infrazione conseguenze giuridiche. Per questo si dice che le regole giuridiche sono coattive<sup>2</sup>.

Inevitabilmente il moltiplicarsi di regole di comportamento ed il moltiplicarsi delle regole generali e coattive incide sul moltiplicarsi di quelle regole a cui il sistema decide di attribuire la sanzione più afflittiva: quella penale<sup>3</sup>. In realtà non dovrebbe esserci, in linea teorica, nessun automatismo: non necessariamente un aumento di regole in altri settori dovrebbe risolversi in aumento di regole penali. Ma è con la realtà che dobbiamo misurarci. E l'analisi del concreto ci porta a verificare che oggi il diritto penale è utilizzato come minaccia in moltissimi ambiti. La scarsa efficienza delle misure non penali ha aumentato l'ambito di applicazione del diritto penale che, da *extrema ratio* nella gerarchia degli strumenti giuridici, è diventato *unica ratio*. Unico tentativo di limite al dilagare dell'infrazione delle regole di qualsivoglia natura<sup>4</sup>. Il che implica necessariamente uno scollamento dai beni giuridici, che si moltiplicano inseguendo necessità contingenti, scollegate da qualsivoglia politica criminale, financo la meno avveduta. Senza addentrarmi nel ginepraio delle teorie sull'ineffabile bene giuridico<sup>5</sup>, dal punto di vista ontologico e non dogmatico si trat-

<sup>2</sup> Sul concetto di norma non posso non citare opere risalenti nel tempo ma raffinatissime e dalle quali non può prescindersi. Fra le molte, ORTENSÌ, *La norma giuridica e la volontà*, 1921; TRICANI, *Il carattere categorico degli imperativi giuridici: teoria sul concetto e l'efficacia della norma giuridica*, 1923; CRISAFULLI, *Sulla teoria della norma giuridica*, 1935; PIOVANI, *Normatività e società*, 1949; BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, 1958; BOBBIO, *Norma giuridica*, 1965. Mi sia consentito citare anche il lavoro del professore con cui mi sono laureata e che tanto ha pesato sulla mia formazione: DI ROBILANT, *Osservazioni sulla concezione della norma giuridica come giudizio di valore*, 1957.

<sup>3</sup> Sul punto, si veda SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990, secondo cui la marea di leggi prodotta dall'interventismo e dal dirigismo dello Stato sociale-assistenziale si traduce nell'ipertrofia del diritto penale. Concetto ribadito nel recente libro dal titolo fortemente evocativo: *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Il Mulino, 2020.

<sup>4</sup> Si veda BRICOLA, *Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997.

<sup>5</sup> Si veda, in tema di bene giuridico, il significativo lavoro di ROCCO, *L'oggetto giuridico del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913. L'Autore rifiuta l'idea del legislatore come creatore di beni giuridici, negando, quindi, che un bene giuridico possa nascere per effetto di una disposizione penale. Osservazioni che valgono ancora oggi: la proliferazione incontrollata di norme penali non corrisponde ad un moltiplicarsi di beni giuridici. Per questa ragione, dunque, ho voluto parlare di "scollamento". A meno di voler richiamare il bene giuridico solo in maniera funzionale ad una mistificazione dei contenuti della legislazione positiva o alla legittimazione delle inesistenti scelte di politica criminale. Fondamentali in materia: STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, 1ss.; ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983; FIANDACA, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 1982, 43ss.

Di respiro più ampio, FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2000.

ta di uno dei principali luoghi di contatto tra dogmatica e politica criminale: costituisce il limite delle scelte di incriminazione del legislatore. Se la politica criminale è inesistente e il diritto penale arriva a sanzionare concezioni morali<sup>6</sup>, è chiaro che questo ha ripercussioni sia in termini di bene giuridico, sia, soprattutto di offensività<sup>7</sup>. Se dell'offensività non si voglia dare una definizione meramente formale.

Oggi è un dato di fatto l'inarrestabile espansione del diritto penale determinata dalla proliferazione di fattispecie bagatellari e meramente sanzionatorie, tipiche del diritto penale del rischio. Ove l'anticipazione della tutela penale diventa regola e non eccezione.

Non solo lamentano questo fenomeno gli addetti ai lavori<sup>8</sup> ma anche la società civile. In un editoriale del Corriere della sera Angelo Panebianco ha indicato fra i nemici della ripresa italiana "il panpenalismo, la debordante e soffocante presenza del diritto penale in tutti gli ambiti della vita sociale ed economica". E' una tendenza tanto radicata da essere stata definita panpenalismo culturale o di principio<sup>9</sup>.

Tristemente la tendenza contemporanea non riguarda soltanto l'aumento delle regole che dagli ambiti extra penali vengono ad aumentare il novero delle fattispecie sanzionate con le pene. All'estensione del campo della repressione si accompagna il ben noto fenomeno dell'appesantimento del regime delle

Sulla c.d. crisi del bene giuridico, FRANCOLINI, *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, Torino, 2014.

<sup>6</sup> Sul complesso rapporto tra etica e diritto penale, M. Donini ha affermato che "In Italia il diritto penale è diventato la nuova etica pubblica", intendendo che una condotta è censurabile solo se costituisce reato, mancando altrimenti un sistema di valori davvero eloquente e condiviso (DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)). Per contro, SGUBBI (*Il diritto penale totale*, cit., pp. 28-29) ribalta il concetto, ritenendo più congruente con la realtà attuale che non sia il diritto penale ad essere diventato etica pubblica, ma è l'etica pubblica che oggi si trasforma in diritto penale. Il *prius*, insomma, non sarebbe la legge penale ma l'etica, che verrebbe a forzare il perimetro della materia penale. Infatti, se fosse il diritto penale ad essere divenuto etica, avremmo il primato della certezza che potrebbe in tal modo influenzare il sentire sociale. Invece, l'etica pubblica, nei fatti, è mobile, storicamente condizionata e quindi incerta. A mio modesto avviso, alla visione di frecce che vanno in direzioni opposte: dall'etica al diritto penale e dal diritto penale all'etica, forse bisognerebbe sostituire una visione circolare in cui si va dall'etica al diritto penale e dal diritto penale all'etica, in una sorta di circolo vizioso che non arricchisce né l'etica né il diritto penale.

