

DIBATTITI

VINCENZO PACILEO

L'Orestea di Eschilo oggi: dalla vendetta alla pena

Prendendo spunto dalla trilogia eschilea, che nelle Eumenidi descrive il passaggio dalla vendetta privata alla giustizia amministrata da un organo pubblico, si chiarisce come l'antica vendetta avesse una funzione di pacificazione sociale e ci si interroga se, per contro, il sistema penale moderno non conservi qualche forma di retaggio vendicatorio, mentre al contempo la nuova giustizia riparativa, pur con i suoi evidenti limiti, apra alla riconciliazione tra offensore e vittima.

Aeschylus' Oresteia Today: From Vengeance to Punishment.

Taking inspiration from the trilogy by Aeschylus, describing the transition from the private revenge to the public justice, it becomes clear that the ancient revenge had a function of social reconciliation, while, on the contrary, the modern penal system keeps some vindictive aspects, nonetheless the reparative justice, also with evident limits, opens to the reconciliation between the offender and the victim.

SOMMARIO: 1. *Dike* contro *Dike*. – 2. La vendetta come riequilibrio dell'ordine violato. – 3. Il circolo vizioso. – 3.1. Il retribuzionismo. – 3.2. Da Norimberga a Baghdad. – 4. Dalla *poinè* alla giustizia riparativa. – 4.1. La "pena naturale". – 5. L'interpretazione costituzionalmente conforme e la riqualificazione del fatto. – 5.1. Perché non convince la disapplicazione da parte del giudice comune della pena editale sproporzionata. – 6. Conclusioni.

1. *Dike* contro *Dike*. Una voce di sorprendente modernità ci giunge ancora dopo 2500¹ anni per raccontarci, nelle vesti mitiche della tragedia – dall'inaspettato *happy end* –, il passaggio dalla "vendetta" di sangue – primitivo-tribale e poi protostorica – quale risarcimento dell'offesa subita e riscatto dell'onore macchiato, alla "pena" come ricomposizione, non necessariamente cruenta, della pace sociale.

La rappresentazione più completa degli esiti estremi della saga sanguinaria degli Atridi è nell'*Orestea*, la trilogia di Eschilo che riprende il penultimo (l'uccisione di Agamennone ad opera della sposa Clitemnestra e del suo amante Egisto: *Agamennone*) e l'ultimo (il matricidio per mano di Oreste,

¹ «L'Orestea, soprattutto attraverso le Eumenidi, è un'opera fondante di ogni discorso sulla penalità e la sua giustizia, che segna un passaggio epocale, relativo non solo all'epoca specifica in cui viene scritta, ma con riferimento a ogni epoca» (BARTOLI, *Giustizia vendicativa, giustizia riparativa, costituzionalismo*, Estratto dal volume *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2022, 546, <https://discrimen.it/wp-content/uploads/Bartoli-Giustizia-vendicativa-giustizia-riparativa.pdf>). Molti giuristi, e non giuristi, hanno dissertato sull'archeologia del diritto e la giustizia con particolare riguardo all'antica Grecia. Per es. (in parte citati nel testo).

istigato dalla sorella Elettra: *Coefore*) episodio del mito, fino al *dénouement* del giudizio dell'Aeropago (il tribunale) ateniese sul destino di Oreste (*Eumenidi*).

La vicenda e il suo trattamento letterario interessano anche il diritto punitivo contemporaneo. Non è, allora, un caso che abbiano suscitato le riflessioni di non pochi giuristi.

Le Erinni, figlie di Urano (soppiantato poi dal figlio Crono, e questi dal di lui figlio Zeus) e di Madre Terra (Gea), ovvero della Notte², sono operatrici di Giustizia secondo le antiche leggi del matriarcato, e quindi le vendicatrici dei crimini. Oreste, braccato dalle Erinni per il suo misfatto, da pagare con la morte, si appella ad Atena, nel cui tempio si è rifugiato. Per dirimere la questione Atena istituisce l'Aeropago come tribunale della *polis*, davanti a cui ciascuna parte in causa propone le sue ragioni (di morte e di vita). In soccorso di Oreste giunge Apollo, che si assume la responsabilità di averlo egli spinto all'azione secondo un oracolo comandato direttamente da Zeus. Atena, protettrice di Oreste, si riserva l'ultimo voto, che prevarrà in caso di parità. Così Oreste avrà salva la vita, concordando Atena con Apollo che il matricidio non merita la morte («Io non ebbi madre che mi generasse / e propendo sempre per l'uomo / [...] perché sono tutta del padre»³, essendo nata direttamente dalla sua testa secondo il mito).

Un nuovo destino offre Atena alle Erinni come protettrici della città, cercando di convincerle con la «Persuasione», personificazione del *logos* divino. Le Erinni accettano il patto e si trasformano in Eumenidi, rinunciando al ruolo di vendicatrici e favorendo per il futuro la pace sociale in Atene, affinché non regnino «né anarchia né dispotismo». E aggiunge la dea: solo «Rispetto e Timore / tratterranno i cittadini dal commettere ingiustizia», e ancora: «E non bandite ogni timore dalla città: / quale mortale, che nulla teme, rimane giusto?»

Così alle vecchie e superate, divinità ctonie, sanguinarie e vendicatrici, succedono i nuovi dèi della razionalità e della persuasione⁴, prefigurando i principi

² KERÉNYI, *Gli dèi e gli eroi della Grecia*, Milano, 2015, 51-52.

³ ESCHILO, *Eumenidi*, Torino, 1956 (a cura di CARENA), *Episodio Terzo*, 406.

⁴ Anche se la persuasione può essere peggiore della violenza, come nel *Filottete* sofocleo, in cui il protagonista viene circuito da Odisseo per ottenere l'arco di Eracle (D'AGOSTINO, *Bia. Violenza e giustizia*

cardine della filosofia classica di Platone e di Aristotele. Non dimentichiamo, però, che quanto noi traduciamo come “vendetta” e come “giustizia” nelle *Eumenidi* sono indicate entrambe con il medesimo termine: “*dike*”.

Quando si chiosa che nel finale delle *Eumenidi* Eschilo ci presenta «l’invenzione della giustizia»⁵, l’osservazione è condivisibile se la si intende riferita al suo aspetto ordinamentale. Effettivamente, il finale prefigura addirittura il processo accusatorio, con un giudice terzo che decide dopo avere ascoltato nel contraddittorio le ragioni delle parti (*audita et altera pars*).

Quanto alla “giustizia” in senso sostanziale, anch’essa, come l’essere di Aristotele, «si dice in molti modi. Tuttavia stona con il senso comune di giustizia di oggi come, forse, di allora la sorte riservata ad Oreste⁶. Nel caso concreto quella di Eschilo è ancora una giustizia divina che, sebbene vada umanizzandosi⁷ con l’abbandono della vendetta, in definitiva si realizza comunque con un atto di imperio, di ordine politico⁸ (nel senso che è teso ad assicurare la pace sociale della *polis*)⁹, giurisdizionale solo nella forma, per giunta falsata da un duplice stratagemma.

Da una parte, il matricida verrà assolto, pur contro il volere di più della metà dei cittadini, per effetto del voto prevalente di Atena¹⁰. Dall’altra, Apollo, il Lossia (l’Ambiguo, l’Obliquo), il sofista – potremmo dire in questo caso – lo

nella filosofia e nella letteratura della Grecia antica, Milano, 1983, 60-61).

⁵ OST, *Mosè, Eschilo, Sofocle. All’origine dell’immaginario giuridico*, Bologna, 2004, 123.

⁶ In effetti Oreste è autore di un omicidio volontario, consapevole, intenzionale, in quanto tale da punire con la morte o l’esilio con la confisca dei beni. D’altra parte, le contingenze (l’ordine del dio) e le motivazioni del gesto (la vendetta per l’assassinio del padre) potrebbero giustificare la qualificazione come omicidio δίκαιος (legittimo), per il quale non era prevista alcuna sanzione (PUCCI, *Del delitto e delle pene di un matricida. Oreste tra φόνος ἐκούσιος e φόνος δίκαιος*, in *Lexis*, 2024, 1, 43, 45).

⁷ DE ROMILLY, *La tragedia greca*, Bologna, 1996 (orig. *La tragédie grecque*, Paris, 1970, 57, 59).

⁸ Dulla legittimità di una lettura “politica” dell’*Oresteia* v. PENTA, *Da ΔΙΚΕ “punizione” a ΔΙΚΕ “legalità”: la giustizia nell’Oresteia di Eschilo*, in *Apollinaris*, 2000, 529-530.

⁹ Nell’*Antigone* sofoclea è rappresentato un analogo scontro tra rispetto delle leggi non scritte (l’obbligo di sepoltura dei morti, specie dei familiari) e obbedienza alle leggi positive della *polis*, di cui Creonte è custode. Anche qui la contrapposizione, inizialmente giuridica, diventa di natura politica (VIOLANTE, *Antigone*, in CARTABIA-VIOLANTE, *Giustizia e mito*, Bologna, 2018, 89).

¹⁰ Aristofane, da dissacratore degli dèi qual era, avrebbe potuto commentare in proposito: «[...] che io vinca lo stesso, anche solo per un voto!» (ARISTOFANE, *Gli uccelli*, trad. CORBATO, Novara, 1973, 141). Nel commentare la regia di D. Livermore dell’*Oresteia* si è osservato che il voto di Atena è «espressione di un potere indiscutibile. In tal modo la barbarie del passato rinasce in forme nuove, e la giustizia torna ad essere arbitrio» (FIORE, «*Oresteia*, o della giustizia ambigua, 2023, in <https://www.controscena.net/enricofiore2/?p=9131>).

difende vittoriosamente con l'artificio dialettico di pretendere che egli non sia in realtà figlio di sua madre, perché è il maschio attraverso il proprio seme l'unica vera forza generatrice¹¹.

E, infatti, la Trilogia è stata interpretata come espressione della transizione dal matriarcato, impersonificato dalle Erinni, al nuovo mondo patriarcale, cioè a un nuovo ordine sociale, dove la donna conta ben poco ed è segregata in casa¹² (ad Atene, diversamente da Sparta, dove alle donne era riconosciuta ben maggiore considerazione e libertà)¹³.

La questione non riguarda, però, soltanto la storia della Grecia antica, in particolare del diritto attico, ma ci interpella ancora oggi. Si può continuare a parlare di "vendetta" nel diritto penale moderno? C'è solo un abissale iato tra "vendetta" e "pena" in termini di natura giuridica e di (s)proporzione qualitativa, o alcune affinità permangono, accomunandole?

2. *La vendetta come riequilibrio dell'ordine violato.* È probabilmente eccessivo definire «epocale»¹⁴ la svolta nel sistema punitivo messo in scena nelle *Eumenidi*. Infatti, già le leggi di Draconte sul finire del VII secolo – sopravvissu-

¹¹ A proposito della *mechanè* (artificio) usato dal dio è stato osservato: «Apollo fa saltare il nesso di causalità che è presupposto della *dike* delle Erinni; la sua *dike* non è basata sui fatti, ma su una parola capziosa, insidiosa, che con i fatti ha una relazione obliqua perché li manipola (che il figlio venga generato dalla madre è innegabile), li distorce, e li nasconde sotto la forma di una persuasione seduttiva. [...] La violenza fisica delle Erinni ha un suo adeguato corrispondente nella forzatura verbale di Apollo» (PEPE, *Conflitto vs. diritto, vendetta vs. giustizia? La prima legge scritta e l'istituzione del processo ad Atene*, in *Conflitto e Diritto. Una prospettiva interdisciplinare*, a cura di Massa Pinto, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, 32/2024, 150-151). Peraltro, il contesto culturale dell'epoca, così come attribuiva alla donna in ogni spazio sociale (salvo l'*oikos*) un rango nettamente inferiore a quello dell'uomo, altrettanto poteva *coerentemente* distinguere la forza generatrice esclusivamente maschile dalla funzione di mero ospite del seme assegnata alla donna (CURI, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Torino, 2019, 38 ss.)

¹² Eppure, sono figure femminili, anche quando connotate da tratti negativi, le indimenticabili protagoniste della tragedia attica come Antigone, Medea, Fedra, Elettra, Alceste.

¹³ Nell'*Orestea* di Euripide il destino del giovane è addirittura radioso, perché siederà sul trono di Argo, sebbene non solo sia autore dell'assassinio della madre, che pur era figlia di Zeus (attraverso Leda) come la gemella Elena, ma anche di analogo tentativo nei confronti di quest'ultima (salvata poi da Apollo, che la eleverà tra gli dèi) per vendetta contro Menelao che si è sottratto al compito di perorare la sua causa, scampandolo dalla pena capitale; e altrettanto con l'intento di mutarne l'atteggiamento minaccia di sgozzarne la figlia Ermione (che in fine Apollo gli assegna come sposa). Un modo di agire da meritare a lui, a Elettra e a Pilade, fraterno amico e compagno di nefandezze, l'appellativo dei moderni di «terzetto di banditi» (cit. da ROMAGNOLI, *Le tragedie di Euripide*, Bologna, 1960, II, 491).

¹⁴ PALIERO, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena - Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2, 486.

te con modesti mutamenti fino all'epoca classica, a cui risale la tragedia (rappresentata nel 458 a.C.) – prevedevano che l'autore di omicidio fosse portato in giudizio, sebbene ancora esclusivamente ad opera della famiglia di appartenenza dell'ucciso e non dalla autorità pubblica. È altresì rilevante che si distinguesse tra volontarietà e involontarietà del delitto, con la conseguente irrogazione della pena capitale (eseguita dal boia della città) nel primo caso, mentre nel secondo era stabilito l'esilio¹⁵, che per coloro che godevano dello *status* di cittadino era una morte sociale¹⁶, con perdita di tutti i diritti e l'esposizione alla possibilità di essere uccisi impunemente da chiunque¹⁷.

È indubbio che la vendetta avesse un'ascendenza antica e che si sia conservata anche in periodi successivi. Tuttavia, essa aveva ben altro che la sola connotazione negativa che le assegnano le società “civilizzate”, erigendola a esecrabile tabù morale e giuridico. Infatti, nel mondo antico la vendetta era lo strumento attraverso il quale si ripristinava un ordine infranto.

Nella concezione *cosmica* di Anassimandro (filosofo e astronomo greco del VI sec. a.C.) *dike* (giustizia) e *adikia* (ingiustizia) contendono tra loro. L'ordine unitario del cosmo viene violato in seguito alla nascita di ogni ente particolare. Per ricomporre l'indistinto dell'unità (*apeiron*) occorre, perciò, un movimento uguale e contrario, che si realizza con la morte dell'individuo. Già in questa figurazione si troverebbe il germe della relazione tra colpa e pena¹⁸.

