

SUL RAPPORTO FRA DIRITTO PENALE E POLITICA CRIMINALE

Il Diritto Penale Non È Una Scienza

Luciano
Eusebi

1. Dovendo introdurre, non molto tempo addietro, uno gruppo di colleghi fin da quando, all'inizio del percorso universitario, ci si definiva *giovani penalisti*¹ ritenni opportuno parlare di *astrologia*. Il tema assegnatomi, pur senza rigidità formali, era costituito dalla prevenzione dei reati e, in genere, dalla politica criminale: nondimeno, poiché godevo della benevola amicizia di ciascuno dei convenuti, potei svolgere le mie considerazioni ottenendo un ascolto incuriosito.

Osservai, in primo luogo, che è certamente possibile fissare criteri obiettivi per stabilire chi sia un buon astrologo, o per svolgere concorsi universitari di scienze astrologiche. Altro, infatti, è il ciarlatano che per lucro asserisca al bisogno determinati esiti di qualche congiunzione astrale, altro un esperto dei contenuti e delle funzioni assunti dall'astrologia nei diversi contesti culturali, di oggi o del passato; altro chi fondi il suo sapere su qualche manuale divinatorio breve destinato ai pratici, altro un interprete scrupoloso della dogmatica astrologica più accreditata, in grado di condurre quest'ultima a ulteriori deduzioni teoriche e più appaganti ricostruzioni sistemiche.

Tutto questo non ha però alcun rapporto, rilevavo, col fatto che l'astrologia assolva davvero agli obiettivi che dovrebbero esserle propri, cioè con la sua capacità di offrire risposte adeguate e, ancor prima, conoscenze effettive circa i problemi per cui ad essa si suole far ricorso: come ben lascia intendere la figura emblematica di *don Ferrante* ne *I promessi sposi*.

Del pari, aggiungevo, il sussistere o meno di tale capacità non incide in alcun modo sul fatto che l'astrologia possa essere utilizzata, comunque, per gestire problemi *reali*, con riflessi importanti nei confronti delle persone interessate: rivolgersi in un dato frangente all'astrologo conduce senza dubbio a operare delle scelte, eventualmente illogiche ma rivestite di un'auto-revolezza esoterica che mette fuori gioco le alternative; consente di evitare l'inerzia ove risulti ignoto o incerto ciò che sia ragionevole fare, o lo si voglia rimuovere; se non altro, può avere effetti soddisfattivi di ordine psicologico.

Da ultimo, feci notare come le riserve concernenti lo statuto epistemologico dell'astrologia non ne precludano in alcun modo la stessa qualifica di *scienza*, termine percepito come presidio di obiettività, ma ampiamente disponibile ad accreditare

¹ L'incontro si svolge a Bologna il 31 maggio 2002; un'ulteriore relazione introduttiva, di ambito processualpenalistico, fu tenuta dal prof. Renzo Orlandi.

qualsiasi elaborazione teorica soggettiva: chi se la sentirà di esporsi alla censura di integralismo per negare a priori che possa essere scienza, ad esempio, l'ufologia o che abbia contenuti scientifici una qualche teoria economica, politica, sociale?

Anzi, concludevo, l'astrologia potrebbe rappresentare, sulla scorta di un'espressione cara ai giuristi (e nonostante gli ammonimenti popperiani), il prototipo stesso della scientificità quale - per l'appunto - scienza *pura*, cioè svincolata nella sua elaborazione dall'influsso dei profili sovente così sfaccettati, sfuggevoli, equivoci che caratterizzano le cose, e tanto più le condotte, umane: profili sui quali si affannano l'etica, la logica e in genere le scienze empiriche di base, cioè quelle branche del sapere che sono nemiche giurate, come ben si sa, di tutte le supposte scienze pure, e dai cui condizionamenti, o dai cui giudizi, queste ultime debbono... accuratamente guardarsi.

È chiaro, infatti, che se tale influsso operasse finirebbe per inquinare l'autoreferenzialità di molti assunti concettuali, se non per esigere, nientemeno, che del loro riflettersi in forme d'intervento su fenomeni concreti siano sottoposti a verifica, entro la sfera infida del contingente, costi umani e risultati. Per non dire della pretesa di revocarne in dubbio l'accettabilità morale.