<sup>7</sup> Si veda, in materia, MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, *infra*.

<sup>8</sup> Secondo la visione di SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit., 23, il diritto penale è totale "perché ogni spazio della vita individuale e sociale è penetrato dall'intervento punitivo che vi si insinua". Il diritto penale è totale anche "perché è invalsa nella collettività e nell'ambiente politico la convinzione che nel diritto penale si possa trovare il rimedio giuridico a ogni ingiustizia e a ogni male sociale".

<sup>9</sup> PULITANÒ, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)

sanzioni.

Indagare le ragioni di tale stato di fatto mi porterebbe ad allontanarmi troppo dall'oggetto di queste riflessioni. In via del tutto generica possiamo rintracciare i motivi di questo inasprimento delle pene e gigantismo del sistema penale nella accresciuta e sempre crescente attenzione dei cittadini verso la devianza e nel senso di insicurezza, in parte alimentato dall'azione pubblica sulle questioni della sicurezza. Malgrado l'incertezza non costituisca sempre un male, nel corso dei secoli l'uomo è stato portato a ridurre, o meglio ancora eliminare, l'incertezza. E' forte la preoccupazione di che cosa succederà. Lo si vede dalle piccole cose, ad esempio le previsioni del tempo. Anche in ambito scientifico è solo di recente che si sta abbandonando l'idea della natura che obbedisce a leggi esatte per lasciare spazio ad una visione più flessibile. Ma l'incertezza genera dubbi ed i dubbi ci fanno sentire a disagio<sup>10</sup>. Da un lato, quindi, i cittadini sono sempre meno tolleranti di fronte ai fenomeni criminali che turbano le loro esistenze; dall'altro non si può negare che le istanze securitarie dei consociati vengano lette in chiave politica, alimentando un populismo che si rivolge a vantaggio della politica (o, almeno, di una certa politica). A ben guardare, la questione sicurezza è servita a dare un nome alle paure sociali ed ha riorganizzato il campo politico, creando nuove leadership. Il politico si afferma sulle divisioni e la questione sicurezza ha creato una nuova divisione: tra la popolazione vittima che teme e la popolazione pericolosa. D'altronde, è assolutamente vero che il disincanto per l'onnipotenza della ragione crea sentimentalismo sociale. Il criterio regolatore dei rapporti interpersonali oggi si basa sui sentimenti e non più sulla ragione. Ma, come ammonisce Ferrajoli, dietro l'eclissi della ragione sta il nemico<sup>11</sup>.

Populismo sembra essere una delle parole chiave per descrivere la realtà attuale. Malgrado la difficile definizione del concetto di populismo, mi pare colga nel segno l'idea secondo cui "una asserzione è populista se pretenda di affermare una verità che non ha (non è richiesto che abbia) un fondamento realmente democratico o scientifico, ma si desume da una volontà popolare che non può essere chiaramente verificata o provata"<sup>12</sup>. Che è proprio quel che sembra accadere oggi: c'è un'asserita necessità di sicurezza, in realtà disattesa dai fatti, che produce l'effetto di attribuire al diritto penale la funzione di

---

<sup>10</sup> In ambito scientifico si veda STEWART, *I dadi giocano a Dio?*, Torino, 2020, 3 ss.

<sup>11</sup> Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1998, 86ss.

<sup>12</sup> DONINI, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Scritti in onore di Gaetano, Insolera*, di prossima pubblicazione, p. 1

panacea di tutti i mali. Come è stato efficacemente detto<sup>13</sup>, c'è una fede nel diritto penale come se fosse una religione di massa. La proliferazione delle regole<sup>14</sup> e, conseguentemente, di quelle penali ha fatto in modo che il diritto penale diventasse la nuova "etica pubblica": "Può accadere che la nuova etica pubblica preesista e si armi dello strumento penale per affermarsi o che la si penalizzi per affermarla meglio: ma il vero *novum* è che si è compreso, o comunque "accettato" che la coscienza dell'illecito proprio non esiste -come percezione di dover essere davvero 'cogente'- prima che diventi criminale la sua trasgressione"<sup>15</sup>. Insomma, è come se fosse la minaccia del castigo a dare effettività a beni giuridici che diventano tali proprio a causa della minaccia. Un cane che si morde la coda. Una demagogia punitiva alimentata dalla cultura dell'odio, che a sua volta alimenta. Situazione che ha portato il Santo Padre, durante l'incontro avuto con l'Associazione internazionale dei professori di diritto penale il 15 novembre 2019 a dire che "una delle maggiori sfide attuali della scienza penale è il superamento **della** visione idealistica che assimila il dover essere alla realtà. L'imposizione di una sanzione non può giustificarsi moralmente con la pretesa capacità di rafforzare la fiducia nel sistema normativo e nelle aspettative che ogni individuo assuma un ruolo nella società e si comporti secondo ciò che da lui si attende". Monito ai giuristi, ma soprattutto al legislatore. Il Papa non è nuovo a questo tema. Già in altro incontro del 2014<sup>16</sup> ha affermato con tutta chiarezza che "negli ultimi decenni si è diffusa la convinzione che attraverso la pena pubblica si possano risolvere i più disparati problemi sociali, come se per le più diverse malattie ci venisse raccomandata la medesima medicina. Non si tratta di fiducia in qualche funzione sociale tradizionalmente attribuita alla pena pubblica, quanto piuttosto della credenza che mediante tale pena si possano ottenere quei benefici che richiederebbero l'implementazione di un altro tipo di politica sociale, economica e di inclusione sociale". Idea che si lega profondamente al prosieguo del discorso: al proliferare delle regole e delle norme penali si lega il problema della sanzione, che è portata ad andare oltre i propri limiti. Il problema è che gli schemi classici del diritto penale sono stati sovvertiti da questa nuova funzione attribuita all'ambito repressivo. Il carcere, secondo una

---

<sup>13</sup> DONINI, cit., 1

<sup>14</sup> La crescita dell'area del penalmente rilevante, anche in funzione simbolica e organizzatoria, è un dato fisiologico delle società contemporanee; diritto e processo penale sono caricati di aspettative "messianiche" a fronte di una sempre maggiore esautorazione della politica dalla trasformazione della società. In questo senso, CAROLI, *Non punibilità e indirizzo politico-criminale*, in *Sistema Penale* 29/9/2020.