Accanto a quella naturalistica la vendetta si colloca all'interno della fondamentale dimensione religiosa, per esempio nel dio biblico Javhè, e più in generale nelle popolazioni dell'antichità. Del resto, le Erinni appartengono al mondo dei superi.

Ciò che, però, va sottolineato è che – come si diceva – la vendetta si esercita per rimarginare la ferita provocata dall'offesa subita. Né l'una né l'altra hanno

¹⁵ PEPE, *Conflitto vs. diritto*, cit., 144 ss.

¹⁶ V. per es. il doloroso vagabondaggio di Edipo nell'*Edipo a Colono*: dopo l'esilio da Tebe, vecchio e cieco, sorretto dalla figlia Antigone, giunge nel sobborgo di Atene, dove l'altra figlia Ismene gli porta la notizia del conflitto per il potere a Tebe degli altri due figli, Eteocle e Polinice, che si uccideranno l'un l'altro. Infine, Edipo verrà sepolto in un boschetto sacro per volontà di Teseo, re di Atene.

¹⁷ PALERMO, *Pena e vendetta: la linea sottile della reazione sociale*, in *Heliopolis*, 2021, 1, 9.

¹⁸ CURI, *Verso un nuovo paradigma*, in *Il castigo. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su giustizia, diritto di punire e pena*, *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2021, 3, 19.

un carattere puramente individuale, bensì coinvolgono la collettività, quanto meno la famiglia, o il clan, quando non l'intera tribù. È per questo che oggetto di vendetta può non essere il diretto offensore, ma altri del consesso a cui appartiene.

Di più, colui che reca offesa alle "leggi", che non sono meno sociali per il fatto di essere di origine divina, in particolare commettendo omicidio, provoca la contaminazione (*miasma*) della collettività, seminata dal morto invendicato, che ne deve perciò essere purificata¹⁹. Esempio il caso della peste di Tebe, dovuta al doppio massimo delitto (parricidio e incesto) di Edipo.

In questo senso la vendetta è anche un *dovere*, il cui adempimento consolida lo spirito identitario della comunità²⁰.

Un aspetto fortemente identitario sia collettivo che del singolo è quello che i greci chiamavano *timè*, ossia l'onore, la stima, la dignità, di cui il cittadino godeva all'interno della *polis*, si potrebbe dire il riconoscimento sociale, la reputazione, l'onore²¹.

Ebbene, l'aggressione nei confronti dell'altro costituisce, oltre al danno materiale, un'offesa alla sua *timè* e a quella del gruppo di appartenenza. L'offesa deve, perciò, essere esorcizzata dalla vendetta, per togliere appunto la macchia che ha arrecato alla *timè* e ripristinare l'equilibrio nello scambio sociale²². È significativo che *timè* abbia la medesima radice etimologica di *timoria*²³, termine che indica la vendetta, il castigo. A sua volta uno dei significati di *timè* è quello di soddisfazione, ricompensa, multa²⁴.

La punizione del delitto è quanto la vittima si aspetta e ricerca. Quando la esercita o la ottiene ne deriva un sentimento di soddisfazione o addirittura di piacere²⁵. In caso contrario montano frustrazione, dolore, ira.

Da quando c'è un giudice che sentenzia e commina (o meno) la pena questi

¹⁹ GIOMBINI, *I delitti e i discorsi. Diritto e retorica nelle tetralogie di Antifonte*, in *COLEX*, 2023, <https://d2eb79appvasri.cloudfront.net/erp-colex/openaccess/libros/6572.pdf>

²⁰ PALIERO, *Il sogno di Clitennestra*, cit., 511-512.

²¹ V. CANTARELLA, "Senza vendetta nella sala morrete" (*Odissea*, 2, 145), in *La giustizia vendicatrice*, a cura di Di Lucia-Mancini, Pisa, 2015, 164, a proposito del mondo omerico.

²² OST, *Mosè*, cit., 129-130.

²³ FIAMINGO *I riferimenti alla "vendetta" nei casi di ἀνομία e παρανομία: analisi lessicale e prospettive giuridiche nella tragedia greca*, in *Rhesis*, 2025, 36, nt 22.

²⁴ MONTANARI, *Vocabolario della lingua greca*, Torino, 2004.

²⁵ «Anche il vendicarsi è piacevole» (ARISTOTELE, *Retorica*, I(A), 11 1370b, 30).

meccanismi psicologici sono evidenti nella reazione della vittima, o dei suoi congiunti, alla decisione, che apparirà di volta in volta “giusta” perché severa oppure “ingiusta” perché ritenuta troppo mite.

Ma come si misura il castigo rispetto all’offesa, e come ciò è avvenuto e avviene?

In antico fu la “legge del taglione”.

Nonostante la sua rudimentalità concettuale e la sua esasperazione afflittiva – almeno per come possiamo giudicarla oggi –, essa era fondata su un principio di proporzionalità tra delitto e castigo, o meglio di uguaglianza degli estremi, e quindi era “equa” in senso etimologico. Del resto, se – come assumeva Nietzsche – la pena origina dal rapporto tra debitore e creditore²⁶ (in tedesco *Schuld* è tanto il debito quanto la colpa), allora che il debitore paghi il suo debito.

Così la sua perfetta equazione retributiva consente a Kant di erigere a sistema la *lex talionis* «come base “epistemologica” del diritto penale: una retribuzione la più vicina possibile al valore del bene offeso dal reato»²⁷.

Semmai, dal punto di vista tecnico il suo limite era nella rigidità dello schema punitivo, tale da non permetterne una modulazione per adeguarsi al caso concreto o un’alternativa, sebbene ciò potesse servire a evitare eventuali abusi. In realtà, come si vedrà, esistevano delle varianti, che ne annullavano l’automatismo.

È nell’Ottocento che, come è stato notato, venne messa in crisi la concezione della pena in funzione strettamente retributiva con la correlativa misurazione di questa sul valore del bene offeso, dal momento che, secondo Hegel, i diritti lesi e le pene sono eterogenei, non di uguale valore, anche se comparabili²⁸. Fino ad arrivare ai nostri giorni con affermazioni radicali secondo cui «la concezione della pena come giusta retribuzione traballa da ogni parte, sembra essere indifendibile»²⁹. Altri ha decostruito la categoria della colpevolezza

²⁶ DI GIOVINE, *Delitto senza castigo? Il bisogno di pena tra motivazioni razionali e istinti emotivi*, in *Il castigo. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su giustizia, diritto di punire e pena*, Quaderno di storia del penale e della giustizia, 2021, 3, 270.

²⁷ DONINI, *Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche. La decostruzione del rimprovero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 4, 1704-1705.

²⁸ DONINI, *Responsabilità*, cit., 1714.

²⁹ CURI, *Verso un nuovo paradigma*, cit., 21.

rimprovero- retributiva, ragionando che la “colpevolezza”, intesa non semplicemente come *responsability*, bensì come *accountability* (il rendere conto agli altri e a sé stesso delle proprie azioni), è *umanamente* vuota di contenuto, un noumeno inconoscibile, che si colloca al di là del fatto inteso come condotta materiale illuminata dall’elemento soggettivo, e perciò estranea al *thema probandum*³⁰.

Ma al di là delle riflessioni filosofiche o dogmatiche, *de jure condito* è stato soltanto con la legislazione premiale antiterrorismo degli “anni di piombo”³¹ che si è prodotta una drastica frattura della proporzionalità retributiva tra reato e sanzione³², dovuta a ragioni affatto estranee al rapporto sostanziale tra l’uno e l’altra, in quanto concepita come – e destinata a – strumento operativo di lotta al terrorismo, favorendo la collaborazione dei “pentiti”. Così inaugurando uno schema tra esclusioni di pena e iper-attenuanti, che per la sua efficacia è stato poi replicato molte volte³³.

Altre manovre normative sulla pena ne hanno segnato l’allontanamento dalla funzione puramente retributiva per orientarsi a nuovi *scopi* oltre quelli tradizionali di prevenzione generale e speciale, come ad esempio: le riduzioni di pena per la scelta del rito (patteggiamento e giudizio abbreviato), o l’esclusione stessa della pena in base ad una complessiva valutazione oggettiva e soggettiva del caso come nell’art. 131-bis c.p. (d.lgs. 10 ottobre 2022, n.

³⁰ DONINI, *Responsabilità*, cit., 1741-1742; DONINI, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. una “resa dei conti” con la prevenzione generale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1611. Per la denuncia dell’«autentico paradosso [che] è alla base del concetto di responsabilità» v. CURI, *Il colore dell’inferno*, cit., 199-200.

³¹ V. in particolare: artt. 4 e 5 D.L. 15 dicembre 1979, n. 625, conv. L. 6 febbraio 1980, n. 15; artt. 1 e 3 L. 29 maggio 1982, n. 304.

³² In senso fortemente critico COTTU, *Altre “soavi inquisizioni”: le tecniche premiali di rinuncia alla pena nella lotta al terrorismo contemporaneo*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 194 ss, https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/cottu2_1_17.pdf. Sulla necessaria proporzionalità della pena rispetto alla gravità del reato commesso v. anche FIANDACA, *Punizione*, Bologna, 2024, 76. Osserva, però, Pulitanò che la retribuzione-proporzione ha oggi un significato garantistico di soglia massima della pena infliggibile ma non comporta, all’opposto, alcun minimo inderogabile di reazione sanzionatoria (PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 1005 ss.).

³³ Si possono ricordare per es.: D.L. 13 maggio 1991, n. 152, conv. L. 12 luglio 1991, n. 203 per i “reati di mafia”; l’art. 73, co. 7 dpr 8 ottobre 1990, n. 309 in materia di stupefacenti; l’art. 630, co. 5 c.p. (L. 30 dicembre 1980, n. 894) per il sequestro di persona a scopo di estorsione; l’art. 625-bis c.p. (L. 26 marzo 2001, n. 128) per il furto; l’art. 517-quinquies c.p. (L. 23 luglio 2009, n. 99) per la contraffazione di prodotti alimentari a denominazione d’origine protetta; l’art. 452-decies c.p. (L. 22 maggio 2015, n. 68) per i reati ambientali; l’art. 323-ter c.p. (L. 9 gennaio 2019, n. 3) per alcuni reati contro la P.A.

150), o ancora i vari istituti promozionali della eliminazione delle conseguenze del reato (oblazione codicistica, sicurezza sul lavoro, ambiente, contravvenzioni in materia agroalimentare), anche con funzione riparativa come negli artt. 162-ter c.p. (L. 23 giugno 2017, n. 103), 168-bis c.p. (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150), 35 (d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274).

3. *Il circolo vizioso*. Ha scritto René Girard che deve essere affermata la non-differenza, l'identità della vendetta, del sacrificio rituale e del sistema penale³⁴. Ciascuno di questi strumenti ambisce a riportare nella comunità un ordine, un'armonia, quando sono stati infranti. Col rischio, peraltro, quanto alla vendetta, di innescare un processo *ad infinitum*, che deve essere fermato nell'interesse comune.

Nella sua densità simbolico-antropologica l'*Oresteia* contiene tutto intero questo percorso attraverso la rappresentazione del mito degli Atridi. In origine fu il *sacrificio* propiziatorio della figlia Ifigenia da parte di Agamennone per ottenere il favore degli dèi alla spedizione contro per il ratto di Elena. Di qui la *vendetta* di Clitennestra sul coniuge di ritorno in patria. Vendetta che chiama quella di Oreste ed Elettra sulla madre. Ecco che, per interrompere la sequela di sangue, Atena istituisce il *tribunale*, affinché la vendetta sia metabolizzata e neutralizzata.

Ma - questa la domanda - la pena del sistema giudiziario, anche come ora lo conosciamo, ha veramente abbandonato il suo carattere originario di vendetta, o lo ha solo dissimulato?

Secondo Girard il sistema giudiziario non ha soppresso la vendetta, anche se la limita ad un'unica rappresaglia definitiva: «Les décisions de l'autorité judiciaire s'affirment toujours come le *dernier mot* de la vengeance»³⁵. Non è un caso, riflette l'Autore, che da quando esiste il sistema penale abbiamo cominciato a contrapporre la "vendetta privata", espressione che non era pensabile

³⁴ GIRARD, *La violence et le sacré*, 2025, (1° ed. 1972), 42. Curiosamente troviamo questo inciso nell'*opus magnum* di Le Bon : « Ebbene, i nostri codici, e soprattutto la mentalità dei nostri magistrati, sono ancora intrisi dello spirito di vendetta del primitivo diritto di una volta » (LE BON, *Psicologia delle folle* (1895), Fano, 2019, 146 in nt.).

³⁵ GIRARD, *La violence*, cit., 29. Altrove: «[...] le système judiciaire [...] ce qui fait de lui la même que la vengeance»; «Si notre système nous paraît plus rationnel c'est, en vérité, parce qu'il est plus strictement conforme au principe de vengeance »; «[...] le système judiciaire *rationalise* la vengeance» (38-39).

nel mondo primitivo e antico, in quanto la vendetta era espressione di una collettività, di un gruppo, di una famiglia. Ebbene, quella espressione presuppone come contraltare una “vendetta pubblica”.

Il collante che le tiene unite è la reciprocità violenta, la retribuzione punitiva del male fatto³⁶. Sostiene Girard che nelle società primitive, ma lo stesso vale per il mondo descritto dalla tragedia greca, ha poca importanza chi sia il colpevole, lo sguardo è rivolto alle vittime, che devono essere soddisfatte, e quindi vendicate. Da ciò il rischio di propagazione della vendetta alternata della faida. Il sistema penale è chiamato a trovare una soluzione a questo paradosso, e lo fa cambiando la prospettiva: dalla vittima al colpevole³⁷ (tanto è vero, viene da dire, che fino ai primi timidi approcci del codice di rito del '89, e poi più organicamente con la riforma Cartabia, la persona offesa è stata relegata in secondo piano, salvo il rimedio della costituzione di parte civile per il risarcimento del danno, che però non è altro che l'innesto di un'azione civile nel processo penale). Tale mutamento si è potuto attuare ed essere tanto più efficace quando e quanto il sistema giudiziario è divenuto costrittivo, associato a un potere politico forte³⁸.