2 . Il mio parlar per parabole era, invero, molto scoperto. Sfruttando un parallelismo a effetto desideravo anzitutto evidenziare come gli apporti della teoria penalistica - tutt'altro che irrilevanti, beninteso, onde definire una sintassi che offra garanzie nel dibattito processuale - si muovano entro l'ambito di un modello dell'attività sanzionatoria ritenuto sostanzialmente indiscutibile: quello secondo cui al negativo che si esprime attraverso l'offesa di un certo bene deve corrispondere qualcosa di egualmente negativo, per analogia, da applicarsi all'offensore colpevole.

È l'idea della reciprocità commutativa (o, se si vuole, l'idea di retribuzione) in quanto dinamica che da gran tempo si considera per lo più *ovvia* della risposta giudiziaria ai fatti illeciti e del perseguimento stesso di scopi preventivi: l'idea, in altre parole, che sia giusto, inevitabile, ontologico identificare simile risposta, ove si creda di doverla rendere, in un male contrapposto al male, col corollario secondo cui la prevenzione rappresenterebbe l'effetto tipico della minaccia - e della parallela esperienza - che la giustizia, così intesa, sia in concreto attuata.

Di una simile linearità dei concetti parrebbe addirittura temerario voler verificare i risultati: una giustizia che non produca il bene è un vero e proprio non senso metafisico. A meno che il fraintendimento non riguardi la nozione stessa di giustizia.

Ne deriva che i penalisti si occupano essenzialmente delle *condizioni* in presenza delle quali punire, e non *del punire*.

Perfino dei *modi* in cui il punire si esprime essi, non a caso, s'interessano poco e assai malvolentieri: divenuto chiaro - con Hegel - che non esiste in natura, per ogni singolo illecito, una

pena giusta *in sé*, la dottrina penalistica ha rimesso al momento pregiudicato, senza chiederne conto, qualsiasi scelta riguardante le sanzioni, nulla obiettando, per esempio, circa l'egemonia assegnata al carcere tra le pene applicabili in sentenza e accettando che pure la commisurazione penale di tipo giudiziario risulti sottratta, in pratica, a motivazioni razionali.

Paradigmatico, sotto questo profilo, risulta il manuale classico dell'Antolisei, che prende in esame la pena come oggetto d'interesse giuridico solo al termine della *parte generale* e in una sorta di appendice fuori testo, dopo la descrizione di ciascuna fattispecie criminosa, nella *parte speciale*.

Manca, in effetti, all'*habitus* del penalista la riflessione sull'appropriatezza e sulla tollerabilità, rispetto ai fini loro ascritti, degli strumenti penali, quantunque le giustificazioni *relative* della pena, cioè riferite all'obiettivo della prevenzione, prevalgano da tempo su quelle *assolute*, secondo cui sussisterebbe un dovere *in sé* di punire, nei termini kantiani dell'imperativo categorico.

La disputa stessa sulla pena di morte, del resto, non è stata un tema imposto al pubblico interesse, nel corso della storia, dalla corporazione dei penalisti, come oggi non lo è, ad esempio, la disputa sulle condizioni di vita in carcere. Cesare Beccaria non insegnava diritto criminale.

Risulta di certo frequente, specie negli ultimi anni, il richiamarsi all'*effettività* dell'intervento penale: ma con ciò non viene affatto indicata l'attitudine intrinseca delle forme in cui esso si realizza a ottenere risultati preventivi, bensì la ricorrenza applicativa della sanzione, quali ne siano i contenuti, rispetto al numero dei reati commessi (in tal senso l'effettività fa da contraltare alla cifra oscura) o, ancor più spesso, il numero dei procedimenti pervenuti a sentenza rispetto a quelli iniziati.

Analogamente, si parla alquanto di *extrema ratio*, o di sussidiarietà, del diritto penale, ma l'elaborazione di strategie politico-criminali extrapenalistiche (tali da coinvolgere - non solo per quel che concerne la natura delle sanzioni - altri settori dell'ordinamento giuridico, come pure le politiche sociali e l'ambito educativo-culturale) resta quasi del tutto irreperibile.

È anzi diffusa la petizione di principio secondo cui, posto che il ricorso, già sperimentato, alla durezza della pena detentiva non sortisce livelli di tutela soddisfacenti, tanto meno questi potrebbero derivare da mezzi diversi: il che considera ovvio quanto ovvio non è, vale a dire che incentrare sulla minaccia del carcere la risposta ai fatti illeciti rappresenta *comunque* la strategia preventiva più efficace.