<sup>15</sup> DONINI, cit., 8

<sup>16</sup> Incontro del 23 ottobre 2014, in [www.w2.vatican.va](http://www.w2.vatican.va)

felice espressione<sup>17</sup>, è diventato un ansiolitico sociale. Tuttavia, se tradizionalmente il crimine era il problema ed il castigo la sua soluzione, oggi il castigo è il vero problema. Il castigo è diventato un problema a causa del sovraffollamento carcerario, per il quale l'Italia è stata già più volte censurata dalla Corte E.D.U. E non solo. Si pensi al prezzo che per il numero delle persone detenute pagano le loro famiglie ma anche la comunità. A fronte di una criminalità che non diminuisce e di un sentimento di insicurezza sempre in crescita, indipendentemente dal numero di detenuti.

Si badi, infatti, che il vero problema sta nella inefficienza -arriverei a dire: inutilità- di un tale modo di procedere. Se, attraverso l'aumento delle norme penali e l'inasprimento delle pene edittali, si giungesse a ridurre la criminalità, si potrebbe anche accettare un periodo di processi a tappeto e di sovraffollamento carcerario, nella certezza che si tratti di situazione temporanea ed in via di risoluzione. La curva della criminalità potrebbe decrescere, risolvendo in maniera naturale i problemi ora lamentati. E con la diminuzione della criminalità forse potrebbe invertirsi anche la tendenza di voler punire con la sanzione massima ogni tipo di violazione, facendo tornare il diritto penale alla sua natura di *extrema ratio*. Ma non siamo in un sistema ideale. Occorre fare i conti con quel che accade nella realtà e le misure da decenni tentate dal nostro legislatore, lungi dal far decrescere la linea della criminalità, l'hanno portata verso una *escalation* inarrestabile.

La situazione è ben nota, senza necessità alcuna di enumerare gli effetti di questo sconsiderato incedere dei nostri legislatori penali.

Insomma: il castigo oggi è diventato il problema. Questo è il paradosso che caratterizza il diritto penale degli ultimi decenni e, come è facilmente intuibile, non esistono risposte facili per temi così complessi.

Quella di punire è diventata una "passione contemporanea". Passione<sup>18</sup> nel senso di parzialità, mancanza di obiettività o altro sentimento che turba la serenità del giudizio e della valutazione.

Indispensabile, quindi, per interrompere questo circolo vizioso diventa riflettere sul significato del castigo. Quando troppi sono gli elementi ed anche gli errori che vengono stratificandosi nel tempo, è difficile continuare a ragionare con gli stessi schemi. Occorre un processo di rottura che conduca alla sovversione dei consueti ed atavici schemi di ragionamento, per poter guardare al

---

<sup>17</sup> Rubo questa espressione a G. Fiandaca, che l'ha usata il 30 settembre 2020 nella sua relazione al Convegno organizzato dall'associazione Bricola in ricordo di Massimo Pavarini dal titolo "Carcere senza fabbrica".

<sup>18</sup> Il termine 'passione' evoca con chiarezza il sentimento irrazionale e quasi "pornografico" del castigo.

problema con altri occhi. E per poter raggiungere una diversa visione occorre partire da lontano, dal senso del castigo.

Il pensiero dei giuristi corre subito alla "società punitiva" di Foucault, che ha indagato -appunto- la dimensione punitiva delle società. Tuttavia Foucault ha inteso cogliere le specificità punitive della modernità occidentale, quindi è volutamente rimasto ancorato ai consolidati schemi mentali legati alla pena ed al castigo. Schemi che, per tentare soluzioni diverse, devono necessariamente essere messi in discussione. Anzi, occorre dimenticarli. Solo così si potrà verificare se sono gli unici possibili oppure no. Se dovessimo concludere che sono gli unici possibili, allora le strade per cambiare il modo di punire sarebbero quelle in parte già segnate ed anche tentate. Ci sarebbero spazi di cambiamento, ma sempre all'interno della concezione punitiva attuale. Se dovessimo verificare che non sono gli unici possibili, si aprirebbero orizzonti nuovi ed inesplorati, potenzialmente tanto rivoluzionari quanto migliorativi della situazione attuale.

Più facile a dirsi che a farsi. Pensare al castigo in maniera diversa da quello che abbiamo storicamente interiorizzato non è semplice: il castigo, la pena evocano opere di filosofia, teologia, filosofia del diritto, sociologia già ampiamente esplorate.

Non resta che l'approccio antropologico, che possa andare alla radice dei comportamenti umani e definire perché storicamente si sia pervenuti al nostro modo di intendere il castigo.

Ed è affidandomi a questa linea di ricerca che mi sono imbattuta in un libro<sup>19</sup> che addirittura nel titolo evidenzia la passione punitiva che caratterizza il nostro tempo. Confesso che, più avanzavo nella lettura e più avrei voluto essere io l'autrice di questo testo snello, dal linguaggio semplice, mai autoreferenziale, sempre attento al concreto ed alla realtà fenomenica e che arriva ad una conclusione in grado di scardinare l'idea del castigo per come ci sembra di intenderlo da sempre. Anche sotto questo aspetto vale la pena, di tanto in tanto, rompere gli schemi giuridici, anche della scrittura giuridica, per aprirsi ad esperienze nuove. Esperienze che possano far comprendere all'esterno della comunità scientifica le istanze che si agitano all'interno con un linguaggio ai più comprensibile. In tal modo si potrebbe forse arginare il pericolo del populismo, alimentato da interessi politici, ma facilitato dall'atteggiamento degli addetti ai lavori<sup>20</sup> che spesso restano nella loro *turris eburnea* a parlare,

---

<sup>19</sup> Questo breve lavoro si incentra sul libro di FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, Roma, 2018

<sup>20</sup> Va detto che l'Associazione italiana dei Professori di Diritto Penale ha deciso, negli ultimi tempi, di

con lo stesso linguaggio, con la stessa cultura giuridica, tra pari. In tal modo lo scambio di punti di vista, che pur c'è ed è vivace, si fonda sul medesimo substrato culturale- scientifico e non attinge strutture di altri settori. Per queste ed altre ragioni l'accostamento al problema del castigo da parte della antropologia critica mi ha fornito così tanti spunti.