Senza appello è il giudizio – invero vagamente apocalittico – del filosofo, secondo cui «mancando una giustificazione razionale per la perpetuazione della sanzione, questa si presenta ormai apertamente per quello che è: vendetta sociale, afflizione irrazionale, sofferenza senza scopo», ancorata ad una religiosità «primitiva», che aumenta «il dolore del mondo», facendo riemergere l'antica concezione della vendetta.³⁹

Ciò avverrebbe in quanto la pena non sarebbe altro che «espiazione» in chiave originariamente religiosa come purificazione (ricordiamo che Oreste viene purificato da Apollo). Di qui, «Afflizione fine a se stessa, sofferenza totalmente gratuita, puro e semplice *pónos*, privo di corrispettivo»⁴⁰.

D'altro canto, non pochi giuristi hanno asseverato la persistente natura vendicativa che infiltra la pena contemporanea.

³⁶ GIRARD, *La violence*, cit., 30.

³⁷ GIRARD, *La violence*, cit., 37.

³⁸ GIRARD, *La violence*, cit., 39.

³⁹ CURI, *Il colore dell'inferno*, cit., 188-191.

⁴⁰ CURI, *Il colore dell'inferno*, cit., 109-110, 187-188.

L'articolazione del discorso è complessa.

L'*incipit* sta nell'osservazione che il superamento della vendetta privata e il radicamento della pena in un sistema giudiziario organizzato è stato reso possibile, e si regge, sul monopolio dell'esercizio della forza, in fin dei conti della violenza, da parte del potere politico. La prerogativa sanzionatoria dei tribunali viene così ad essere garantita da quel potere e nel contempo ne deriva che «Nel mondo moderno il diritto penale è “tecnologia del Leviatano”, lo Stato detentore del monopolio della forza [...] Non parla di giustizia»⁴¹.

Ciò può portare, come di fatto avviene, ad una sovraesposizione del penale attraverso la creazione di un “diritto penale del nemico” volto a reprimere il dissenso come tale, alla ipercriminalizzazione di condotte sgradite, alla emarginazione degradante di intere categorie di persone, e ad ogni ulteriore variante dell'afflizione penale a seconda delle “necessità” politiche del momento.

Il rimedio ad una simile deriva della legge va allora cercato e trovato nel “costituzionalismo” come argine all'eccesso di violenza pubblica, senza peraltro indulgere ad un altrettanto rischioso abolizionismo della pena⁴².

Per una schiera di giuristi la violenza dell'antica vendetta si è sublimata, conservandone lo spirito tanto da legittimarla, nella pena moderna in quanto afflizione del reo, ristorativa della vittima (e simbolicamente della società): “*punitur quia peccatum est*”, prima ancora che “*quia ne peccetur*”.

3.1. *Il retribuzionismo*. In chiave critica si è osservato che la base storica non meno che ideologica di una simile concezione della pena risiede nella natura *retributiva* che le si vuole riconoscere, quando già il rapporto tra il *malum* dell'offesa e il *bonum* della pena, che si assume corrispondenti, è in realtà incommensurabile⁴³.

⁴¹ PULITANÒ, *Problema castigo e principio responsabilità*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia - Il castigo. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su giustizia, diritto di punire e pena*, 2021, 3, 217. Nel medesimo senso BARTOLI, *Giustizia vendicativa, giustizia riparativa, costituzionalismo*, Estratto dal volume *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2022, 533, <https://discrimen.it/wp-content/uploads/Bartoli-Giustizia-vendicativa-giustizia-riparativa.pdf>.

⁴² BARTOLI, *Giustizia vendicativa*, cit., 531 ss.

⁴³ BATTEZZATO, *Il tempo della vendetta nella tragedia greca: l'Elettra di Euripide e l'Orestea di Eschilo*, in *Testo e Senso*, 2019, 19; EUSEBI, *Qualcosa di meglio della pena retributiva. In margine a C.E. Paliero, il mercato della penalità*, in *Sist. Pen. Web*, 2023, 2, https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1683025015_eusebi-pena-retributiva-studi-paliero.pdf.

In tal modo l'idea di retribuzione si presta a giustificare concezioni eticizzanti del diritto o francamente vendicative⁴⁴.

La ragione profonda della componente vendicativa della pena retributiva risiede nel fatto, è stato sostenuto, che «Essa contiene un *quid pluris*, perché il diritto penale non ripara nulla, castiga. È dunque scopo a sé stesso in una dimensione quanto meno espressivo-sociologico»⁴⁵.

O per meglio dire, si potrebbe azzardare, questo scopo si sostanzia nel dare soddisfazione alla vittima, che contiene una componente di piacere nel vendicarsi. Come aveva già osservato Aristotele: «Anche il vendicarsi è piacevole. Infatti ciò che è doloroso se non lo si ottiene, è piacevole a ottenersi: quelli che si adirano si addolorano estremamente se non possono vendicarsi, e godono se pensano di poterlo fare»⁴⁶.

Trattando della nascita della pena dall'alveo del rapporto debitore/creditore Nietzsche ha commentato: «Per il tramite della "pena" inflitta al debitore, il creditore partecipa di un "diritto signorile"; finalmente può godere del sentimento gratificante di poter disprezzare e maltrattare un essere umano come qualcosa che sta "sotto di lui" – o per lo meno, nel caso che il vero e proprio potere penale, l'applicazione di una pena sia già stata affidata "all'autorità", di "vederlo" disprezzato e maltrattato. La compensazione consiste dunque in un mandato e in un diritto alla crudeltà», cioè nel piacere di «di "far" soffrire»⁴⁷.

In tal modo, invece di un mero pareggiamento dei conti, si ottiene un «raddoppio del male», cioè un aumento del «tasso di dolore esistente nella società, sublimato in una soddisfazione giustiziera istituzionalizzata»⁴⁸.

E una pena come l'ergastolo, specie nella forma ostativa, sembra conservare il

⁴⁴ PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, X ed., 2023, 37.

⁴⁵ DONINI *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE. Un nuovo programma legislativo per la giustizia penale*, in *Sist. Pen. web* par. 8. Ed è certamente vero che la colpa non è "annullabile" attraverso l'irrogazione della pena (CURI, *Verso un nuovo paradigma*, cit, 21). Solo che con questo ragionamento, ed è in effetti la conclusione dell'A., è l'idea stessa di pena che viene "annullata".

⁴⁶ ARISTOTELE, *Retica*, I(A), 11 1370b, 30-33.

⁴⁷ NIETZSCHE, *Genealogia della morale. Uno scritto polemico* (1877), in <https://www.rodioni.ch/NIETZSCHE/genealogia.pdf>

⁴⁸ DONINI, *Riparazione*, cit., par. 12. Proprio quel "dolore" richiamato da Nietzsche nella *Genealogia*. Nel medesimo senso: MANNA, *La giustizia riparativa: tra luci ed ombre*, in *disCrimen*, 2023, <https://discrimen.it/la-justizia-riparativa-tra-luci-e-ombre/>, che contrappone alla pena la giustizia riparativa.

sapore della vendetta⁴⁹ (anche se lo scopo è di prevenzione).

Tuttavia la *damnatio* della pena retributiva pronunciata da alcuni giuristi contemporanei⁵⁰ appare eccessiva e non coerente con il sistema normativo.

Intanto, come si è visto, in antico la vendetta era sentita come un debito di giustizia (lo attesta, tra l'altro, l'uso promiscuo della parola "*dike*")⁵¹.

Di più, la giustizia vendicatoria⁵² «Ammette la vendetta come sentimento umano inevitabile, vissuto socialmente. [...] Questo *sociale* si intende come identità o riconoscimento dei valori della vita umana in una dimensione spazio-temporale definita [...] ci troviamo di fronte ad una "vendetta" che non è altro che l'appellarsi ad un sentimento profondo di giustizia [...] La pena, piuttosto, è un tipo di vendetta nascosta nell'idea della giusta retribuzione del reato. La giustizia assume la vendetta nelle pieghe della pena, nel suo più profondo pathos»⁵³. Semmai, è proprio il pregiudizio contro questo tipo di "vendetta" che le permette di nascondersi più facilmente negli ordinamenti moderni, favorendo abusi repressivi⁵⁴.

Inoltre, al di là della connotazione negativa che ha assunto la parola "vendetta", dopo che essa ha avuto un ben diverso significato nella storia

⁴⁹ BARTOLI, *La pena: giustizia o vendetta?* il ruolo dell'arte nella formazione del giurista al tempo del costituzionalismo moderno, in *Sist. pen. web*, 2021, 10; PALIERO, *Il sogno di Clitemnestra*, cit., 515.

⁵⁰ Per es.: DOLCINI, *La pena nell'ordinamento italiano, tra repressione e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 2, 383 ss.; DI GIOVINE, *La sanzione penale nella prospettiva delle neuroscienze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 2, 628. Conferma, invece, la persistente funzione retributiva della pena per es.: PADOVANI, *La 'pena naturale' al vaglio della Corte costituzionale*, in *Sist. pen. web*, 2024, 3, https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1713338596_padovani-pena-naturale.pdf. Nel medesimo senso PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 655.

⁵¹ «La logica della vendetta è quella della giustizia: il torto non *deve* restare impunito. Si tratta della prima forma di strutturazione sociale dell'esigenza fondamentale di punire il delitto. Si può rinunciare alla vendetta soltanto se un altro soggetto se ne fa carico». (SCIACCA, *Giustizia pubblica o giustizia privata?* *Filosofia della vendetta*, in *Heliopolis*, 2021, 11). Peraltro, la Corte EDU ha escluso che l'ergastolo sia di per sé contrastante con il divieto delle pene e dei trattamenti inumani o degradanti (Corte EDU, Garagin c. Italia, 29 aprile 2008, n. 33290/07; Corte EDU, Scoppola c. Italia, 8 settembre 2005, n. 10249/03). Diversamente con la decisione Viola c. Italia, 3 giugno 2019, n. 77633/16, in <https://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/isapi/hc.dl>, la Corte ha ritenuto la violazione dell'art. 3 CEDU quanto all'ergastolo ostativo, cioè in relazione a una modalità di esecuzione della pena.

⁵² V. PALERMO, *Pena e vendetta: la linea sottile della reazione sociale*, in *Heliopolis*, 2021, 1, 29 che rimanda alla distinzione operata da Verdier rispetto alla giustizia vendicativa.

⁵³ TERRADAS SABORIT, *La vendetta nell'ordinamento vendicativo*, in *La giustizia vendicatoria*, cit., 129, 130, 132. In senso critico di concezioni neo-retribuzioniste che introiettano i bisogni emotivi della collettività: Eusebi, *La "nuova" retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1338 ss.

⁵⁴ TERRADAS SABORIT, *La vendetta*, cit., 133.

dell'umanità, si direbbe che la sua automatica equiparazione alla "retribuzione", cioè al ristoro dell'offesa con un metro tendenzialmente uguale e contrario, così sconfessando la seconda attraverso la prima, sia una forzatura non giustificata di tipo aprioristicamente assiologico, se non ideologico.

Non è il retribuire un danno con altro danno che può delegittimare l'irrogazione della pena, salvi i casi di criminalizzazione di condotte prive di reale disvalore offensivo ovvero di eccesso punitivo, ma semmai possono esserlo le *modalità* sia normative sia pratiche con cui essa viene effettivamente scontata (senza dire che molte delle pene minori, anche detentive, che vengono inflitte non sono poi realmente eseguite perché "abbuonate" con il beneficio della sospensione condizionale).

La natura in primo luogo retributiva della pena è scolpita nella disposizione (art. 133 c.p.) che elenca i criteri ai quali il giudice deve attenersi nella sua graduazione, tra cui la gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato, nonché l'intensità del dolo o il grado della colpa.

L'art. 27 Cost. stabilisce la proiezione programmatica della finalità rieducativa della pena, ma non esclude altri scopi o funzioni della stessa.

Anzi, la Corte costituzionale ha sempre posto l'accento l' *in primis* sulla sua funzione retributiva, o anche afflittiva, della pena, sebbene nella sua evoluzione giurisprudenziale abbia sempre più valorizzato, per imperativo costituzionale, lo scopo di risocializzazione del condannato, anche in via privilegiata, ma senza mai disconoscere altri scopi o funzioni della pena.

Lo stesso parametro della *proporzionalità* che la pena individualizzata deve esibire la collega alla concreta gravità oggettiva e soggettiva del reato, e pertanto al grado di responsabilità «personale» e di rimproverabilità del suo autore⁵⁵. Si è precisato che il principio rileva non soltanto con riguardo al confronto tra fattispecie astratte (per rispetto del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost.), «quanto piuttosto in rapporto - direttamente - alla gravità delle condotte abbracciate dalla fattispecie astratta»⁵⁶.

⁵⁵ Corte cost., 18 aprile 2023, n. 94; Corte cost., 9 giugno 2021, n. 185; Corte cost., 25 febbraio 2021, n. 55; Corte cost., 7 aprile 2020, n. 73, in *www.italggiure.giustizia.it*. Peraltro, il principio di proporzionalità è stato ritenuto anche sotteso alla finalità rieducativa della pena.

⁵⁶ Corte cost., 6 marzo 2019, n. 112. Conf. Corte cost., 16 aprile 2024, n. 86, che richiama la prima. V. anche Corte cost., 4 luglio 1989, n. 386; Corte cost., 25 marzo 1997, n. 85, che attribuisce alla effettiva

Altre sentenze hanno convenuto sulla «esigenza retribuzionistica» della pena, precisando che la colpevolezza «costituisce il supporto retributivo-proporzionalistico, limitativo delle concezioni preventive (generali e speciali) della pena»⁵⁷; e ancora ne hanno sottolineato «i caratteri di afflittività e retributività»⁵⁸. Anzi, si è aggiunto che questi ultimi profili «riflettono le condizioni minime, senza le quali la pena cesserebbe di essere tale»⁵⁹.

Ancora di recente la Consulta ha ribadito il collegamento del principio di proporzionalità della pena ai principi costituzionali di necessaria offensività e di colpevolezza, il che significa che la pena costituisce la risposta a un danno colpevole⁶⁰.

Se si volesse assecondare la considerazione, peraltro psicologicamente non implausibile, di Nietzsche - «non dobbiamo sottovalutare in che misura proprio lo spettacolo delle procedure giudiziarie ed esecutive sia per il reo un impedimento a considerare il suo gesto, la specie della sua azione "in sé" come qualcosa di riprovevole: poiché egli vede che proprio la stessa specie di azioni è compiuta con buona coscienza al servizio della giustizia, ed è approvata»⁶¹ -, salterebbe non solo la funzione (anche) retributiva della pena, ma la finalità stessa di rieducazione, perché il reo non potrebbe metabolizzare in senso risocializzante la sua azione illecita.

