L'IRCOCERVO
PRIMA RIVISTA ELETTRONICA ITALIANA DI METODOLOGIA GIURIDICA - TEORIA GENERALE DEL DIRITTO E DOTTRINA DELLO STATO
FIRST ITALIAN DIGITAL JOURNAL OF LEGAL METHODOLOGY - GENERAL THEORY OF LAW AND DOCTRINE OF THE STATE

Fondamento e funzione della pena nel pensiero di Francesco Carnelutti

Alessandro Diddi

Università della Calabria

***Abstract*: Basis and Function of Punishment in Thought by Francesco Carnelutti**
Francesco Carnelutti, at a certain point in his life, "after having explored for a long time the secrets of law in the civil process field" felt himself more and more fascinated by the "penal law enigma" and measured himself against issues related to punishment and to its juridical-philosophical grounds as well as, in particular, on the questions, not yet solved, about the reason *why* one punishes and *how* one should punish. The reconstruction of the Author's thought, made through the re-reading of some of his numerous works, points out the surprising modernity of his observations and the originality of his proposals, which seem to be the load-bearing plot of some recent reforms of criminal law.

***Keywords*:** Punishment, Imprisonment, Retribution, Re-education.

Sommario: 1. Premessa – 2. Prevenzione e repressione – 3. Carnelutti retribuzionista? – 4. La funzione emendativa nella funzione repressiva della pena – 5. Come si punisce: il reclusorio – 6. La funzione rieducativa della reclusione – 7. La centralità del trattamento penitenziario: l'assistenza morale del recluso – 8. Quadro di sintesi – 9. L'attualità del pensiero di Francesco Carnelutti – 10. Il futuribile del pensiero di Francesco Carnelutti.

1. Premessa

La domanda sul significato e sulla funzione della sanzione penale rappresenta con ogni probabilità una delle questioni più controverse dello studio scientifico del diritto e della procedura penale, alla quale gli studiosi di entrambi i rami del diritto non sembrano ancor oggi dedicare il giusto spazio. É in effetti ancora attuale quanto Francesco Carnelutti constatava nella prolusione al corso di procedura penale nell'Università di Roma nel 1946:

> relegata nell'ultimo capitolo dei trattati di diritto penale, la teoria della pena è stata finora la cenerentola del diritto penale. Come nel campo della medicina

> lo studio della malattia ha sopraffatto per lungo tempo lo studio del farmaco, così è avvenuto per la patologia al confronto della farmacologia giuridica[1].

Come noto, dal punto di vista di teoria generale

> è una delle più vecchie e gravi questioni quella di sapere se si punisca soltanto *ne peccetur* (affinchè non si commettano altri peccati) o anche *quia peccatum est* (perché è stato commesso un peccato), e, dunque, se la pena oltre una funzione *preventiva* abbia anche una funzione *repressiva*[2].

Secondo Carnelutti la creazione di un sistema punitivo è non solo il portato naturale dell'uscita dell'individuo dallo stato primitivo dell'*homo homini lupus* e della creazione del diritto (e di quello penale, in particolare)[3], ma anche la ragione della sostituzione del sistema della pena privata della vendetta con quello della pena pubblica e dell'introduzione del processo[4] quale strumento di risoluzione di tutte

[1] F. Carnelutti, "La lotta del diritto contro il male", in *Foro italiano*, LXIX (1944-1946), IV, p. 4. Il saggio è riprodotto in Id., *Lezioni sul processo penale*, I, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1946, p. 5 e ss. Sull'argomento Id., "Cenerentola", in *Rivista di diritto processuale*, 1946, p. I e p. 1 e ss.; Id., *Questioni sul processo penale*, Zuffi, Bologna, 1950, p. 3. È significativo come lo stesso pensiero e la medesima constatazione del disinteresse della dottrina per il problema della pena, sia stato recentemente espresso da F. Palazzo, F. Viganò, *Diritto penale. Una conversazione*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 105.