Per antropologia critica Fassin intende un'attitudine a considerare i fatti e le situazioni non come il prodotto di una ineluttabile necessità, ma come il risultato di configurazioni particolari che si sono costituite nel tempo, che avrebbero potuto essere tutt'altro e che sono destinate a cambiare<sup>21</sup>. L'antropologia critica applicata al castigo unisce le metodologie proprie della genealogia, che ricerca gli sviluppi delle concezioni contemporanee in tema di delitto e castigo, e della etnografia, che permette di entrare in un determinato contesto sociale comprendendone i modi di pensare ed agire. L'idea è quella di comprendere perché siamo arrivati a punire così come facciamo oggi, mettendo in discussione ciò che sappiamo sul castigo. Senza esprimere quello che è oggi il castigo e senza pensare che quel che facciamo oggi sia la sola possibile risposta ai reati.

Il primo passo per affrontare la questione senza pregiudizi è quello di operare una distinzione tanto fondamentale quanto complessa tra punizione e vendetta. Teologi e filosofi se ne sono occupati ampiamente. Tommaso d'Aquino<sup>22</sup> riteneva che la differenza si collocasse nelle intenzioni di colui che voleva correggere la colpa: se voleva il male del colpevole era vendetta; se voleva per il colpevole un bene, pur passando attraverso il castigo, allora era punizione. Se pensiamo alla difficoltà di indagare l'elemento soggettivo che sorregge i reati, così come tutte le componenti psicologiche, ci rendiamo conto che tale criterio di distinzione appare oggi ingenuo ed impraticabile. Ha riportato la differenza tra vendetta e punizione sul piano oggettivo Robert Nozick<sup>23</sup>, individuando diversi elementi distintivi. In via di massima sintesi, possiamo dire che la punizione è proporzionale all'atto, implica una dimensione oggettiva ed obbedisce a criteri di portata generale; mentre la vendetta non si dà limiti, in-

---

aprire le sue prese di posizione sui temi che più toccano la società attuale all'esterno, attraverso comunicati che arrivano e contribuiscono a formare l'opinione pubblica. Iniziativa che è in linea con l'apertura che auspico e che necessariamente porterà anche a cambiare il linguaggio della comunicazione che, quando incontra altri saperi, deve rendersi comprensibile affinché di vera comunicazione possa parlarsi.

<sup>21</sup> FASSIN, cit., 38

<sup>22</sup> TOMMASO D'AQUINO, *La vendetta*, Questione 108, A1, in *La somma teologica*, Edizioni Studio Domenicano, 2014, 1040

<sup>23</sup> Faccio riferimento all'edizione italiana: NOZICK, *La punizione retributiva*, in *Spiegazioni filosofiche*, il Saggiatore, 1987, 409 ss. (traduzione di Rigamonti).

staura una relazione personale con l'autore del fatto, quindi è individuale e chiama in causa le emozioni. Elementi che da un lato sono descrittivi, dall'altro sono soltanto ideali perché, nella pratica, esistono forme di punizione a cui appartengono alcuni dei tratti tipici della vendetta. Per questo Fassin<sup>24</sup> cita Durkheim<sup>25</sup>: "Si dice che non facciamo soffrire il colpevole per farlo soffrire - ma è pur sempre vero che troviamo giusto che soffra". E' proprio questo il fatto. Il castigo porta con sé i germi della vendetta e questo ci porta ad attribuire come carattere della pena, cioè del castigo, l'inflizione di una sofferenza o altre conseguenze normalmente considerate sgradevoli<sup>26</sup>. Ma è sempre stato così? Sempre la pena è stata connotata dall'elemento dell'inflizione di una sofferenza? Secondo Fassin<sup>27</sup>, Nietzsche<sup>28</sup> è stato forse il primo grande autore a mettere in discussione l'evidenza del castigo come inflizione di una sofferenza, chiedendosi da dove venga questa idea così radicata e dandosi una risposta sorprendente: dal rapporto contrattuale tra creditore e debitore. Nietzsche è stato indotto alla risposta dalla lingua tedesca, in cui il concetto di colpa (Schuld) ha avuto origine da quello di debito (Schulden), per poi elaborarne una teoria. Il debitore, per ispirare fiducia nel creditore quanto alla sua promessa di rimborso, dava in pegno al creditore qualcosa su cui esercitasse potere. Poteva essere il proprio corpo, la propria donna, la propria libertà ed addirittura la vita. Emblematico, in proposito, il racconto del Mercante di Venezia. Da qui la nascita dell'idea che una insolvenza si punisse attraverso una sofferenza. Ampliando l'intuizione di Nietzsche, Fassin<sup>29</sup> individua tre elementi, ancora una volta empirici, che riguardano la relazione genealogica tra debito e castigo: uno filologico, uno etnologico ed uno storico. Dal punto di vista filologico, punire viene dal latino *punire*, che deriva da *poena*, a sua volta derivato dal greco *poînè*. Il significato primario di questi termini è "ottenere riparazione di un delitto", da cui, per estensione: compensazione, riparazione, punizione, castigo e pena. Il concetto di sofferenza, però, entra nel significato delle parole solo con il tardo latino. Stesso percorso segue l'etimologia di 'retribuire', che parte da un "dare in cambio" ed arriva alla connotazione morale di "punire". Queste osservazioni mostrano che la rete semantica in cui queste parole si inserivano era prima di tutto quella dello scambio; solo successivamente la dimensione del dolore e quella morale

<sup>24</sup> FASSIN, cit., 56

<sup>25</sup> DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, Edizioni di comunità, 1962, 106

<sup>26</sup> HART, *Punishment and Responsibility*, Oxford University press, 2008

<sup>27</sup> FASSIN, cit., 57

<sup>28</sup> NIETZSCHE, *La genealogia della morale*, Bur, 1997, 101, 102.