Di nuovo, la questione non è la funzione retributiva della pena quanto il modo e il metro con cui essa è stabilita dal legislatore e applicata dal giudice.

espiazione «una specifica finalità di prevenzione, retribuzione e difesa sociale», tutte in www.italgiure.giustizia.it.

⁵⁷ Corte cost., 17 maggio 1989, n. 282, in www.italgiure.giustizia.it.

⁵⁸ Corte cost., 11 giugno 1993, n. 306, in www.italgiure.giustizia.it.

⁵⁹ Corte cost., 26 giugno 1990, n. 313, in www.italgiure.giustizia.it.

⁶⁰ Corte cost., 19 maggio 2025, n. 113, in www.italgiure.giustizia.it. Conf. VIGANÒ, *La pena come "contraccambio"? Qualche riflessione su fondamenti e scopi della pena nella prospettiva del diritto costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2025, 1, 61 ss., che senza ipocrisia richiama l'«ampia condivisione, da parte della società e degli stessi condannati (o quanto meno, della maggior parte di essi), della vecchia ma radicata idea secondo cui la pena rappresenta un "castigo" per ciò che il reo ha commesso: una sofferenza, dunque, giustificata da un accadimento del passato, e in qualche misura proporzionata» (*ibidem*, 73). In relazione alla improponibilità di surrogare la pena giudiziale con la «pena naturale» (di cui *infra*) per esempio nelle contravvenzioni, non rispondendo in questi casi la seconda alle funzioni che caratterizzano la prima quale retribuzione proporzionale e prevenzione speciale, recentemente PADOVANI, *La 'pena naturale' al vaglio della Corte costituzionale*, in *Sist. pen. web*, 2024, 3, https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1713338596_padovani-pena-naturale.pdf

⁶¹ NIETZSCHE, *Genealogia*, cit.

Né paiono smentire queste conclusioni le sentenze della Corte costituzionale che hanno ancorato il criterio di proporzionalità rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva del fatto commesso alla finalità rieducativa della pena e al rispetto del principio di uguaglianza⁶².

La pena retributiva ha una precisa funzione sociale, come del resto l'aveva la vendetta, ed è semmai qui che si può innestare una analogia funzionale, senza che per questo la retribuzione punitiva possa essere confusa con la "vendetta" nel senso della iperconnotazione deteriore che si voglia attribuire al termine.

A parte lo scopo di prevenzione generale e speciale, la pena funge – idealmente, antropologicamente e socialmente parlando – anche da (almeno tendenziale) *restitutio in integrum* per la vittima.

È vero che la pena moderna ha a lungo obliterato questo aspetto attraverso la marginalizzazione, a dir poco, della persona offesa. Fino ad un'epoca non lontana l'irrogazione della pena era una prerogativa del sovrano come riaffermazione del potere leso dalla ribellione del reo. Con l'autonomia del potere giudiziario da quello politico, la pena è comunque rimasta una espressione di sovranità dello Stato. In entrambi i casi la vittima è solo epifenomeno.

Si è detto che proprio il monopolio statale della coercizione ha storicamente significato la «*necessaria estromissione della vittima*», ché altrimenti la punizione sarebbe assomigliata troppo da vicino a una vendetta, tanto più se la pena dovesse essere calibrata sulle esigenze psicologico-emotive della vittima⁶³.

Nondimeno, soprattutto nei delitti più gravi, come l'omicidio, le lesioni gravi e gravissime, la violenza sessuale e altri, la vittima, o i suoi congiunti, ma del resto l'opinione pubblica in generale, si aspettano dalla "giustizia" un "riconoscimento" (per dirla con Hegel) e un risarcimento *in primis* morale, innanzi tutto per la *dignità* violata della persona. Anche in questo senso l'amministrazione della giustizia come istituzione è un *servizio* ai cittadini. E così è sentita dalla opinione pubblica, come si può anche rilevare dalle reazioni, quando non dalle proteste, o peggio⁶⁴, contro sentenze assolutorie o

⁶² Da ultimo Corte cost., 23 giugno 2025, n. 117; Corte cost., 24 maggio 2023, n. 120, in www.italgiure.giustizia.it.

⁶³ CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 4, 1761.

⁶⁴ È del luglio 2025 il caso del padre di un ragazzo massacrato di botte e deceduto qualche giorno dopo,

considerate troppo miti.

È ovvio che il giudice non può – non deve – farsi condizionare dalla metrica delle vittime, che potranno spesso sentirsi frustrate dalla entità della pena irrogata, dalla scarcerazione, ecc.

Tuttavia, sarebbe sbagliato non prestare un'attenzione empatica al carico di dolore delle vittime, prima ancora del “dolore” che la pena, la sua esecuzione, indubbiamente infligge al reo. Quel dolore può essere attenuato da una sentenza “giusta”, o forse sarebbe meglio dire meno impegnativamente, data la vaghezza del concetto di “giustizia”: socialmente onesta ed equilibrata.

3.2. *Da Norimberga a Baghdad.* Per almeno sfiorare il tema del diritto internazionale penale si possono prendere a riferimento i processi contro i criminali nazisti e a Saddam Hussein, e scrutinare se e quanto lo spirito di “vendetta” ne sia stato il motore; processi che già sul piano della stretta legalità furono, almeno in parte, un esempio di *aberratio juris*, sperabilmente da non ripetere in quei termini, secondo le parole di Kelsen⁶⁵.

Il processo di Norimberga più noto si tenne davanti al Tribunale Militare Internazionale, istituito con la firma del Patto di Londra del 8 agosto 1945 da parte dei quattro Paesi Alleati vincitori della guerra (Stati Uniti, Gran Bretagna, Unione Sovietica e Francia).

La soluzione di sottoporre al giudizio di un consesso giurisdizionale i gerarchi nazisti non fu immediata. Inizialmente la Gran Bretagna proponeva l'esecuzione sommaria (anche per evitare che il processo diventasse una tribuna per la divulgazione delle idee nazionalsocialiste)⁶⁶. Stalin nel '43 insisteva per liquidare senza processo fino a 50.000 ufficiali tedeschi. Roosevelt e Churchill nel '44 sostenevano l'inadeguatezza del rimedio giudiziario e la preferibilità di una soluzione politica. Solo dopo la nomina di Truman a presi-

che ha ucciso per strada l'aggressore del figlio, assolto in primo grado e condannato in appello, ma libero in attesa della decisione della Cassazione (*Ammazza l'assassino del figlio. “La gente in strada tifava per lui”*, in *la Repubblica* del 9.7.2025).

⁶⁵ «Let us hope that there is no such precedent» (KELSEN, *Will the judgment in the Nuremberg trial constitute a precedent in international law?*, in *The International Law Quarterly*, 1947, 2, 171).

⁶⁶ BASSIOUNI, *Indagini e procedimenti penali internazionali: da Versailles a Roma. Le commissioni inquirenti internazionali ad hoc ed i tribunali penali internazionali dal 1919 al 1994*, in *Leg. pen.*, 2002, 3, 829-830.

dente USA prevalse la soluzione giurisdizionale⁶⁷.

Il processo si svolse dal 20 novembre 1945 al 1° ottobre 1946 contro 24 imputati, 12 dei quali furono condannati a morte.

Sebbene da molti commentatori il risultato sia stato salutato come una pietra miliare nell'evoluzione del diritto internazionale punitivo, sono state numerose anche le voci critiche, non tanto nella sostanza, data l'enormità dei crimini commessi, quanto su alcuni presupposti e sulle modalità procedurali.

Il primo nodo problematico è costituito dal fatto che non esisteva alcuna disposizione incriminatrice di *singoli individui* per i fatti addebitati, ad esempio relativamente ai "crimini contro l'umanità", come gli stessi Stati Uniti avevano fino ad allora ritenuto. Tanto che si dovette sostenere che il principio di tale incriminazione già esisteva e che il Tribunale si era limitato a darne una interpretazione estensiva⁶⁸.

A parte le ritenute illegittimità procedurali in termini di garanzie difensive⁶⁹, l'aspetto particolarmente rimarcato in termini critici da molti commentatori è stato che il processo di Norimberga fu l'esito di una "giustizia" esercitata dai vincitori sui vinti⁷⁰, tanto da attribuirgli «the character of a privilegium odiosum imposed upon vanquished States by the victors»⁷¹. Per contro nessun processo fu intentato contro personalità delle potenze alleate per i bombar-

⁶⁷ CARUSO *Simbolicità e legalità nel processo di Norimberga. Ancora a proposito della c.d. formula di Radbruch*, in *L'ircocervo*, 2016, 65-66, www.ircocervo.it

⁶⁸ BASSIOUNI, *Indagini*, cit., 832. L'A. ricorda che gli stessi Stati Uniti avevano sostenuto fino a quel momento che tale incriminazione era priva di base legale, tornando poi alla posizione originaria all'epoca della "Guerra fredda" (*ivi*, 833). In senso negativo anche Kelsen, *Will the judgment*, cit., 162, 165 (semmai all'epoca era prevista soltanto una responsabilità collettiva); SGROI, *Il principio di retroattività e il processo di Norimberga*, in *Dir. & Quest. pubb.*, 2003, 314, <https://www.studocu.com/it/document/universita-degli-studi-di-sassari/filosofia-del-diritto/norimberga-sgroi-documenti-dati-dalla-professoressa/2244304>; MARINO, *La giustizia di Norimberga*, Palermo, 2017, 131, <https://iris.unipa.it/retrieve/e3ad891a-4b7d-da0e-e053-3705fe0a2b96/La%20giustizia%20di%20Norimberga.%20Marino.pdf>, anche a proposito dei "crimini contro la pace". Altri ha, però, escluso la violazione del principio di irretroattività, seppure in forma perplessa («Non mi sembrano ravvisabili, invece, «piene» violazioni di legalità, o del principio di irretroattività»), ritenendo però sussistenti «gli innegabili deficit della legalità sanzionatoria» (CARUSO, *Simbolicità*, cit., 70). Lo stesso Kelsen in un passaggio del saggio citato avverte che il divieto della legge del *post facto* non si applica nel diritto internazionale (Kelsen, *Will the judgment*, cit., 164).

⁶⁹ BASSIOUNI, *Indagini*, cit., 73; SCIARABBA, *Il processo di Norimberga e il "ruolo costituzionale" del diritto e della giurisdizione penale internazionale e/o universale, ieri e oggi*, in *Consulta online*, 2025, 1, 192.

⁷⁰ ZOLO, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Bari, 2006, 145 ss.

⁷¹ Kelsen, *Will the judgment*, cit., 170.

damenti a tappeto delle città tedesche o per le bombe atomiche sganciate su Hiroshima e Nagasaki a guerra pressoché terminata⁷². E, infatti, il Patto che istituì il Tribunale e regolò la procedura, stabilendo i crimini perseguibili, fu firmato dagli Alleati, e il collegio giudicante fu costituito da giudici scelti dai vincitori. Veniva, quindi, meno una caratteristica fondamentale della giurisdizione, ossia la terzietà del giudice, oltre alla sua precostituzione per legge anteriore (rispetto ai fatti da giudicare)⁷³.

E veniamo al punto.

Si può azzardare che i processi di Norimberga e Tokyo siano stati espressione, seppure sotto le paludate spoglie della giurisdizione, di una “vendetta” dei vincitori sui vinti, trasferita dal diritto penale interno al diritto internazionale penale?

Più di uno l’ha sostenuto⁷⁴. E il Tribunale, quando definisce i «crimini contro la pace», previsti dall’art. 6, lett. a) dello Statuto, come “i supremi crimini [...] che racchiudono in sé tutti gli altri mali”⁷⁵, adotta un sintomatico linguaggio metafisico-religioso da Inquisizione.

Quanto al processo a Saddam è stato escluso che la pena di morte inflittagli possa rientrare in una vendetta⁷⁶, non foss’altro perché i crimini commessi

⁷² CALAMANDREI, *Le leggi di Antigone*, in *Costituzione e leggi di Antigone*, Firenze, 2004, 17-19, cit. in PARADISI, *Da Delli a Strasburgo, il lungo cammino del diritto naturale*, in *Dirittifondamentali.it*, 2021, 1, 256, <https://dirittifondamentali.it/2021/06/07/da-delli-a-strasburgo-il-lungo-cammino-del-diritto-naturale/>

⁷³ CARUSO, *Simbolicità*, cit., 66; BASSIOUNI, *Indagini*, cit., 834, ha considerato «selettivi e unilaterali» i processi svoltisi davanti al Tribunale. PULITANÒ, *Significato e funzioni della pena nella giustizia penale internazionale*, in *Quest. giust.*, 2007, 75, ha paventato «i rischi di una giustizia caratterizzata da esemplarità selettiva, nelle mani dei vincitori» sul piano generale del diritto internazionale penale. Viene riportato che il componente francese del collegio giudicante, Donnedieu de Vabres, affermò: “[...] non si possono non ammettere le riserve, le obiezioni che, in certi ambienti filosofici e letterari, questo processo ha suscitato. Si tratta, come l’accordo e lo statuto testimoniano alla lettera, di una giurisdizione interalleata, una giurisdizione di vincitori che si ergono a giudici dei vinti” (MARINO, *La giustizia di Norimberga*, cit., 136). Bert Röling, già membro del Tribunale di Tokyo, affermò che i processi di Norimberga e Tokyo erano stati intenzionalmente utilizzati dai vincitori a fini di propaganda e per occultare i misfatti da loro stessi commessi (cit. in ZOLO, *La giustizia dei vincitori*, cit., 143).

⁷⁴ ZOLO, *La giustizia dei vincitori*, cit., 167; PARADISI, *Da Delli a Strasburgo*, cit., 254; SGROI, *Il principio di retroattività*, cit., 328.

⁷⁵ CARUSO, *Simbolicità*, cit., 67.

⁷⁶ Di contrario avviso ZOLO, *La giustizia dei vincitori*, cit., 167. Sullo spirito vendicativo del processo esplicitamente: «Gli Stati uniti hanno allestito un processo contro Saddam Hussein che radicalizza la logica della stigmatizzazione e della vendetta retributiva» (Id., *La pena di morte a Saddam pietra miliare dell’odio*, in *Il Manifesto*, 29 dicembre 2006).

non erano “vendicabili” contro di lui oltre la privazione della vita, misura comunque proporzionata per difetto⁷⁷.