[2] Così F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, Eri, Torino, 1955, p. 22. Sul tema vi è una letteratura sterminata che non può essere ricostruita. Oltre a specifiche opere che saranno richiamate nelle note che seguono, in via generale, per una ricostruzione storico-filosofica delle concezioni espresse dalla dottrina sul fondamento della pena, cfr. D. Bertaccini, *Fondamenti di critica della pena e del penitenziario*, Bononia University Press, Bologna, 2019, pp. 19 e ss.; M.A. Cattaneo, *Il problema filosofico della pena*, Editrice universitaria, Ferrara, 1978, pp. 13 e ss.; Id., voce "Pena (filosofia)", in *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Giuffrè, Milano, 1982, p. 702; G. Del Vecchio, *La giustizia*, Studium, Roma, 1946; W. Hassemener, *Warum strafe sein muss. Ein Plädoyer*, trad. it. *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 57 e ss.; A. Palladino, *Introduzione allo studio della pena*, Giuffrè, Milano, 1959.

[3] Negli studi di teoria generale, Carnelutti ha sostenuto che l'uomo nello stato di natura agisce compiendo *atti economici* (attraverso l'acquisizione di beni) per soddisfare i propri bisogni che lo conducono in uno stato di disordine, corrispondente allo stato della guerra, il superamento del quale è opera del diritto che rappresenta "un insieme di *leggi che regolano la condotta degli uomini*" (così, in *Come nasce il diritto*, cit., p. 5). Il concetto è presente in varie opere dell'A. Cfr. anche F. Carnelutti, *La guerre et la paix*, Azienda Libraria Italiana, Roma, 1945, ora in Id., *La guerra e la pace*, a cura di G. Tracuzzi, Giappichelli, Torino, 2014, p. 46: "la causa della formazione del diritto viene dell'economia".

[4] Rilevava F. Carnelutti, *La guerra e la pace*, cit., p. 72 che la funzione principale del giudice è quella di impedire la guerra "se esiste un giudice è perché non ci sia la guerra, e l'istituzione del giudice implica l'abolizione della guerra. […] All'interno dello Stato la guerra non è più una guerra, ma un crimine; all'esterno il crimine non esiste, c'è la guerra". A proposito della funzione del giudice, si v. anche F. Carnelutti, *Il problema della pena*, Tumminelli, Roma, 1945, p. 60, ove osservava che a differenza del diritto processuale civile che rappresenta il segno della patologia del diritto materiale civile (posto che esso opera laddove le regole del diritto civile non hanno potuto regolare il rapporto tra le parti), il giudizio penale è tipicamente processo: "dov'è un delitto, ivi

quelle controversie che insorgono allorquando il patto sociale, fondamento del rinnovato sistema di convivenza, venga violato[5].

Da un punto di vista di teoria generale, poiché la reazione al torto da parte dell'offeso non è né il processo penale, né il diritto penale e poiché questi cominciano laddove finisce la vendetta, la pena e il processo, con cui i sistemi hanno sostituito la reazione privata al torto subito, hanno finito per costituire in tutti gli ordinamenti gli strumenti indispensabili per evitare la situazione di conflittualità in cui diversamente gli individui finirebbero per trovarsi assurgendo ad "arma del diritto nella lotta contro il male"[6].

Individuata per questa via la ragione della introduzione della pena (il *perché si punisce*), si apre tuttavia per gli studiosi del diritto penale e della filosofia del diritto un altro grande quesito, vale a dire quello del *come* si punisce.

Un modo molto semplice per rispondere a questa domanda è certamente di tipo empirico-descrittivo[7], attraverso cioè la rappresentazione dei modelli attraverso i quali nel tempo le varie società hanno inteso dare concretezza al fenomeno sanzionatorio. Da questo punto di vista, è facile concludere che tratto comune di tale approfondimento risieda nel fatto che la pena si presenta come una sofferenza imposta ad un soggetto con un atto di autorità che consegue alla inosservanza di un obbligo di comportamento contenuto in una norma[8]: *malum passionis ob malum actionis*, secondo la nota massima di Ugo Grozio[9].

Scavando appena un poco sotto tale livello di indagine, però, si scopre immediatamente che il modo attraverso il quale gli ordinamenti hanno attuato tale logica non è, e non è mai stato, sempre lo stesso; anzitutto perché la sofferenza attraverso la quale si estrinseca la pena non è sempre uguale (essendo i vari sistemi ricorsi a vari strumenti per realizzare questo risultato); quindi perché l'esercizio

dev'essere un processo e, se non si fa, le cose non vanno bene". Sull'idea che solo con il superamento della logica della vendetta si attua la pena in senso stretto, cfr. G.P. Fletcher, *Grammatica del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 65.