L'esito è costituito dall'applicazione al problema criminale di modalità per così dire *inerziali* della giustizia: si reagisce al reato *con quello che c'è*, secondo lo schema, radicatissimo, della *bilancia* (della *reciprocità* rispetto al negativo insito nel fatto illecito); e con quello che c'è si cerca di dare risposta alle esigenze che dalla commissione dei reati effettivamente derivano.

Sarebbe necessario individuare, con un discernimento oculato, simili esigenze *legittime*, per poi definire le strategie in grado di soddisfarle: e invece tutto gravita intorno alla variabile indipendente costituita dal paradigma sanzionatorio della ritorsione, attraverso il quale, senza averne per nulla saggiato l'adeguatezza, qualsivoglia istanza d'intervento sulla questione criminale e sulla frattura dei vincoli solidaristici insita nelle condotte illecite - per una sorta di automatismo - dovrebbe risultare veicolata.

Se alla vittima si offre solo l'entità della pena - quale sofferenza inflitta mediante un processo cui, per questo, è reso estraneo ogni profilo dialogico -

onde far valere il bisogno che determinati fatti lesivi siano riconosciuti come una prevaricazione e fungano da riferimento per contrastare il ripetersi di accadimenti analoghi in futuro, è chiaro che la vittima sarà indotta a ritenere tanto più realizzate le sue legittime aspirazioni - eppure sono numerosissime le testimonianze di segno diverso - quanto più l'entità suddetta risulti elevata: ma ciò non vuol dire che simili aspirazioni abbiano su questa via una risposta efficace e razionale.

Se non esiste una progettazione organica, non solo penalistica e non solo giuridica, dell'intervento inteso a prevenire determinate condotte antisociali ogni aspettativa di prevenzione verrà riferita all'attività giudiziaria penale, e pertanto all'utilizzo, finora pressoché indiscusso, del modello punitivo classico: con riflessi ben noti di supplenza del ricorso a tale modello di gestione dei problemi, reso esente da qualunque vaglio critico, rispetto al latitare di altri approcci. Il che può comportare forzature, pur di conseguire certi risultati, nell'applicazione stessa delle categorie dogmatiche, sostanziali e processuali, come pure il rischio che in determinati settori - si pensi ai reati economici - proprio la minaccia enfatica ma ineffettiva del ricorso al carcere (il quale invece è molto spesso *reale* anche rispetto alle pene brevi in altri settori) funga da alibi per la non adozione di strategie *più idonee*, siano esse di competenza penale o extrapenale, a incidere davvero sugli interessi in gioco, o ancora il rischio di pericolose solitudini dei titolari di attività d'indagine particolarmente delicate.

Una prevenzione che si autocomprenda dipendente da un'immagine della giustizia intesa come reciprocità non è in grado, inoltre, di giustificare l'impegno costituzionalmente doveroso - ma attuabile su questa via solo in termini assai marginali - per il recupero sociale dell'autore di reato: secondo quell'immagine, infatti, simile impegno sarà ritenuto pur sempre una rinuncia, motivata da istanze umanitarie, al perseguimento *pieno* della giustizia e con essa della prevenzione, o se si vuole un'apertura a profili di perdono laddove il perdono resta concepito - ma il papa Giovanni Paolo II esprime un avviso diverso ² - in termini di anti-tesi rispetto alla giustizia.

Prospettiva, questa, ovviamente disponibile a che qualsiasi disposizione la quale coltivi finalità risocializzative possa essere revocata non appena emergano elementi più o meno spontanei di allarme con riguardo al tema della criminalità.

² *Se ne confronti il messaggio per Giornata mondiale della pace del 2002 (NON C'È PACE SENZA GIUSTIZIA, NON C'È GIUSTIZIA SENZA PERDONO, in Il Regno documenti, 2002, 1, p. 4): "Il perdono va contro l'istinto spontaneo di ripagare il male col male": "nella misura in cui si affermano un'etica e una cultura del perdono, si può anche sperare in una 'politica del perdono' espressa in atteggiamenti sociali e in istituti giuridici nei quali la stessa giustizia assuma un volto più umano" (n. 8).*

Il paradosso, dunque, è quello di un apparato penalistico con cui la questione criminale viene di fatto affrontata, ma che di essa, come sistema di norme positive e come dottrina, non si fa realmente carico.