D'altra parte, chiedersi se vi sia stata vendetta o meno sposta l'attenzione su di un piano etico, che nasconde la sostanza più inquietante della questione, ossia l'illegalità di una guerra di aggressione giustificata con ragioni pretestuose e false (il possesso di armi di distruzione di massa, mai trovate perché inesistenti). Che i vincitori, sotto le mentite spoglie del governo provvisorio iracheno, di fatto espressione del governatore militare statunitense, abbiano poi imbastito un processo dall'esito scontato, che pure tante critiche ha attirato sul piano procedurale, diventa perfino un aspetto secondario.

4. *Dalla poinë alla giustizia riparativa.* Nel mondo greco l'offesa non sempre e necessariamente chiamava una vendetta uguale e contraria.

In uno degli episodi descritti sullo scudo di Achille nell'*Iliade* è rappresentato il caso di un omicida che lamentava che i famigliari del morto pretendessero che egli pagasse una *poinë*⁷⁸, che invece quello assumeva di avere già adempiuto⁷⁹.

La punizione poteva, quindi, essere sostituita da una *poinë*, ossia dal pagamento di un prezzo di riscatto nell'ambito di una composizione riconciliativa, evitando la rappresaglia. La consegna della *poinë* doveva avvenire pubblicamente, perché solo così l'offeso poteva ritenersi soddisfatto⁸⁰. È chiaro che la pubblicità dell'atto suggellava la riparazione dell'onore offeso⁸¹.

Come attesta l'episodio omerico, nel caso di controversia tra offeso e offensore la questione veniva giurisdizionalizzata, rimettendola al giudizio dei *gheron-tes* (consiglio degli anziani), che decidevano sulla pubblica piazza⁸².

⁷⁷ DONINI, *La condanna a morte di Saddam Hussein. Riflessioni sul divieto di pena capitale e sulla "necessaria sproporzione" della pena nelle gross violations*, in *Cass. pen.*, 2007, 1, 12.

⁷⁸ Da cui all'evidenza il latino *poena*, l'italiano *pena*, il francese *peine*, lo spagnolo *pena*. Peraltro, *poinë* ha anche il significato di castigo, vendetta, e al plurale sarebbe sinonimo delle Erinni (MORENO, *Poïna*, in *Treccani, Enciclopedia dell'Arte Antica (1965)*, in [https://www.treccani.it/enciclopedia/poïna_\(Enciclopedia-dell-Arte-Antica\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/poïna_(Enciclopedia-dell-Arte-Antica)/).

⁷⁹ PORRELLO, *Omicidio tra vendetta privata e punizione*, in *D&Q*, 2008, 8, 150-152. V. anche CANTARELLA, *Senza vendetta nella sala morrete*, cit., 167.

⁸⁰ CANTARELLA, *Senza vendetta nella sala morrete*, cit., 167.

⁸¹ PEPE, *Conflitto*, cit., 144.

⁸² CANTARELLA, *Senza vendetta nella sala morrete*, cit., 167.

Anche a Roma la Legge delle XII Tavole (V sec. a.C.) disponeva: «*Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*». Era quindi prevista la possibilità di una pacificazione tra le parti, che sostituiva il taglione⁸³.

La *giustizia riparativa* del nostro ordinamento ha, dunque, antichissimi precedenti.

Essa si è disseminata nel sistema attuale abbastanza recentemente e senza un programma unitario⁸⁴. La riforma Cartabia (d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150) ha introdotto agli artt. 42 ss. una disciplina generale della giustizia riparativa centrata sulla vittima e applicabile a ogni specie di reato e indipendentemente dalla sua gravità (art. 44, co.1), con lo scopo di «promuovere il riconoscimento della vittima del reato» (art. 43, co. 2), in forma simbolica o materiale (art. 56, co. 1).

Si tratta di un sistema che si affianca, ma non appartiene direttamente al procedimento penale⁸⁵. Peraltro, con l'art. 1 sono state effettuate alcune interpolazioni all'interno del codice penale in modo che gli effetti dell'esito positivo potranno incidere sulla determinazione della pena in concreto irrogata in caso di condanna o anche al fine della concessione di benefici.

Così per l'attenuante di cui all'art. 62, co. 1 n. 6 c.p.; come ipotesi di remissione tacita della querela (art. 152 c.p.); come elemento di valutazione per la sospensione della pena non superiore a un anno di reclusione o arresto (art. 163, ult. co. c.p.); la sospensione del procedimento con messa alla prova (art. 168-*bis* c.p.). Si stabilisce sul piano generale che «L'autorità giudiziaria, per le determinazioni di competenza, valuta lo svolgimento del programma e, anche ai fini di cui all'articolo 133 del codice penale, l'eventuale esito riparativo» (art. 58, co. 1 d.lgs. 150/2022).

⁸³ CURI, *Verso un paradigma*, cit., 21.

⁸⁴ Si possono citare: l'oblazione (art. 162 e 162 bis c.p.), le condotte riparatorie (art. 162 ter c.p.), la messa alla prova (168 bis c.p.), la regolarizzazione e pagamento di una sanzione amministrativa ridotta nelle contravvenzioni in materia di sicurezza sul lavoro (artt. 19-25 d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758 e art. 301 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81), di ambiente (artt. 257, 318-bis a 318-octies d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152), di OGM (art. 21 d.lgs. 12 aprile 2001, n. 206), di radiazioni ionizzanti (art. 228 d.lgs. 31 luglio 2020, n. 101), di alimenti (artt. 12-ter ss. L. 30 aprile 1962, n. 283), di edilizia a seguito di rilascio di permesso in sanatoria (artt. 36 e 45 d.P.R. 6.6.2001, n. 380), di reati tributari a seguito di pagamento del debito tributario (art. 13 d.lgs. 10.3.2000, n. 74).

⁸⁵ Sul carattere non giurisdizionale della g.r. v. Cass., Sez. III, 20 giugno 2024, n. 24343, in www.italgiure.giustizia.it.

Si tratta di limitati effetti sul risultato punitivo del processo, ma non banali. Il vero limite è costituito, inevitabilmente, dal necessario consenso della persona offesa e dell'autore del reato.

Peraltro, sono state avanzate dalla dottrina numerose osservazioni critiche sotto vari profili, non tutte condivisibili.

Ad esempio, che essa può indurre la vittima a servirsene come una forma di vendetta oppure che potrebbe essere⁸⁶. Sul primo punto, si può obiettare che il rischio è minimizzato, se non escluso, dal fatto che la riparazione è condizionata dal consenso dell'autore del reato. Semmai, potrebbe sorgere il rischio opposto, cioè di pressioni o intimidazioni di quest'ultimo per indurre/costringere la vittima a partecipare al programma, che comunque, per avere effetto, deve concludersi positivamente. Quanto al secondo aspetto è stato, viceversa, riconosciuto lo stretto legame tra giustizia riparativa e principio rieducativo⁸⁷.

Altri hanno apprezzato un mezzo che può costituire una alternativa, perfino «epistemica»⁸⁸, per il superamento della pena intesa in senso puramente retributivo⁸⁹, o addirittura per evitare «le stesse aporie insormontabili» della concezione rieducativa della pena⁹⁰.

Indubbiamente il meccanismo della giustizia riparativa va oltre la funzione retributiva della pena come coercizione statale e ripristino dell'ordine violato della *lex*. Tuttavia, non sembra che sia del tutto alieno da una implicita componente retributiva – ineliminabile quando si è cagionato un danno, individuale o collettivo – nel senso che rimette alla vittima (nei reati in cui esiste uno specifico soggetto offeso) una soddisfazione che tende a risarcirla anche moralmente, e aiuta per conseguenza ad attenuarne il dolore e il sentimento di *deminutio* per l'offesa patita⁹¹.

Nel solco ideale della giustizia riparativa si è andati oltre con l'intento di giun-

⁸⁶ FIANDACA, *Punizione*, cit., 130 ss., 150.

⁸⁷ MANNA, *La giustizia riparativa: tra luci ed ombre*, in *disCrimen*, 2023, 12.

⁸⁸ DONINI, *Riparazione*, cit., par. 17

⁸⁹ CURI, *Verso un nuovo paradigma*, cit., 22.

⁹⁰ CURI, *Il colore dell'inferno*, cit., 205.

⁹¹ «la riparazione, infatti, è “contenuta” nel *quantum* di pena retributivo-proporzionalistica, perché ne consuma una parte importante, quando c'è stata. È confermato, perciò, che il nesso fra riparazione e pena è costitutivo della stessa proporzione» (DONINI, *Riparazione*, par. 16)

gere ad una vera e propria rifondazione del modo di pensare la pena e di plasmarla. Si tratta della teoria del “delitto riparato”, in cui la riparazione ha carattere “prestazionale”, ossia attivo. In questa prospettiva si passerebbe dalla pena semplicemente “subita” ad una pena “agita”, condizionatamente alla volontà di reo e persona offesa di confrontarsi nello spirito della risoluzione del conflitto innescato dalla commissione dell’illecito⁹².

4.1. *La “pena naturale”*. Da ultimo si è affacciata la convinzione che in determinati casi si dovrebbe abbandonare l’esigenza punitiva, non essendovi neppure spazio per la riparazione, precisamente quelli in cui il reato commesso abbia determinato un diretto danno morale, psicologico o materiale in capo all’agente così significativo da rendere ingiustificato il ricorso ad una sanzione, che resterebbe priva di scopo.

Siamo nell’orbita della c.d. “pena naturale”⁹³, già riconosciuta in alcuni Paesi, e che nel nostro ordinamento avrebbe un fondamento costituzionale nel principio di proporzione, nella funzione attribuibile alla pena e nella necessità che la stessa non esorbitsi in trattamenti contrari al senso di umanità⁹⁴, con l’effetto di incidere sulla pena irrogabile, riducendola o anche escludendola⁹⁵.

⁹² DONINI, *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena-castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale*, in *Cass. pen.*, 2022, 6, 2037 ss. Per una obiezione concettuale di principio, ossia che «l’idea del delitto riparato come titolo autonomo spezza o nasconde l’unità del precetto, la regola di giustizia che fonda la tutela, della cui violazione si tratta. Oggetto del precetto è il fatto illecito, che non deve essere realizzato, e che, se realizzato, è l’oggetto del giudizio (del rimprovero). L’eventuale postfatto riparatore (per es. l’adempimento di doveri giuridici conseguenti alla violazione della norma penale) è fra gli elementi di cui la risposta può tenere conto» v. PULITANÒ, *Sulla pena*, cit., 654.

⁹³ Intende, invece, la pena *naturale* come quella che cerca di trovare un nesso naturale tra il reato e la pena, come nel caso del taglione: FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 2000, 391.

⁹⁴ CATERINI, *La pena naturale de lege lata*, in *Arch. pen.*, 2025, 1, 40. Conf. FLORIO, *La riscoperta della “poena naturalis”: note a margine di una recente questione di costituzionalità*, in *Leg. pen.*, 2023, 4, 250. Per l’A. la p.n. sarebbe coerente anche con la funzione special-preventiva della pena, come nel caso del ladro che cada da un cornicione restando paraplegico a vita (ivi, 248). Per altri, mentre l’istituto della pena naturale garantirebbe la funzione general-preventiva in quanto la sofferenza del reo sarebbe idonea a comunicare che “delinquere è male”, non altrettanto si potrebbe affermare per la funzione special-preventiva della pena, poiché è probabile che l’agente desidererebbe essere punito anche con la pena giuridica quale espiazione del malfatto (PERRONE, *Pene naturali e doppio castigo. L’humanitas ai confini delle teorie sulle funzioni della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 6, 774-775). V. *amplius* FLORIO, *La pena naturale*, Napoli, 2025.

⁹⁵ CATERINI, *La pena naturale*, cit., 48 ss.

Tale prospettiva troverebbe conforto nell'art. 49 CDFUE, in particolare con riguardo al principio di proporzionalità che, nell'interpretazione della Corte di giustizia, dovrebbe essere applicato direttamente dal giudice interno (per gli illeciti che incidono sugli interessi della UE)⁹⁶.

Sul tema si è pronunciata la Corte costituzionale⁹⁷, investita dal Tribunale di Firenze della questione di legittimità costituzionale dell'art. 529 c.p.p. in relazione agli artt. 3, 13, 27, co. 3 Cost. «nella parte in cui, nei procedimenti relativi a reati colposi, non prevede la possibilità per il giudice di emettere sentenza di non doversi procedere allorché l'agente, in relazione alla morte di un prossimo congiunto cagionata con la propria condotta, abbia già patito una sofferenza proporzionata alla gravità del reato commesso». Il caso era quello di un soggetto imputato per omicidio colposo aggravato da violazione delle norme antinfortunistiche e delle relative contravvenzioni speciali in cui era deceduto il nipote, lavorante in nero per la sua ditta incaricata della riparazione del tetto di un edificio.

La Corte, tra l'altro osservando che l'estensione della causa di improcedibilità alle contravvenzioni ne svilirebbe la funzione preventiva, ha escluso che esistessero i vincoli costituzionali prospettati dal ricorrente per prevedere la pena naturale in relazione alla norma denunciata, «anziché, *in thesi*, un'esimente di carattere sostanziale, ovvero ancora una circostanza attenuante soggettiva», dove tale ipoteticità sembra una implicita apertura alla questione. E in effetti la suggestione della Corte non sembra rimasta lettera morta, visto che si ha notizia che il 23 aprile 2025 la Procura della Repubblica di Milano ha chiesto l'archiviazione del procedimento a carico di una madre che aveva colposamente cagionato al figlio piccolo lesioni personali gravissime richiamandosi al concetto di "pena naturale" per il dolore che l'evento aveva prodotto in capo all'imputata tale da costituire una sorta di «*ergastolo con fine pena mai*», ragione per cui l'applicazione di una pena "ulteriore" sarebbe stata contraria al principio di umanità del trattamento sanzionatorio di cui all'art. 27, co. 3 Cost.

⁹⁶ CATERINI, *La pena naturale*, cit., 57.

⁹⁷ Corte cost., 6 marzo 2024, n. 48, in <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2024&numero=48>.

Situazioni limite che potrebbero giustificare di astenersi dalla punizione si verificano in effetti, come nel caso di quel padre che per un imprevedibile ottennebramento della memoria aveva dimenticato in auto il bambino piccolo, cagionandone la morte. Anche se le sfumature tra casi che potrebbero rientrare nel raggio d'azione della “pena naturale” e altri che dovrebbero rimanerne fuori sono spesso talmente impercettibili da rendere arduo il discernimento⁹⁸. Che il problema esista è dimostrato dal fatto che il Progetto di riforma del codice penale redatto dalla Commissione ministeriale Pagliaro, istituita nel 1988, aveva previsto all'art. 40 dell'articolato la «Astensione da pena» in questi termini: «1. Prevedere che il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna per un reato colposo, possa astenersi dall'infliggere la pena, quando il reo abbia subito gli effetti pregiudizievoli del reato in misura e forma tale che l'applicazione della pena risulterebbe ingiustificata sia in rapporto alla colpevolezza che alle esigenze di prevenzione speciale.