<sup>29</sup> FASSIN, cit., 58

hanno fornito alle medesime parole il senso del castigo imposto dal peccato. Dal punto di vista etnologico, ciò che conta, in materia di delitti e di castighi, non è il singolo individuo bensì il clan. Fassin si fonda sulle considerazioni di Oberg<sup>30</sup> che racconta che gli indiani dell'Alaska basavano ogni punizione sulla gerarchia del clan: se un uomo di rango inferiore uccideva un uomo di rango superiore di un altro clan, l'omicida era spesso lasciato libero, mentre uno dei suoi parenti di *status* più elevato moriva al posto suo<sup>31</sup>. Al contrario, se la vittima era di rango inferiore, si poteva accontentare il clan leso con un pagamento. La logica, insomma, era quella dello scambio in un'ottica -mi permetto di aggiungere- di mera pacificazione sociale. Ciò che colpisce, soprattutto nella visione sanzionatoria attuale, è la dissociazione tra l'autore dell'atto e l'esecuzione della sanzione. Opzione che è nell'ordinamento costituzionale vigente proibita dall'art. 27 della Cost., anche interpretato nella sua accezione più semplice e basilare. Il punto centrale, però, è che la violazione creava un *debito* che il gruppo doveva pagare e non una *colpa* che l'individuo doveva espiare. Elemento importantissimo per il discorso che stiamo conducendo: non esiste solo una giustizia fondata sulla punizione di una colpa ma anche una giustizia fondata sulla compensazione del debito. Tanto che anche oggi ci sono ordinamenti che mantengono entrambi i paradigmi. Fassin porta ad esempio il diritto musulmano<sup>32</sup> in cui, secondo le prescrizioni coraniche, la sanzione di un omicidio può assumere due forme, ben diverse fra loro: la legge del taglione per cui ad una morte deve corrispondere quella di chi l'ha cagionata e la compensazione finanziaria qualora accettata dalla famiglia della vittima. Da rilevare che la famiglia della vittima potrebbe anche rifiutare il pagamento per spirito di carità. Il che significa che la famiglia della vittima può perdonare. Soluzioni tra di loro in apparenza incompatibili, ma che danno conto del fatto che la pena intesa come inflizione di sofferenza non è l'unica concettualmente -né socialmente- prospettabile.

Ed allora si impone la risposta alla domanda che Fassin ha già posto: come si è passati, nelle società occidentali, da una logica della riparazione ad una logica della punizione?

L'Autore trova risposta nella Filosofia del denaro di Georg Simmel<sup>33</sup>. Quest'ultimo, interessandosi alla maniera in cui, storicamente, si sia trovato un

<sup>30</sup> FASSIN, cit., 60 cita il testo di OBERG, *Crime and Punishment in Tlingit society*, in *American Anthropologist*, vol. 36, n. 2, 1934, 145ss.

<sup>31</sup> Con buona pace -diremmo noi- del principio di responsabilità penale personale. Ma ogni sistema ha il suo diritto ed anche questo ci dimostra che le cose possono sempre avere approcci diversi.

<sup>32</sup> FASSIN, cit., 62.

<sup>33</sup> FASSIN, cit., 65; SIMMEL, *Filosofia del denaro*, 1984.

equivalente monetario alla vita umana, esamina il wergeld, pratica definita in ordinamenti di vari luoghi, tra cui l'Inghilterra e la Firenze medievale, ove prendeva il nome di guidrigildo<sup>34</sup>. Si tratta di una forma di compensazione finanziaria per l'uccisione di una persona; più precisamente: era una somma di denaro che stabiliva il valore teorico di un uomo o di una donna, ma anche di determinate lesioni quali la caduta di un dente, l'orecchio tagliato, una ferita al volto. L'intento mi pare fosse quello di evitare la faida, nell'ottica -ancora una volta- della pacificazione sociale.

Simmel ritiene che dal wergeld si passi alla pena in senso moderno per la concomitanza di due fattori. Innanzitutto, dal punto di vista politico, il contenzioso provocato dal reato non viene più regolato direttamente tra individui ma per tramite dello Stato e -soprattutto- della chiesa. Ciò significa che viene a far parte della sanzione l'elemento della violazione di un principio generale, morale o di legge. Inoltre, dal punto di vista sociologico, la differenziazione socioeconomica crescente ha reso la definizione di una sanzione adeguata, nel senso di "giusta", sempre più difficile. Per questo la compensazione del guidrigildo è stata abbandonata in favore di un atto criminale che assume sempre di più un significato generale.

Dal wergeld parte anche Foucault<sup>35</sup>, per concludere che è con l'aumento del potere della Chiesa e del re che la pratica della riparazione viene sostituita dalla redenzione. Insomma, è l'insinuarsi del peccato nel reato che viene a caratterizzare la punizione, anche in vista di un possibile perdono. Si può perdonare, infatti, solo se si parte da colpa e peccato. Nel momento in cui sono coinvolti i beni spirituali, quelli materiali fanno la loro scomparsa. Per modo di dire, però. Infatti, a ben pensare, il tema delle indulgenze consente proprio di unire entrambi. Con un bene materiale si può ottenere un bene immateriale. E' solo dal medioevo che il giudice, pur credendo nell'uso razionale della giustizia, siede sotto un crocifisso. A questo punto diventa chiaro che cambia totalmente il ruolo della sanzione: la punizione riscatta la colpa commessa. "Si fa soffrire ma si deve anche accettare di soffrire"<sup>36</sup>. Fassin continua la sua analisi corredandola di pratiche, connotazioni linguistiche<sup>37</sup>, episodi. Ma ciò che conta ai fini del presente discorso è già stato detto: già si è

---

<sup>34</sup> Si trattava di una indennità, introdotta con l'Editto di Rotari, ritenuta congrua a risarcire il danneggiato ed i suoi parenti nei casi di uccisione ed era commisurata a seconda del valore sociale dell'offeso. Secondo la "tabella", un uomo libero valeva più di uno schiavo ma meno di una donna.

<sup>35</sup> FOUCAULT, *La società punitiva. Corso al College de France 1972-1973*, Roma, 2016, 133 e ss.

<sup>36</sup> FASSIN, cit., 68

<sup>37</sup> Si fa, ad esempio, riferimento all'accostamento tra *carcer* e *claustrum*, prigionia e monastero. FASSIN, cit., 68

verificato il passaggio dalla restituzione o compensazione all'economia morale del castigo. Realizzare un reato significa commettere un peccato, quindi la punizione deve cagionare quella sofferenza che si ritiene necessaria alla redenzione.