3. Con tutto ciò miravo a far emergere che il diritto penale deve rifuggire dall'assumere i caratteri di una pseudoscienza, qual è l'astrologia, ma anche che esso *non è una scienza*, né deve ambire ad esserlo.

Il diritto penale rappresenta, piuttosto, un *progetto d'intervento* - non esaustivo - su quel particolare fenomeno della vita associata che si sostanzia nei comportamenti criminosi.

Proprio perché il diritto penale, tuttavia, non è esso stesso una scienza gli sarà precluso, nel momento in cui prende in esame accadimenti empirici o requisiti soggettivi, di proporre categorie normative a *prescindere* dai dati che trovano la loro fonte nelle scienze di base.

E proprio perché, del pari, il diritto penale non è portatore di un'eticità *in sé*, che renda indiscutibili i suoi modelli consueti d'intervento, gli strumenti e le regole operative di cui intenda far uso andranno pur sempre valutati sotto il profilo etico, secondo ciò che accade in qualsivoglia altro ramo dell'attività umana.

Dunque, è la rinuncia ad accreditare se medesimo, a priori, come scienza che sola può consentire al diritto penale di non agire irrazionalmente; ed è la rinuncia a rivendicare per i suoi modelli sanzionatori l'avallo di un imperativo categorico che sola può condurre a valutare - sulla base dei principi costituzionali - la rispondenza di quei modelli, come pure delle norme concernenti la loro applicazione, a istanze di moralità.

Ciò rappresenta del resto l'unica prospettiva credibile affinché la dogmatica possa svolgere un ruolo autonomo, di limite garantistico, rispetto alla politica criminale: da un lato, imponendo a quest'ultima di non manipolare in forza di asserite istanze preventive (che rivelerebbero in tal caso natura simbolica) la considerazione nell'ambito delle categorie penalistiche e delle singole fattispecie criminose di dati fattuali o psicologici; dall'altro, facendo valere l'esigenza di un controllo costante circa la conformità degli istituti e delle strategie caratterizzanti il sistema penale al ruolo cardine che assume negli ordinamenti democratici il rispetto della dignità di ciascun individuo (cui si reca offesa, per esempio, attraverso sanzioni da scontarsi in modo puramente passivo, senza alcun appello alla capacità di compiere scelte libere da parte del condannato, ma anche, poniamo, attraverso il non rispetto del principio di colpevolezza).

Beninteso: il diritto penale, come l'intero ordinamento giuridico, non ha carattere di progettazione nel momento in cui *riconosce* i diritti dell'uomo o i beni finali meritevoli di tutela: lo ha piuttosto, quando definisce le modalità con cui rispondere in concreto, dal punto di vista preventivo, alle condotte offensive di quei beni, proponendo criteri che giudica idonei a gestire la frattura, più o meno intensa, dei vincoli solidaristici rappresentata dal reato.

Il diritto penale, dunque, non è neppure una scienza *sociale*, in quanto non ha per compito la ricognizione (che è facile trasformare in avallo, com'è accaduto con le teorie *neoretributive*) delle dinamiche operanti *di fatto*, o date per operanti, nell'atteggiamento dei consociati in rapporto alla criminalità, bensì la determinazione dei modi con cui tutelare i beni giuridici basilari, entro l'ambito di un disegno politico-criminale più ampio, secondo strategie trasparenti, razionali e vagliate criticamente quanto alla loro moralità.

È fuori di dubbio, già lo si osservava, che la teoria penalistica assolve all'impegno di sedimentare una serie di acquisizioni garantistiche, rendendole patrimonio (auspicabilmente) consolidato del diritto penale: senza dimenticare, peraltro, che tale teoria è assurda a *magna charta* delle garanzie del cittadino proprio perché autorizza nel contempo il più drastico fra gli interventi attuabili dai pubblici poteri nei confronti dei diritti individuali.

Ma è soltanto abbandonando senza rimpianti la pretesa di essere una scienza che la teoria penalistica potrà liberarsi dal ritenere le dinamiche tradizionali del punire, cui offre l'apparato applicativo, automaticamente in grado di affrontare nel migliore dei modi possibili il problema criminale: o, in altre parole, dal mettere *spensieratamente* in conto come elementi accessori di un'ontologia nient'affatto credibile della giustizia i suoi costi umani, che non di rado sono risultati drammatici ³, e una popolazione penitenziaria le cui caratteristiche di marginalità sociale esigono di chiedersi se davvero il pericolo più grave per la sicurezza del genere umano sia oggi rappresentato dalla tipologia (multietnica) di individui che quasi per intero la compongono.