2. Previsione di un'analogia possibilità per il reato doloso, purché gli effetti pregiudizievoli si siano verificati esclusivamente a carico del soggetto agente».

Un nuovo tentativo di vitalizzare la pena naturale venne esperito dalla Commissione ministeriale Pisapia, istituita nel 2006. L'art. 35 dello schema di legge-delega, rubricato «Correttivo di equità», stabiliva: «1. Prevedere che il giudice possa applicare, con provvedimento analiticamente motivato, una diminuzione della pena per non più di un terzo nei casi in cui, dopo aver determinato la pena in concreto, questa risulti palesemente eccessiva rispetto all'effettivo disvalore del fatto», non essendo passata la proposta di creare una apposita causa di non punibilità.

Non sorprende che a tutt'oggi non siano state poste le basi normative di una qualche configurazione della “pena naturale”⁹⁹, al di là di rarissimi tentativi giudiziari, altrettanto generosi quanto forzati, di darvi corso, essendo la questione ideologicamente e tecnicamente controvertibile.

Sul versante tecnico-giuridico emerge una difficoltà di fondo di ardua solu-

⁹⁸ PADOVANI, *La 'pena naturale' al vaglio della Corte costituzionale*, in *Sist. pen. web*, 2024, 3, 2, https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1713338596_padovani-pena-naturale.pdf.

⁹⁹ Si è, però, proposto di trasporre strumenti di diritto positivo già esistenti. Così il danno o il patimento fisico come pena naturale potrebbe essere commisurato alla entità della pena “forense” prevista dall'art. 590 c.p., in modo da ridurre o addirittura annullare quest'ultima (CATERINI, *La pena naturale*, cit. 38).

zione. Si è suggerito di individuare un criterio normativo che obiettivizzi la valutazione della “*poena doloris*” in maniera simmetrica al giudizio di responsabilità¹⁰⁰. Ciò nonostante l’operazione appare abbastanza disperata, ove mai si pretendesse di potere realmente accertare e misurare la sofferenza causata al reo dalla condotta dal medesimo tenuta. Certo, questo non avviene neppure per gli elementi soggettivi del reato, che sono ricostruiti induttivamente sulla base delle circostanze di fatto. Ne deriverebbe una presunzione di gravissima sofferenza emotiva idonea a esonerare da pena sulla base dello stretto legame affettivo con la vittima (per esempio nel caso di rapporto di filiazione) e di ulteriori indici sintomatici di carattere obiettivo da delineare (per esempio la spontanea sottoposizione ad assistenza psicologica)¹⁰¹.

5. *L’interpretazione costituzionalmente conforme e la riqualificazione del fatto*. Negli ultimi anni, a partire dalla sentenza n. 68/2012, che è intervenuta sull’art. 630 c.p., la giurisprudenza costituzionale è giunta in più occasioni a modellare la pena edittale attraverso la previsione di una “attenuante indefinita” della lieve (o minore) entità del fatto quando il legislatore abbia stabilito minimi particolarmente elevati che siano giudicati sproporzionati rispetto al disvalore effettivo del fatto concreto dal punto di vista oggettivo e soggettivo¹⁰². Con la sentenza n. 113/2025 (red. Viganò) la Corte costituzionale ha fatto un passo ulteriore. Ha dichiarato in parte inammissibili e in parte infondate le questioni di illegittimità relative all’art. 630, co. 1 c.p. e, richiamandosi agli esiti a cui è pervenuta la dottrina, ha affermato che «il principio di proporzionalità della pena impone al giudice di espungere dalla fattispecie – nei limiti in cui il dato normativo lo consenta – condotte incapaci di attingere la soglia di disvalore congeniale alla gravità del compasso edittale, collocandosi così in una zona in cui alla “formale” integrazione degli elementi costitutivi della fat-

¹⁰⁰ PADOVANI, *La “pena naturale”*, cit., 4.

¹⁰¹ Secondo PERRONE, *Pene naturali*, cit., 777, dovrebbero escludersi criteri presuntivi e astratti di accertamento, mentre quello del vincolo di parentela o del tipo di evento traumatico costituirebbero sicuri indici di sofferenza da reato.

¹⁰² Ciò è avvenuto in relazione: al sabotaggio militare (Corte cost., 19 ottobre 2022, n. 244), all’estorsione (Corte cost., 24 maggio 2023, n. 120), alla rapina (Corte cost., 16 aprile 2024, n. 86), alla pornografia minorile (Corte cost., 16 aprile 2024, n. 91), e da ultimo alla deformazione o sfregio permanente del viso (Corte cost., 20 maggio 2025, n. 83).

tispecie astratta non corrisponde, sul piano “sostanziale”, l’integrazione del nucleo di disvalore che dovrebbe caratterizzare quella fattispecie, secondo la stessa valutazione del legislatore riflessa nella misura della pena edittale»¹⁰³.

Si rimette, quindi, al giudice di non irrogare la pena – ovvero più frequentemente di irrogarne una inferiore propria di diverso reato – quando il fatto solo formalmente rientra nella cornice astratta di una fattispecie, ma se ne distingue per le significative modalità di commissione, tali che l’applicazione della pena edittale, anche nel minimo, risulterebbe esorbitante.

Non si tratta di una rinuncia alla sanzione, quanto piuttosto della non sanzionabilità *in apicibus* – ovvero di una sanzionabilità più contenuta rispetto all’editto –, di condotte che non raggiungono quel grado di offensività reso manifesto dalla misura stessa della pena edittale.

In questo modo la Corte compie un rilevante salto di qualità. Se in precedenza il principio di proporzionalità della pena era utilizzato come parametro di costituzionalità per incidere su disposizioni incriminatrici, dichiarandone *in parte qua* la illegittimità, ora invece lo si demanda alla valutazione del giudice come canone ermeneutico costituzionalmente orientato¹⁰⁴.

Ben altre riflessioni meriterebbe una sentenza innovativa di questa portata. Tuttavia sia consentito qualche cenno, intonato a perplessità.

Innanzitutto, è un fatto che la nuova impostazione della Corte non è andata esente da critiche.

Un primo profilo è quello di mantenere in vita una disposizione per effetto della interpretazione di un giudice con cui altri giudici potrebbero non concordare, potenzialmente creando disparità di trattamento per casi simili, una sorta di «ordigno» pronto a deflagrare in qualsiasi momento¹⁰⁵.

D’altra parte, il canone della interpretazione conforme è legato – anche inconsapevolmente – a scelte personali del giudice, in cui possono entrare le sue opzioni di carattere politico/ideologico/culturale/religioso, facilmente non condivise da chiunque. Il rischio che ne consegue è apparso tanto più incisivo

¹⁰³ Corte cost., 19 maggio 2025, n. 113, in https://www.cortecostituzionale.it/action/SchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLIT:COST:2025:113

¹⁰⁴ Come ha evidenziato GATTA, *Scheda*, in *Sist. pen. web*, 2025, § 3-3.1. <https://www.sistemapenale.it>

¹⁰⁵ CIRULLI, *Sull’interpretazione costituzionalmente orientata delle norme processuali civili*, in *Judicium*, 2024, 12, <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/2024/09/Cirulli.pdf>.

in un contesto multiculturale e complesso come quello attuale; e ciò tanto più quando i principi costituzionali in gioco siano ad ampio spettro, e quindi suscettibili di plurime modulazioni normative¹⁰⁶. E ancora si sono ravvisati «seri pericoli» di eccessi e di «tradimenti» delle finalità stesse della pratica della interpretazione conforme¹⁰⁷.

Molto citata è l'affermazione contenuta nella sentenza n. 356/1996 secondo cui «In linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali». L'interpretazione costituzionalmente orientata (o conforme) diveniva così il criterio (negativo) di accesso al sindacato della Corte. In altri termini, ove il giudice rimettente non avesse dimostrato di avere esplorato approfonditamente la possibilità di rinvenire una interpretazione della disposizione impugnata conforme a Costituzione, senza trovarla, la Corte avrebbe dichiarato inammissibile la questione sottoposta.

Tra il 2015 e il 2017 sono intervenute alcune sentenze della Corte che hanno rivisitato l'orientamento conformativo che si era imposto¹⁰⁸, riaprendo le porte al merito di questioni che nel periodo precedente, se sottoposte a sindacato di costituzionalità, sarebbero state probabilmente dichiarate inammissibili.

In particolare, nella sentenza n. 36/2016, la Corte ha affermato che «L'obbligo di addivenire ad un'interpretazione conforme alla Costituzione cede il passo all'incidente di legittimità costituzionale ogni qual volta essa sia incompatibile con il disposto letterale della disposizione e si riveli del tutto

¹⁰⁶ MAUGERI, *“Uso alternativo del diritto” quale lettura costituzionalmente orientata del diritto penale e il ruolo della giurisprudenza*, in *Leg. pen.*, 2024, 31-32. Nel medesimo senso GALLIANI, *L'interpretazione conforme a Costituzione e a giurisprudenza costituzionale. Il rimedio risarcitorio ex art. 35-ter ord. pen. applicato ai detenuti in stato di custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 335.

¹⁰⁷ SCIARABBA, *L'“interpretazione conforme” tra Costituzione e CEDU: cenni ricostruttivi e spunti di riflessione*, in *Forum di Quad. cost.*, 2019, 7, <https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2019/05/sciarabba.pdf>.

¹⁰⁸ Corte cost., 21 ottobre 2015, n. 221; Corte cost., 13 gennaio 2016, n. 36; Corte cost., 20 aprile 2016, n. 111; Corte cost., 21 febbraio 2017, n. 42. Già in precedenza Corte cost., 18 aprile 2012, n. 110 aveva affermato che «la lettera della norma impugnata, il cui significato non può essere validato neppure per mezzo dell'interpretazione costituzionalmente conforme (sentenza 11 giugno 2008, n. 219), non consente in via interpretativa di conseguire l'effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre» (analogamente la sentenza 23 maggio 2012, n. 78).

eccentrica e bizzarra, anche alla luce del contesto normativo ove la disposizione si colloca (sentenze n. 1 del 2013 e n. 219 del 2008). L'interpretazione secondo Costituzione è doverosa ed ha un'indubbia priorità su ogni altra (sentenza n. 49 del 2015), ma appartiene pur sempre alla famiglia delle tecniche esegetiche, poste a disposizione del giudice nell'esercizio della funzione giurisdizionale, che hanno carattere dichiarativo. Ove, perciò, sulla base di tali tecniche, non sia possibile trarre dalla disposizione alcuna norma conforme alla Costituzione, il giudice è tenuto ad investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale».

La Corte àncora la propria argomentazione al vincolo costituito dal tenore letterale della disposizione, e altrettanto fanno analoghe decisioni del giudice costituzionale¹⁰⁹.

Tale canone interpretativo è ritenuto fondamentale anche in letteratura, di talché il giudice deve arrestarsi ai «cancelli delle parole»¹¹⁰. In altri termini, si è ritenuto che gli esiti dell'interpretazione conforme fossero andati troppo oltre, provocando una inammissibile torsione ermeneutica. Infatti, «La lettera della legge, dunque, opera come limite invalicabile dell'interpretazione del giudice, anche di quel tipo specifico di interpretazione che è quella conforme a Costituzione. [...] Ai giudici pertanto non spetta il potere di disapplicare la legge e neppure il riferimento alla Costituzione permette loro di superare il vincolo costituzionale della soggezione alla legge, dovendosi invece seguire la via della proposizione di una questione di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale per ottenere una declaratoria di incostituzionalità»¹¹¹.

¹⁰⁹ Conf. Corte cost., 23 maggio 2012, n. 78; Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49; Corte cost., 3 aprile 2017, n. 82, in www.italgiure.giustizia.it. V. anche Cass. civ., Sez. un., 1° giugno 2021, n. 15177, in www.italgiure.giustizia.it, secondo cui «la lettera della norma costituisce il limite cui deve arrestarsi anche l'interpretazione costituzionalmente orientata dovendo, infatti, esser sollevato l'incidente di costituzionalità ogni qual volta l'opzione ermeneutica supposta conforme a Costituzione sia incongrua rispetto al tenore letterale della norma stessa» (Conf. Cass. civ., Sez. un., 22 marzo 2019, n. 8230, in www.italgiure.giustizia.it).

¹¹⁰ MAUGERI, «Uso alternativo del diritto», cit., 87-88, che cita IRTI, *I «cancelli delle parole». Intorno a regole, principi, norme*, Napoli, 2015, 28. Analogamente CIRULLI, *Sull'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme processuali civili*, in *Judicium*, 2024, <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/2024/09/Cirulli.pdf>. La stessa sentenza n. 113/2025 ammette il sindacato diffuso, peraltro in maniera puramente incidentale, «nei limiti in cui il dato normativo lo consenta».