Consapevole che esistono variazioni nel tempo, nello spazio, nei cambiamenti delle politiche e delle legislazioni, Fassin individua tre elementi che caratterizzano la concezione odierna della punizione: l'individualizzazione della pena che estende la personalizzazione della colpevolezza attraverso il peccato; l'inflizione di una sofferenza che viene dalla concezione del dolore martirio-logica; il discorso della riforma morale che si lega alla teologia della redenzione salvifica<sup>38</sup>.

Ecco che possiamo riprendere il filo del discorso, aiutandoci con le conclusioni cui lo stesso Fassin perviene. L'idea della pena che oggi diamo per scontata, come se fosse sempre stata quella e da questa non ci si possa allontanare, è il frutto dell'evoluzione storica e di stratificazioni culturali, politiche, religiose. L'idea della sanzione come necessaria inflizione di sofferenza non è sempre esistita, nè si può trascurare l'aspetto psicologico dell'indignazione sociale di fronte all'infrazione ed il godimento di fronte alla sanzione: retaggio dell'idea di vendetta, presente nella nostra concezione di pena ma sottaciuta e mai palesata. E pensare che persino l'abolizione della pena di morte a favore del carcere, ammantata di prevenzione, nasconde un intento terribile. Dice Beccaria a proposito della pena di morte: " Non è l'intensità della pena che fa il maggior effetto sull'animo umano, ma l'estensione di essa; perchè la nostra sensibilità è più facilmente e stabilmente mossa da minime ma replicate impressioni che da un forte ma passeggero movimento... Non è il terribile ma passeggero spettacolo della morte di uno scellerato, ma il lungo e stentato esempio di un uomo privo di libertà che...ricompensa colle sue fatiche quella società che ha offesa, che è il freno più forte contro i delitti"<sup>39</sup>.

Le conclusioni di Fassin sono molto articolate e toccano vari aspetti della sanzione, soprattutto sottoponendoli alla verifica della realtà, unico vero banco di prova nella prospettiva dell'autore. Egli invita a riflettere su ciò che definiamo infrazione, sulla maniera in cui ci si mostra tolleranti nei confronti di alcune sue forme e intolleranti nei confronti di altre, indipendentemente dalla linea di politica criminale espressa dall'ordinamento considerato. Non vuole minimizzare le istanze securitarie dei cittadini ma desidera strapparle dal populismo. L'idea è quella di "aprire una breccia nel cumulo di false prove che han-

<sup>38</sup> FASSIN, cit., 73.

<sup>39</sup> BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Castelvechi, 2014, 117 e ss.

no permesso l'espansione illimitata dell'istituzione sociale attraverso la quale le società contemporanee rispondono alle più disparate perturbazioni dell'ordine morale o legale, come se, per mancanza d'immaginazione o di coraggio, non sapessero concepirne altre.

Punire, dicono i filosofi e i giuristi, significa correggere un male, riparare ad un pregiudizio, riformare un colpevole, proteggere la società. La legittimità ultima del castigo dovrebbe allora essere il ripristino di un ordine sociale giusto minacciato dai fatti incriminati. Ma se il castigo non è quello che diciamo che sia, se non è giustificato dalle ragioni che crediamo, se favorisce la reiterazione delle infrazioni, se punisce in eccesso rispetto all'atto commesso, se sanziona in funzione dello *status* dei colpevoli piuttosto che della gravità dell'infrazione, se prende di mira prima di tutto le categorie precedentemente definite punibili e se contribuisce a produrre e riprodurre le disuguaglianze, non diventa allora esso stesso una minaccia all'ordine sociale?<sup>100</sup>. L'ideale della prevenzione si unisce saldamente a quello dell'inflizione della sofferenza.

Le considerazioni di Fassin ci mettono di fronte ad una realtà che chi frequenti le aule di giustizia ed i penitenziari conosce molto bene. Queste considerazioni partono dalla realtà della storia ed alla realtà tornano con piena attualità.

Ed allora forse è giunto il momento di cambiare un modo di intendere la pena che non è immutabile, che non è immanente e che -quel che più conta- non è efficace. Non è solo la pena carceraria ad essere messa in discussione, è il sistema della pena. Sistema che è così importante da stingere su tutto il diritto penale: che senso ha, tanto per fare un esempio, un processo giusto se la sanzione che irroga non lo è? La sanzione -è scontato dirlo- è il cardine del sistema penale: se è ingiusta, lo è tutto il sistema. Ma per cambiare ci vuole coraggio. Un coraggio che il legislatore, animato da tiepidi tentativi, non ha ancora avuto.

E' del tutto normale che ci sia una certa resistenza al cambiamento: esiste addirittura una formula matematica, la c.d. formula di Gleicher, per misurare questa resistenza, che dimostra quanto il dato sia reale. Ma un cambiamento in ordine alla sanzione penale si impone. Si impone una riflessione che sappia guardare al problema con occhi nuovi, sovvertendo gli schemi a cui siamo abituati da centinaia di anni. Come ho accennato, esistono timide incursioni del nostro legislatore in un campo sanzionatorio innovativo. Ma il tentativo più vicino ad una nuova forma di sanzione mi pare riguardi, non un tipo di

---

<sup>100</sup> FASSIN, cit., 153

pena, bensì una causa di estinzione del reato. Il ragionamento può apparire un po' contorto e cercherò di renderlo più esplicito. E' quasi passata sotto silenzio l'introduzione nel nostro ordinamento penale della messa alla prova di cui all'art. 168 bis c.p. Probabilmente la scarsa applicazione pratica che se ne è sino ad ora fatta, in una con i non pochi problemi interpretativi e, di conseguenza, applicativi che la norma introdotta ha suscitato hanno impedito che si cogliesse appieno la portata innovativa che la messa alla prova per i soggetti maggiorenni potrebbe avere all'interno del sistema penale.

Parlare di messa alla prova significa inevitabilmente prendere le mosse dall'istituto previsto nel processo minorile.