4. Emerge, in quest'ottica, l'esigenza di una profonda revisione (al cui realizzarsi può essere prezioso il contributo proveniente dagli stessi detenuti) delle modalità attraverso le quali si perseguono gli scopi assegnati al diritto penale: l'esigenza - in altre parole - che si prenda congedo dal convincimento secondo cui un processo motivazionale del tipo di quello che le norme penali, per fini preventivi, sono chiamate a produrre può essere efficacemente fondato sul punire concepito in termini di ritorsione nei confronti del male commesso e dunque delle condotte qualificate criminose.

A tal proposito, in effetti, la motivazione dei comportamenti, e con ciò anche la prevenzione dei reati, appare essenzialmente ricollegabile - piuttosto che a puri fattori di coazione esterna (fattori *forza*) incentrati su un'entità di sofferenza minacciata e inflitta quale costo delle scelte trasgressive - a fattori che investono la capacità del sistema normativo di mantenere elevata in modo dinamico l'autorevolezza delle regole (fattori *consenso*), cioè l'attitudine di queste ultime a ottenere un'adesione libera, per convincimento, da parte di coloro che risultano destinatari dei messaggi in esse contenuti; al che va aggiunta l'esigenza, irrinunciabile per una seria politica criminale, di una pro-

³ Cfr. G. Tamburino, IL SUICIDIO IN CARCERE, in *Le due città. Rivista dell'Amministrazione penitenziaria*, 2001, 11, p. 26 ss.; S. Segio, IL PIANETA DELLE OMBRE E IL MAL DI CARCERE, in *Dignitas. Percorsi di carcere e di giustizia, fasc. 1*, 2002, p. 38 ss.

gettazione a largo raggio dell'intervento sugli elementi di qualsiasi natura idonei a favorire le condotte devianti.

Ciò permette di constatare come la finalità preventiva non solo tolleri, ma *esiga* percorsi sanzionatori orientati in senso dialogico al recupero, o se si vuole alla *responsabilizzazione*, dell'agente di reato (conformemente a quanto indica con chiarezza la carta costituzionale), posto che nulla conferma in modo più efficace la validità infranta di una norma violata, incidendo sulla capacità di creare imitazione che caratterizza i modelli comportamentali criminali, della presa consapevole di distanze rispetto alla condotta illecita e dell'impegno volto alla riparazione, secondo quanto gli risulti possibile, da parte dello stesso trasgressore.

Anche sotto questo profilo risulta dunque proponibile l'idea di una giustizia non ripiegata sulla nozione statica di reciprocità commutativa, bensì aperta a interrogarsi su che cosa significhi agire pur sempre secondo il bene, per tutti, dinanzi a vicende di male; disposta a rinunciare alla centralità simbolica del carcere; non dimentica di come sussista in moltissimi casi pure con riguardo a chi abbia commesso un reato il debito da onorarsi di un'integrazione sociale mai seriamente offerta.

Altro, del resto, è dire che un percorso positivo può richiedere impegno, risultare faticoso o, se si vuole, sofferto. Altro pensare la dinamica sanzionatoria in termini di negatività e di sofferenza per i suoi destinatari.

Ne risultano tratteggiati i contorni di una giustizia più umana e razionale, che non ritenga - idealisticamente - di poter sanare una frattura contrapponendo ad essa un'altra frattura, ma si veda impegnata a ricercare i modi affinché sulle ferite che siamo in grado di infliggerci e che non possiamo materialmente cancellare possa essere gettato, per così dire, *un ponte*.

Simile visione "è profondamente *democratica*; arditamente, ma ragionevolmente, essa propone di seguire il metodo consensuale là dove la democrazia si fa più difficile e sofferta: nel punto preciso in cui - con il reato - si spezza il contratto sociale e un'esistenza diventa *ferita*; nel punto preciso in cui è facile - ma inutile, *ingiusto* e nocivo - prendere la *bilancia* e la *spada*" ⁴.

⁴ C. Mazzucato, *MEDIAZIONE PENALE. UNA TESTIMONIANZA E QUALCHE RIFLESSIONE A PARTIRE DALL'ESPERIENZA MILANESE*, in *Dignitas*, fasc. 1, 2002., p. 71.