¹¹¹ PITRUZZELLA, *L'interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nell'interpretazione della legge*, in *Federalismi.it*, 2021, 3, 164. Chiestosi se esiste un discrimen tra in-

5.1. *Perché non convince la disapplicazione da parte del giudice comune della pena edittale sproporzionata.* La decisione n. 113/2025 della Corte costituzionale non è del tutto un fulmine a ciel sereno. Il principio da essa enunciato è stato, in effetti, anticipato da alcune posizioni dottrinali, che hanno ritenuto di poter sfruttare il canone di doverosa proporzionalità della pena fino a farlo incidere sulla stessa tipicità di fattispecie, demandandone l'applicazione al sindacato diffuso del giudice comune, saltando l'investitura della Corte: «[...] “fare sul serio” con il divieto di prevedere pene sproporzionate significa anche [...] optare per interpretazioni restrittive di fattispecie contrassegnate da elevati quadri sanzionatori, in particolare nel minimo, da parte del legislatore, [...] l'elevatezza della pena costituisce infatti un segnale della particolare gravità del fatto che il legislatore ha inteso contrastare; sicché — a meno di ipotizzare una sempre possibile questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto il minimo edittale, proprio in relazione alla sua manifesta sproporzionalità rispetto a classi di ipotesi pure ricomprese nell'ambito della fattispecie astratta — potrà presumersi che il legislatore abbia inteso tenere fuori dal tipo quelle particolari sottofattispecie che siano connotate da un disvalore assai meno significativo, tale da non giustificare una pena così elevata»¹¹².

terpretare e disapplicare si è riposto che «Il limite [...] è proprio quello della disapplicazione: in nome del suo coinvolgimento nell'applicazione della Costituzione, il giudice non può spingersi al punto di disapplicare la legge! – A mio giudizio si travalica questo punto quando la soluzione ermeneutica cui si addiviene si rivela del tutto incompatibile con il testo oggetto di interpretazione, al quale pur sempre si deve tornare. Neppure l'esigenza di rendere il testo legislativo compatibile con i principi costituzionali potrebbe giustificare una “torsione” dell'enunciato oltre il suo possibile orizzonte di senso (l'albero non può diventare cavallo!). L'importante è che non si sconfini nella disapplicazione, sempre permettendo al giudice di coinvolgere la Corte costituzionale e di ottenere una risposta nel merito, ove abbia sufficientemente argomentato le ragioni per cui ritenga che l'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione che si trova a dover applicare sia *improbabile o difficile*» (RUOTOLO, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, in *Quest. giust.*, 2018, 21, https://www.questionegiustizia.it/articolo/quando-il-giudice-deve-fare-da-se_-22-10-2018.php)

¹¹² VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 257 ss. L'A. ha più di recente ribadito questa impostazione: «Nella misura in cui i principi in parola [di offensività, colpevolezza, proporzionalità della pena] siano correttamente intesi come limiti alle scelte discrezionali del legislatore (e, a valle, dello stesso giudice), essi non si opporranno in alcun modo alla possibilità — per il legislatore e per lo stesso giudice, sulla base delle indicazioni della legge — di discostarsi verso il basso da questi limiti, comminando o, rispettivamente, commisurando pene ben inferiori al limite segnato dalla proporzionalità della pena, ovvero rinunciando tout court alla pena per fatti offensivi e colpevoli, ogniqualvolta almeno sussistano adeguate ragioni giustificative ritenute compatibili

E ancora: in determinati casi «in definitiva, dovrebbe essere compito del giudice, dunque, registrare i quadri di tipicità legale secondo una dorsale di offensività espressiva del disvalore minimo che il margine inferiore della cornice commisurativa esprime», in modo da garantire «la necessaria isometria tra l'opzione incriminatrice e l'ingerenza nei diritti sottostanti e che assicuri — quanto alla proporzionalità della pena — la doverosa corrispondenza tra (il minimo del) la pena minacciata ed il grado di disvalore del comportamento concretamente incluso nel “tipo legale”»¹¹³.

È pur vero che già la sentenza della Corte n. 62/1986, chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità dell'art. 2 L. 2 ottobre 1967, n. 895 in un caso di detenzione illegale di un modesto quantitativo di esplosivo, dichiarando la non fondatezza della questione, affermò che «È appunto compito del giudice, e non del legislatore, stabilire se una minima quantità d'esplosivo sia, nella concreta fattispecie, inidonea ad offendere i beni tutelati dalle normative in discussione: e per giungere alle conclusioni ora indicate il giudice non ha che da valersi di tutti gli strumenti ermeneutici che l'intero sistema offre».

Non si può, però, dire che il caso si ponga sul medesimo piano della decisione n. 113/2025. Sebbene al fondo in entrambi fosse sollevato un problema di proporzione punitiva, nel primo la Corte non ha demandato al giudice il potere di selezionare la tipicità del fatto sulla base di una valutazione di (s)proporzione della pena prevista per una certa condotta, bensì il potere di considerare il fatto non tipico per difetto di *offensività* nel caso concreto in relazione al quantitativo (minimo) di materiale esplodente, il che non è la stessa cosa di poter ritenere, come nella sentenza n. 113/2025, non tipico un fatto se la fattispecie astratta in cui ricadrebbe prevede una *pena sproporzionata*¹¹⁴.

con altri principi costituzionali (come il principio di eguaglianza di trattamento tra i consociati, o gli “obblighi positivi” di tutela dei diritti umani riconosciuti dalla giurisprudenza internazionale)» (VIGANÒ, *La pena come “contraccambio”?*, cit., 74).

¹¹³ MANES, *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della consulta)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 1251-1252.

¹¹⁴ Lo stesso Viganò mantiene distinti i principi di offensività, che riguarda l'aggressione a un bene giuridico, e di proporzionalità della pena, che si parametrizza sulla gravità del fatto commesso (sebbene a questa pertiene pure il grado di offensività, ma unitamente al contenuto di colpevolezza) (VIGANÒ, *La pena come “contraccambio”?*, cit., 61 ss.).

I poteri del giudice ordinario nella determinazione della pena trovano (dovrebbero trovare) un baluardo nel principio di legalità, con conseguente intangibilità dei limiti edittali¹¹⁵, anche in ragione della loro funzione general-preventiva¹¹⁶.

Una incrinatura del sistema era già avvenuta recentemente lungo il crinale della necessaria proporzionalità della pena a seguito di alcune decisioni della Corte di giustizia¹¹⁷ in materia finanziaria e tributaria che, sulla base in particolare dell'art. 49, par. 3 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e al fine di non incorrere nel divieto di *bis in idem*, hanno rimesso al giudice nazionale di disapplicare – eventualmente e solo *in mitius* – i minimi edittali allorché sia stata già irrogata una sanzione amministrativa (di natura sostanzialmente penale secondo i criteri di Engel), a cui si dovrebbe aggiungere la *pena formale*. La Cassazione ha escluso che in tali evenienze si produca una violazione del principio di legalità della pena in quanto il giudice, nel disapplicare in tutto o in parte la pena, agirebbe in maniera non dissimile da quanto gli è consentito dall'art. 133 c.p., soltanto con un “allargamento” dell’oggetto delle relative valutazioni¹¹⁸.

Ancora «Più radicali e preoccupanti»¹¹⁹ sono stati considerati gli effetti sulla tenuta del principio di legalità della pena portati dalla sentenza della Corte di giustizia del 8 marzo 2022 in materia di violazioni della disciplina lavoristica

¹¹⁵ PELISSERO, *Il principio di proporzionalità (non sproporzionalità) delle pene: recenti sviluppi e impatto anomalo delle fonti euromunitarie sul principio di legalità delle pene*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 10, 1365. Sulla intangibilità dei limiti edittali v. anche CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 166. A loro volta Zagrebelsky e Marcenò, osservano che è corretto il «coinvolgimento [del giudice] nell'applicazione della Costituzione, ma non al punto in cui per applicare la Costituzione, si disapplica la legge. Qui deve entrare in campo la Corte costituzionale per mezzo della questione di costituzionalità. Questo è il punto di equilibrio che deve essere salvaguardato» (ZAGREBELSKY-MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, vol. II, *Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, 2° ed., 219). Brunelli stigmatizza che la decisione della Corte «conduce alla “sovversione” del segno linguistico e alla sua sostituzione con un “senso” alternativo, seppure risolvendosi a favore del reo» (BRUNELLI, *Proporzionalità della pena e sequestro estorsivo: un coup de théâtre della Corte costituzionale (brevi note a presentazione di Corte cost., sent. 18 luglio 2025, n. 113)*, in *Arch. pen. (web)*, 2025, par. 4.

¹¹⁶ PELISSERO, *Il principio di proporzionalità*, cit., 1375.

¹¹⁷ CGUE (Grande Sezione) sentenze del 28 marzo 2018, cause Menci (C-524/15), Garlsson Real Estate (C-537/16), Di Puma (C-596/16 e C-597/16).

¹¹⁸ Cass., Sez. V, 15 aprile 2019, n. 39999. Conf. Cass., Sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869, in www.italgiure.giustizia.it.

¹¹⁹ PELISSERO, *Il principio di proporzionalità*, cit., 1370.

austriaca¹²⁰, la quale, non più in riferimento allo specifico divieto di doppia incriminazione, ha stabilito che nel caso in cui il giudice nazionale ritenga la sanzione prevista dal diritto interno sproporzionata alla gravità dell'illecito ha l'obbligo di disapplicarla nei soli limiti necessari per consentire l'irrogazione di sanzioni proporzionate.

E tuttavia non convince l'“artificio” della sentenza n. 113/2025 di arrivare alla atipicità in concreto attraverso la riqualificazione del fatto.

Finché il giudice decide motivatamente di escludere che nel caso concreto sia stato commesso un certo reato, per esempio perché la condotta risulta inoffensiva ai sensi dell'art. 49 c.p. ovvero, appellandosi al principio di proporzionalità (come in effetti fino ad oggi avvenuto), sollevi questione di illegittimità costituzionale della disposizione incriminatrice, non vi è nulla di nuovo che al giudice non competa. Quando, però, gli si attribuisce il potere di non applicare una norma vigente, per quanto la pena possa apparire anche macroscopicamente sproporzionata, il bilanciamento con i poteri del legislatore diventa problematico¹²¹, in assenza del passaggio attraverso il giudizio di illegittimità costituzionale¹²².

Non è irrilevante, e forse segno della medesima preoccupazione, che la Corte osservi che quel potere del giudice si potrà manifestare «in particolare quando

¹²⁰ CGUE (Grande Sezione), 8 marzo 2022, C- 205/20.

¹²¹ «[...] non è possibile rimettere ai giudici di cognizione il potere diffuso di derogare ai limiti edittali anche quando ciò serve per assicurare il rispetto del diritto fondamentale della persona ad un trattamento sanzionatorio non sproporzionato. In assenza di indicazioni legali, il superamento dei limiti della pena legale, anche solo in *bonam partem*, non può essere rimesso al potere discrezionale del giudice senza alterare il rapporto di questo potere con la riserva di legge» (PELISSERO, *Il principio di proporzionalità*, cit., 1375. L'articolo non si riferisce alla sentenza n. 113/2025, bensì agli interventi della Corte di giustizia sulla rimodulazione punitiva in caso di concorso tra sanzione amministrativa e sanzione penale al fine di evitare il *bis in idem*, ma vi si attaglia perfettamente).

¹²² «Se un giudice ordinario, fosse anche la Cassazione, ritiene il proprio potere interpretativo così ampio e profondo da poter, in nome di un asserito contrasto con il quadro normativo costituzionale, sovranazionale e internazionale, sovvertire il chiaro significato letterale della legge, vuol dire che il potere giudiziario si ritiene ormai investito di un'autorità morale e politica tale da potersi sostituire al potere legislativo quando non ne condivide le scelte» (CURRERI, *Quali sono i limiti dell'interpretazione “costituzionalmente orientata” del giudice ordinario? (riflessioni a margine dell'apertura della Cassazione alle adozioni delle coppie “omoaffettive”)*, in *laCostituzione.info*, 2021, www.lacostituzione.info). Sulla «invasione delle prerogative non solo della Corte costituzionale, ma anche del legislatore» v. PIZZORNO, *Prima Sezione Civile contro Prima Sezione Civile. Spunto per alcune considerazioni in tema di attività interpretativa del giudice ed in particolare di interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2019, 4, <https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2019/07/pizzorno.pdf>.

la mancata applicazione di una norma penale non comporta l'impunità *tout court* del fatto, ma semplicemente l'applicazione – in luogo di un reato complesso – delle singole fattispecie criminose che lo compongono, sì da assicurare comunque una risposta adeguata alla gravità del fatto commesso e ragionevolmente dissuasiva, e però contenuta entro i limiti della proporzione». Eppure, nelle stesse argomentazioni della Corte tale “particolarità” è solo eventuale, perché il principio espresso è posto come di carattere generale.

Per la Corte il caso della privazione della libertà personale per poche decine di minuti per conseguire il profitto di poche centinaia di euro ben può integrare il sequestro di persona di cui all'art. 605 c.p. in concorso con il delitto di estorsione (art. 629 c.p.), anziché il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.), che è punito – anche qualora venga ritenuto di lieve entità¹²³ – con il minimo di sedici anni e otto mesi di reclusione.

Ora, quando il giudice, in base alle circostanze contingenti, ritenga che il fatto sia diverso da quello contestato lo riqualifica, in quanto esso non corrisponda a quella fattispecie, bensì ad un'altra. Tale operazione potrebbe talvolta anche gemmare in maniera recondita da una valutazione comparativa delle rispettive sanzioni, ma finora il giudice avrà sempre motivato sulla non aderenza del fatto alla fattispecie, non su considerazioni attinenti alla pena.

Al contrario, secondo la Corte si possono verificare situazioni in cui i fatti «pur integrando tutti i requisiti della fattispecie astratta, siano *in concreto* caratterizzati da un disvalore marcatamente inferiore», con le conseguenze decisorie di cui sopra.

Si aggiunge che l'interpretazione restrittiva di una certa norma incriminatrice da parte del giudice è legittima, anzi *doverosa*, «allorché sia chiaro che il suo testo *plus dicit quam voluit*: ogniqualevolta, cioè, la sussunzione del fatto concreto nella fattispecie astratta sia preclusa dall'interpretazione corretta di quest'ultima, imposta dal suo rapporto con la pena prevista dal testo normativo, alla luce del principio costituzionale di proporzionalità della pena».

Non è di immediata comprensione e praticabilità quando e come l'entità del-

¹²³ In virtù della sentenza della Corte costituzionale 19 marzo 2012, n. 68, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 cod. pen. nella parte in cui non prevedeva che la pena da esso comminata fosse diminuita quando il fatto risultasse di lieve entità.

la pena possa contribuire a configurare la *fattispecie*¹²⁴. Si può verificare che nei lavori preparatori di una legge siano rintracciabili indicazioni che l'introduzione di una nuova fattispecie ovvero l'innalzamento della pena già esistente mirino a contrastare specifici fenomeni ritenuti di allarme sociale. In tale frangente, qualora il giudice valuti che il fatto non corrisponda alla cornice entro la quale e in ragione della quale la pena è stata edittalmente stabilita, avrà almeno una base a cui appoggiare l'operazione che la Corte gli demanda. Ma non è detto che ciò sempre avvenga. Diventa allora problematico per il singolo giudice stabilire quando il fatto sottopostogli non incontri – «marcatamente» – il disvalore di fattispecie.

Inoltre, quando la questione di illegittimità sollevata ha riguardato la pena, finora la Corte costituzionale o si era astenuta dall'intervenire giudicando nella specie intangibile la discrezionalità del legislatore o l'aveva accolta con una diretta incisione sul tessuto normativo¹²⁵.