La giustizia per<sup>41</sup> i minori è il settore di ordinamento penale ove mi pare che si sia pensato realmente a sanzioni alternative al carcere ed a quella rieducazione che costituisce principio costituzionale. Se è vero che le peculiarità della minore età costituiscono elemento che deve orientare la pena verso una direzione che tenga conto della psiche e delle capacità intellettivo volitive ancora non interamente formate, mi sembra altrettanto vero che gli approdi che hanno dato risultati nell'ambito della giustizia minorile ben potrebbero darli anche con soggetti maggiorenni. Nel caso della messa alla prova, il legislatore sembra proprio aver seguito il filo logico ora suggerito, ma -come anticipavo- senza il coraggio di andare fino in fondo. L'idea è quella di trovare un modo per risolvere la rottura creata dal reato attraverso uno strumento che prescindendo dai precedenti del reo e mira al suo recupero attraverso la mobilitazione di risorse personali ed idonee risorse ambientali. Infatti il consenso alla messa alla prova da parte del soggetto a cui è applicata è fondamentale per dimostrare un'adesione reale ad un progetto condiviso. Consenso che non è previsto nel caso della messa alla prova nel processo per i minorenni: il dato dimostra una reale attenzione alla portata rieducativa, che ha possibilità di successo solo se c'è una sincera convinzione in tal senso da parte del reo. Questo non significa che la messa alla prova per adulti non possieda carattere afflittivo: il progetto di messa alla prova prescrive condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato e, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato. Inoltre, è imposto un periodo di lavoro di pubblica utilità non retribuito, oltre al programma di volontariato o di prescrizioni che possono costituire limitazione di diritti, come ad esem-

---

<sup>41</sup> L'uso della locuzione "per i minorenni" mi è stato suggerito dal dott. Paolo Fasoli, che mi ha fatto riflettere sulla circostanza che la giustizia minorile è e deve essere al servizio dei minori e sempre nel loro interesse. Lo ringrazio per avermi dimostrato, ancora una volta, la sua sensibilità di studioso e - soprattutto - di uomo da anni al servizio della giustizia.

pio la libertà di movimento<sup>42</sup>. Le prescrizioni sono severe e presentano i caratteri dell'afflittività, persino eccessiva rispetto al novero dei reati per i quali è possibile richiedere, ex art. 168 bis c.p., la messa alla prova. Infatti, si tratta di un catalogo eterogeneo di reati, privi di un criterio unificante se non quello estrinseco della volontà legislativa<sup>43</sup>, per i quali spesso è consentita la sospensione condizionale della pena. Soluzione che è più agile e meno gravosa rispetto alla richiesta di messa alla prova e che spiega la scarsa fortuna che sino ad ora l'istituto ha incontrato. Che la messa alla prova per gli adulti abbia un carattere afflittivo è dimostrato da almeno altri due dati particolarmente significativi perchè vengono da pronunce della Corte costituzionale. Per comprendere il primo elemento dobbiamo fare un passo indietro. E' stata sollevata questione di legittimità costituzionale degli articoli 29 DPR 448 del 1988 e 657 bis c.p.p. nella parte in cui non prevedono che, in caso di esito negativo della prova, il giudice ridetermini la pena da eseguirsi, tenuto conto della consistenza e delle limitazioni patite e del comportamento tenuto dal minore durante la stessa, come avviene per gli adulti. La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 68 del 2019 ha dichiarato infondata la questione stabilendo a chiare lettere una grande differenza tra la messa alla prova degli adulti e quella dei minorenni: per i minori le prescrizioni imposte sono orientate a stimolare un percorso rieducativo che non può essere considerato una sanzione anticipata, bensì una offerta educativa che non può essere scomputata dalla pena. Il che significa che il contenuto afflittivo della messa alla prova di cui all'art. 168 bis c.p. non è messo in discussione. Anche il secondo dato è un *obiter dictum* di una sentenza della Corte Costituzionale. L'elemento più problematico della messa alla prova è che questa si traduce in una sanzione che prescinde dall'accertamento della responsabilità. A meno che il giudice debba pronunciare sentenza di proscioglimento ex art. 129 c.p.p., non entra nel merito dell'imputazione e non accerta la responsabilità del reo. Sollecitata ad esprimersi sul punto, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 91 del 2018, ha voluto "salvare" l'istituto della messa alla prova dichiarando infondata la

---

<sup>42</sup> Per una disamina completa degli istituti della messa alla prova per i minorenni e per i maggiorenni, delle loro interazioni e differenze, si veda FASOLI, *Minori di età e maggiorenni. La messa alla prova: istituto a metà tra il diritto penale e il diritto processuale penale*, in *Cass. pen.*, 9, 2020, 3484 e ss.

<sup>43</sup> Si veda, sul punto, Miedico, *Sospensione del processo e messa alla prova anche per i maggiorenni*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14/4/2014. In proposito, la Corte Costituzionale con ordinanza n.54 del 2017 ha stabilito che, malgrado il catalogo dei reati per i quali è possibile richiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova sia eterogeneo, la valutazione discrezionale del giudice rende la scelta non manifestamente irragionevole: l'ordinamento reagisce all'ampio novero di situazioni concrete garantendo margini cospicui di individualizzazione del trattamento.

questione sulla scorta di questa argomentazione. La messa alla prova è un procedimento speciale alternativo al giudizio, di cui va riconosciuta soprattutto natura sostanziale. L'interessato esprime il suo consenso al progetto, manifesta quindi la sua volontà di adesione ad un programma sociale. Egli, rinunciando al procedimento ordinario, spezza la sequenza cognizione-esecuzione, invertendo il normale succedersi: è un ribaltamento del tradizionale sistema di "intervento sanzionatorio" poiché le prescrizioni della messa alla prova hanno sì carattere sanzionatorio ma non detentivo né penale, in quanto incoercibili e dalle finalità specialpreventiva e risocializzante. Dice la Corte: "Se è vero che nel procedimento di messa alla prova manca una condanna, è anche vero che correlativamente manca un'attribuzione di colpevolezza: nei confronti dell'imputato e su sua richiesta (non perché è considerato colpevole), in difetto di un formale accertamento di responsabilità, viene disposto un trattamento alternativo alla pena che sarebbe stata applicata nel caso di un'eventuale condanna"<sup>44</sup>.

L'unione di questi elementi è univoca nel dimostrare la natura sanzionatoria della messa alla prova: una sanzione che non è propriamente una pena<sup>45</sup> ma che ha gli stessi effetti e che ci fa realmente ripensare all'atto del punire o del non punire: estinguere il reato. La messa alla prova costituisce, in questo senso, un primo passo nel cambiamento dell'ottica del punire. Cambiamento i cui segnali si intravedono, com'è noto, nella c.d. giustizia riparativa<sup>46</sup>. Ma è ancora su una forma di non punire che vorrei soffermare la mia attenzione.