6. *Conclusioni*. Scrive de Romilly nel commentare la Trilogia eschilea che dopo gli assassini, eguali e contrari, dell'*Agamennone* e delle *Coefere* si poneva il problema *morale* della perpetuazione delle vendette a catena e dell'impossibilità, se ciascun assassinio era di per sé giustificato, di distinguere tra il delitto e la sua punizione¹²⁶. Come si è già detto, però, il problema più urgente – e la tragedia attica è tutta impregnata di attualità¹²⁷ – era quello di garantire la sicurezza della *polis*, un problema di ordine pubblico.

In questo contesto diventa coerente la scelta di lasciare Oreste libero. Oreste

¹²⁴ «Indubbiamente, un punto debole è rappresentato dalla linea di confine, non netta, tra le sotto-fattispecie che possono rientrare nell'alveo applicativo della fattispecie e quelle che il giudice deve estromettere dalla fattispecie stessa, in applicazione del principio di proporzionalità della pena. Si tratta di un problema irrisolvibile, connaturato all'esistenza di infiniti casi e di una inevitabile zona grigia» (GATTA, *Scheda*, in *Sist. pen. web*, 2025, <https://www.sistemapenale.it>).

¹²⁵ V. Corte cost., 19 luglio 1994, n. 341 (art. 341, co. 1 c.p.); Corte cost., 19 marzo 2012, n. 68 (art. 630 c.p.); Corte cost., 21 settembre 2016, n. 236 (art. 567, co. 2 c.p.); Corte cost., 25 settembre 2018, n. 222 (art. 216, ult. co. RD 16 marzo 1942, n. 267); Corte cost., 23 gennaio 2019, n. 40 (art. 73, co. 1 DPR 9 ottobre 1990, n. 309); Corte cost., 22 giugno 2021, n. 150 (art. 13 L. 8 febbraio 1948, n. 47 e art. 30, co. 4 L. 6 agosto 1990, n. 223); Corte cost., 19 ottobre 2022, n. 244 (art. 167 c.p.m.p.); Corte cost., 24 maggio 2023, n. 120 (art. 629 c.p.); Corte cost., 16 aprile 2024, n. 86 (art. 628, co. 1 e 2 c.p.); Corte cost., 16 aprile 2024, n. 91 (art. 600-ter, co. 1 n. 1 c.p.); Corte cost., 20 maggio 2025, n. 83 (art. 583-quinquies c.p.), in www.italgiure.giustizia.it.

¹²⁶ DE ROMILLY, *La tragedia greca*, cit. 33.

¹²⁷ DE ROMILLY, *La tragedia greca*, cit., 10.

più che assolto – del resto aveva ammesso la condotta criminosa, comunque nota a tutti e, anzi, ri-vendicata dal giovane atride – viene “amnestiato” o “graziato”. Se le *Eumenidi* si conclude con la rifondazione della giustizia in forme diverse dall’antico, si doveva mettere un punto fermo al passato, uno spartiacque anche simbolicamente evidente, cioè appunto l’“amnistia” o la “grazia” per Oreste¹²⁸.

Non convince, allora, la lettura secondo cui le Erinni, pur trasformate in Eumenidi, «conservano il loro posto nella amministrazione della giustizia», sicché «quella componente vendicatoria che spesso si ritiene debellata, a ben vedere, è ancora presente nel nostro sistema, nel tribunale»¹²⁹. Né sembra che alle Eumenidi venga attribuito alcun ruolo nella amministrazione della giustizia, che viene assegnato all’Aeropago, a cui le Erinni si sono sottomesse, ma quello di protettrici della città¹³⁰.

È vero che, attraverso il “timore” della sanzione, richiamato da Atena come necessaria deterrenza, il nuovo sistema incorpora il vecchio¹³¹, ma nell’ambito di uno scambio sociale che restituisce la dignità violata alla vittima¹³².

Semmai si può convenire che il superamento dell’antico nel nuovo ordine giustiziale conserva di quello la forza coercitiva del potere, necessaria – se ben diretta – alla sicurezza della collettività, ma non si mantiene come vendetta bensì come buona amministrazione della giustizia¹³³.

Nel medesimo ordine di idee si è osservato che l’innovazione dell’Aeropago diventa lo strumento per eliminare gli eccessi, sostituiti da un criterio di “mi-

¹²⁸ Secondo Cartabia non di grazia si tratterebbe, ma di fondazione di un nuovo ordine (CARTABIA, *Per una giustizia che sia volta a riparare*, in *Il Sole 24 Ore* del 27 giugno 2021). Non mi pare che le due cose siano in contraddizione. Viene da pensare all’“amnistia Togliatti”, anche allora con finalità di rifondazione conciliativa di una società lacerata.

¹²⁹ BARTOLI, *La pena: giustizia o vendetta?*, cit., 12.

¹³⁰ Nella lettura che ne dà Cacciari le Erinni restano, invece, come «esecutrici degli ordini e dei verdeti. Una sorta di tremenda *polizia* del Logos sovrano, una dimensione della sua *violenza legittima*» (CACCARI, *La doppia Dike. Lettura dell’Oresteia*, in *Dioniso*, 2014, 4, 13).

¹³¹ OST, *Mosè*, cit., 122.

¹³² OST, *Mosè*, cit., 129-130.

¹³³ CARTABIA, *Una parola di giustizia. Le Eumenidi dalla maledizione al logos*, Roma Tre Press, 2021, 31 ss. Ne fa fede il richiamo all’affresco di Ambrogio Lorenzetti del palazzo del Comune di Siena: «nella città ben governata giustizia è incoronata, punisce e premia, e genera Concordia. Nella città dominata dalla tirannide, giustizia “sta legata” e “nessun al ben comun già mai s’accorda”».

sura” come fondamento della giustizia¹³⁴.

Nonostante i dubbi che sono stati espressi sulla possibilità stessa di far convivere proficuamente giustizia punitiva e *giustizia riparativa*¹³⁵, il modello di quest’ultima sembra in realtà potere dare i suoi frutti già in istituti sparsi di diritto positivo, mentre la riforma Cartabia, pur apprezzabile nel suo sforzo di sistematizzazione, è stata probabilmente troppo timida, e comunque limitata, secondo il giudizio largamente condiviso dai commentatori.

In ogni caso, non è immaginabile, né auspicabile, un’alternatività sostitutiva della pena tradizionale. D’altra parte, nella giustizia riparativa il rapporto tra autore del reato e persona offesa si istituisce come relazione privata, pur nel contesto di una procedura pubblicistica¹³⁶, sicché essa così concepita non potrebbe in ogni caso soppiantare la pena, anche senza considerare che molti reati sono senza vittima¹³⁷. Neppure può esserne misconosciuto il rischio di una manipolazione opportunistica da parte dell’autore del reato e/o della vittima, frustrando la sua stessa ragion d’essere.

Quanto alla “*pena naturale*”, vi sono buone ragioni per escluderla in relazione alle contravvenzioni ovvero ai reati di evento che si accompagnano a violazioni della normativa antinfortunistica (per esempio, sicurezza sul lavoro o

¹³⁴ BARTOLI, *Giustizia vendicatrice*, cit., 552. Sul significato del «volto benevolo delle Eumenidi» come segno della «misura del castigo»: PULITANO, *Problema castigo*, cit., 229; ovvero «Misura è la sostanza della nuova Dike» (CACCIARI, *La doppia Dike*, cit., 16).

¹³⁵ FIANDACA, *Punizione*, cit., 166. Parla «di sostanziale alterità, se non addirittura d’incompatibilità» tra le due a causa di «un vero e proprio rapporto distonico e disfunzionale»: BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell’ambito della giustizia punitiva*, in *Sist. pen. web*, 2022, 9, https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1669673237_bartoli-2022c-giustizia-riparativa-giustizia-punitiva.pdf. E ancora: «Rispetto al paradigma penale classico, il paradigma procedurale della giustizia riparativa non sarebbe in grado di reggere una pretesa di alternatività» (PULITANO, *Sulla pena*, cit., 664).

¹³⁶ Tra l’altro, l’art. 129-bis c.p.p. stabilisce che in ogni stato e grado del procedimento l’autorità giudiziaria può disporre l’invio dell’imputato e della vittima del reato presso il Centro di riferimento per l’avvio di un programma di giustizia riparativa. Il giudice rivestirebbe quasi il ruolo di «garante» per PALAZZO, *Relazione introduttiva. Il significato dell’apertura del sistema penale alla riparazione*, in *Riparazione e giustizia riparativa nel sistema penale. Teorie, prassi e nuove prospettive*, a cura di Menghini-Mattevi, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza - Università di Trento, 2025, n. 93, 17.

¹³⁷ Per tale ragione la Corte d’appello di Milano, Sez. V, 12 luglio 2024, in *giustiziapenale.it*, ha escluso la possibilità di accedere alla giustizia riparativa in materia di stupefacenti. Viceversa, il Tribunale di sorveglianza di Lecce, 18 dicembre 2023, in *giustiziapenale.it*, l’ha ammessa sulla base di argomentazioni letterali e sistematiche (cit. in LOSAPPIO, *La giustizia riparativa e i reati senza vittima. Teorie, prassi e nuove prospettive*, in *Riparazione e giustizia riparativa*, cit., 156-157).

della circolazione stradale)¹³⁸, in quanto illeciti che vanno oltre il rapporto tra autore e vittima.

In verità, si affaccia un dubbio più radicale.

La concezione liberal-democratica della giustizia penale tende ad assolutizzare i due individualismi antagonisti dell'autore del fatto e della persona offesa, il primo sotto la specie del garantismo, il secondo in maniera meno pregnante e più vaga, ma in ogni caso come se nel mezzo ci fosse il nulla, anziché una collettività che è lesa da qualsiasi tipo di reato sia commesso, sempre che l'istituzione normativa dell'illecito penale costituisca una *extrema ratio* di protezione e risponda effettivamente al principio di offensività.

Il diritto penale è diritto pubblico per eccellenza. Anche per questo è coerente assumere che ogni reato incida in qualche modo quantomeno sul senso di sicurezza dei cittadini rispetto a una vita sociale senza strappi di quel tipo.

Se così è, trasformare la pena pubblica in un surrogato di dolore privato¹³⁹ vorrebbe dire non compensare il *vulnus* comunque inflitto alla *polis*. Cosicché si potrebbe estendere *omnibus* la conclusione che Padovani riserva a certe situazioni non surrogabili, e cioè che il fatto che il reato commesso «abbia provocato a costui [l'agente] una sofferenza qualificabile come 'pena naturale' non possa chiudere la partita sanzionatoria»¹⁴⁰.

Resta poi sempre in primo piano il tema del vincolo di legalità della pena, non scardinabile dalla cornice edittale, neppure *in bonam partem*, salvi quei casi in cui ciò è stato riconosciuto possibile dalla giurisprudenza unionale o nazionale, ai quali non pare riconducibile un istituto privo di basi normative sicure come la c.d. "pena naturale".

¹³⁸ PADOVANI, *La "pena naturale"*, cit., 3-4. La sostituzione con p.n. sembra da escludere anche per i reati dolosi, diversamente da quanto invece sostenuto in positivo da FLORIO, *La riscoperta della "poena naturalis"*, cit., 244-245. Nel medesimo senso di Florio: BRUNETTI, *Riflessioni sul diritto penale dell'atteggiamento interiore tra teoria, legislazione e prassi*, in *Penale. Diritto e procedura Web*, 2025, <https://www.penaledp.it/riflessioni-sul-diritto-penale-dellatteggiamento-interiore-tra-teoria-legislazione-e-prassi/>. Possibilista PERRONE, *Pene naturali*, cit., 776-777.

¹³⁹ Sulla elevata problematicità della rilevanza nella pena naturale della «sofferenza morale», pur da non escludere a priori, a favore del danno materiale in capo al reo (come nel caso del ladro che resti paraplegico a seguito di una caduta durante l'esecuzione della condotta, o del tentato suicidio dopo il fatto, o ancora del licenziamento conseguente al reato, o della gogna mediatica di un personaggio pubblico) v. PERRONE, *Pene naturali*, cit., 776.

¹⁴⁰ PADOVANI, *La "pena naturale"*, cit., 4.

In concreto, comunque, quale giudice non terrà conto, entro il perimetro edittale, della particolarità del caso in cui essa potrebbe venire in questione nel determinare (al ribasso) la pena “forense” e applicando, sussistendone i presupposti, i benefici di legge?

Quanto allo *sconfinamento dalla pena edittale per sproporzione*, occorre ribadire che la strada maestra dovrebbe essere quella dell’accesso alla Corte costituzionale, essendo viceversa l’uso dello strumento della riqualificazione del fatto ad opera del singolo giudice foriero di dubbi di principio e di potenziali (ma immaginabili) disparità di trattamento di casi simili da giudice a giudice¹⁴¹, oltre a minare la certezza del diritto e l’affidamento che su di esso fanno i cittadini¹⁴²; tanto è vero che quando il legislatore ha voluto autorizzare il giudice a scendere al di sotto del minimo edittale l’ha sancito espressamente¹⁴³.

Un’ultima riflessione.

La pena è l’unico istituto di diritto penale sostanziale menzionato in Costituzione. La Corte costituzionale se ne è occupata più volte, investita da giudici dubbiosi della sua legittimità. L’esecuzione è una delle parti più delicate, complesse e ostiche della procedura penale.

Eppure, si ha l’impressione che talvolta per i giudici la pena non rivesta un’importanza cruciale, concentrati come sono sull’accertamento dei fatti. Ne è specchio la sproporzione per difetto delle righe di motivazione che le sono dedicati rispetto al compendio di tutte le argomentazioni che conducono al sigillo della sanzione.

Così, sembra quasi prevalere l’asettica meccanicità di un calcolo matematico: determinazione della pena base, riduzione per le (eventuali) attenuanti (o aumento per le aggravanti), aumento per la (eventuale) continuazione.

¹⁴¹ PELISSERO, *Il principio di proporzionalità*, cit., 1372.

¹⁴² PIZZORNO, *Prima Sezione Civile contro Prima Sezione Civile*, cit., 5.

¹⁴³ V. in materia di sanzioni amministrative tributarie l’art. 7, co. 4, d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, che dispone che «qualora concorrano circostanze che rendono manifesta la sproporzione tra l’entità del tributo cui la violazione si riferisce e la sanzione, questa può essere ridotta fino alla metà del minimo».

Non si tratta certo di invocare buonismi retributivi o pelose empathie, quanto piuttosto, forse, di maturare una sensibilità, un abito mentale, che porti a riconoscere che la fine sanzionatoria del processo è l'inizio di un altro, oneroso, percorso per il condannato.