Infatti, il legislatore potrebbe percorrere anche un'altra strada per arrivare a risultati che non riguardano il *come* punire bensì il riportare il diritto penale alla sua funzione di *extrema ratio*, evitando l'ipertrofia penalistica di cui i nostri tempi sono vittima. Di nuovo il legislatore ha fatto un timido passo in questo senso ma, ancora una volta, senza il coraggio necessario per ottenere

---

<sup>44</sup> Corte cost. n. 91 del 2018.

<sup>45</sup> Se la messa alla prova fosse una pena, risponderebbe, almeno in parte, alle richieste propugate per tutta la sua vita da M. Pavarini: il carcere non è l'unica pena; non bisogna escludere socialmente bensì fare della pena un'opportunità sociale. Fra le molte opere, si veda FERRARI, PAVARINI, *Basta dolore e odio. No prison*, Apogeo, 2018. Va detto, però, che, successivamente a *Carcere e fabbrica*, Pavarini ha abbandonato l'idea rieducativa. Ma solo quell'idea rieducativa che passa attraverso il carcere, che non è altro che pura incapacitazione.

<sup>46</sup> Sulla giustizia riparativa si vedano le pagine di Donini, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in *Questione giustizia*, ottobre 2020. L'Autore ha una visione epistemologica diversa rispetto alla restorative justice tradizionale. Il giudice, non deve aggiungere un male al male già commesso attraverso l'inflizione di una pena, ma dovrebbe offrire l'alternativa di un percorso riparativo che dalla pena subita passa alla pena agita. La riparazione, da mero onere, dovrebbe diventare programma da parte dello Stato.

risultati significativi. Penso all'art. 131 bis c.p., inserito con decreto legislativo 28 del 2015. Si tratta di una causa di esclusione della punibilità<sup>47</sup> per i reati per i quali la pena edittale non supera nel massimo i cinque anni, quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, l'offesa risulta di particolare tenuità ed il comportamento non è abituale. Il legislatore ha voluto sottrarre alla punibilità i fatti che presentano un'offesa talmente esigua da far apparire la sanzione come sproporzionata. Come ha sottolineato la Corte costituzionale<sup>48</sup>, "Il fatto particolarmente lieve, cui fa riferimento l'art. 131 bis c.p., è comunque un fatto offensivo, che costituisce reato e che il legislatore preferisce non punire, sia per riaffermare la natura di *extrema ratio* della pena e agevolare la "rieducazione del condannato", sia per contenere il gravoso carico di contenzioso penale gravante sulla giurisdizione". Insomma: il comportamento costituisce reato, quindi supera la soglia di offensività (non siamo in presenza del furto dell'acino d'uva, tanto per intenderci con un caso di scuola) e dovrebbe essere sanzionato. Ma l'ordinamento decide di non punirlo. Le regioni sono molteplici, dalla natura deflattiva del carico processuale dovuta alla obbligatorietà dell'azione penale, a quella -per quel che ci interessa, più rilevante- di riportare il diritto penale nel suo alveo di *extrema ratio*. Per la verità, l'istituto non era nuovo ed ancora siamo riportati al processo per i minorenni, che tanti spunti potrebbe fornire anche per contrastare la devianza degli adulti. Nel processo minorile si può pronunciare sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto se ricorrano tenuità del fatto, occasionalità del comportamento e non ci sia pregiudizio alle esigenze educative del minore. Allo stesso modo, nel procedimento davanti al giudice di pace opera la causa di non punibilità se il fatto commesso è di speciale tenuità, il danno o il pericolo sia esiguo e l'occasionalità del comportamento non giustifichi l'esercizio dell'azione penale. Seppur espresso in maniera non sempre coerente, l'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto si raccorda con l'altrettanto generale presupposto dell'offensività della condotta, requisito indispensabile per la sanzionabilità penale di qualsiasi fatto in violazione di legge.

Come si concilia il tentativo di cambiare il modo di sanzionare con quello di non sanzionare i fatti di particolare tenuità? Ritengo che i problemi di cui è

---

<sup>47</sup> Appena la norma è stata introdotta ci si è interrogati circa la natura giuridica dell'istituto. Secondo una impostazione processual-penalistica si tratta di una condizione all'azione penale; secondo un'idea sostanziale, è una causa di non punibilità. La giurisprudenza di legittimità ha stabilito la natura sostanziale: è una causa di esclusione della punibilità.

<sup>48</sup> Si veda l'ordinanza 279 del 2017, richiamata nella sentenza n. 156 del 21/7/2020.

afflitto il sistema penale non possano risolversi con azioni singole e prive di visione d'insieme. Un sistema è, appunto, un sistema: una connessione di elementi in un tutto organico e funzionalmente unitario o, in altri termini, un complesso di strumenti o elementi strutturali destinato a particolari fini. Se il populismo richiede la sanzione penale per un novero sempre maggiore di comportamenti, porre un argine che eviti tale sanzione per i fatti che presentino una lieve offensività è il primo passo per cambiare il modo di punire attraverso il non punire. Quando le istanze sociali si spingono a chiedere una pena sempre più afflittiva, bisogna spezzare la catena e pensare ad un nuovo modello di sanzione. Occorre dare un nuovo significato, guardare il mondo della criminalità senza occhiali dalle capacità distorsive. Mi rendo conto che il problema, prima ancora che giuridico, è sociale. Come far accettare ai seguaci del populismo penale che a fronte della commissione di un reato, il soggetto non viene punito perché gli viene applicata una causa di non punibilità? Come far comprendere che il soggetto che ha commesso un reato ed accetta un percorso di risocializzazione non deve scontare nessuna pena in quanto, se il progetto è andato a buon fine, il suo reato è estinto? Con un cambiamento della cultura giuridico-sociale. Se siamo passati dalle pene corporali al vedere quelle stesse pene con orrore e disprezzo, significa che è possibile cambiare il modo di vedere la sanzione penale senza pensare che ogni pena sia inadeguata, troppo lieve. Senza, insomma, quel germe di vendetta e di compiacimento alla vista del dolore altrui che tanto ricorda il fratello buono nella parabola del Figliol prodigo.