[5] F. Carnelutti, *La guerra e la pace*, cit., p. 72.

[6] F. Carnelutti, "La lotta del diritto contro il male", cit., p. 4. Spiega Carnelutti in un'altra opera che la necessità della sanzione deriva dalla necessità dell'obbedienza a costituire il *corpus* del diritto (F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 5). Egli, poi, osservava che in *La guerra e la pace*, cit., p. 87 che "l'istituzione del giudice implica la proibizione di farsi giustizia da soli, e allo stesso tempo la facoltà di domandare ragione al giudice".

[7] Cfr. F. Carnelutti, "La lotta del diritto contro il male", cit., p. 4: "Perché si punisce è una questione metafisica che i giuristi abbandonano volentieri alla filosofia; come si punisce è una questione empirica, che abbandonano al mestiere".

[8] Secondo F. Carnelutti, *Arte del diritto* (1949), oggi ripubblicato a cura di D.M. Cananzi, Torino, 2017, p. 71: "senza dubbio la pena è dolore. Se non fosse dolore non sarebbe pena". Recentemente, G.M. Flick, "La contraddizione dell'ergastolo tra finalità rieducativa e pena senza fine", in G.M. Flick, *Il filo rosso della giustizia nella Costituzione. Un percorso di vita*, Giuffrè, Milano, p. 263: "La storia della pena e della sua esecuzione, al di là delle altalenanti variabili di indulgenza, di rigore e persino di malvagità, ha in sé un connotato dal quale qualsiasi riflessione non può prescindere: la sofferenza".

[9] U. Grozio, *De iure belli ac pacis*, libro II, cap. XX, p. 11.

della potestà punitiva, attraverso il quale si attua l'atto di autorità, non è mai fine a se stesso in quanto esso, il più delle volte, risponde ad una gamma di valori che, oltre a plasmare la pena nella sua concreta manifestazione, ne rappresenta anche la giustificazione sul piano etico-politico.

Approfondendo ancor più l'argomento, poi, è possibile cogliere lo stretto legame tra il *perché* e il *come* si punisce.

Per questa ragione, non appena si abbandona il livello empirico-descrittivo e si rivolge l'attenzione al fondamento assiologico della pena, questa finisce per formare oggetto di riflessioni filosofiche che, non a caso, fin dall'antichità, hanno occupato le speculazioni dei maggiori pensatori[10].

Come accennato, le teorie concernenti lo scopo e la funzione della pena, al netto di possibili sfumature, possono essere suddivise in due grandi categorie a seconda che esse siano rivolte al passato (*quia peccatum est*) ovvero al futuro (*ne peccetur*)[11]. Retributive ed assolute le prime; preventive e relative le seconde; al male si risponde con il male, secondo le teorie retributive; il male implicito nella pena viene minacciato e, quindi, inflitto al reo per realizzare fini ulteriore (impedire che lo stesso condannato possa commettere in futuro nuovi delitti; costituire esempio per prevenire che altri possano commettere reati; rieducare il condannato), in ragione delle seconde.

Anche Francesco Carnelutti, allorquando ad un certo punto della sua vita, "dopo aver a lungo esplorato i segreti del diritto nella zona del processo civile" si è sentito sempre più affascinato da quello che si potrebbe chiamare "enigma del diritto penale"[12], si è dovuto confrontare con la problematiche della pena e del suo fondamento giusfilosofico, trovandosi costretto a rispondere alle domande del *perché* si punisce e del *come* si dovrebbe punire[13], questioni, queste, che, nel

[10] Sul tema, M.A. Cattaneo, voce "Pena (filosofia)", cit. p. 702; G. Del Vecchio, *op. cit.*; A. Palladino, *Introduzione allo studio della pena*, Giuffrè, Milano, 1959.

[11] Per una ricostruzione delle varie posizioni in materia, cfr. M.A. Cattaneo, "Pena (filosofia)", cit., p. 702.

[12] F. Carnelutti, "La lotta del diritto contro il male", cit., p. 1. Cfr., sul punto, anche F. Carnelutti, *Arte del diritto*, cit., p. 67: "io sono approdato alla riva del diritto penale dopo un lungo vagare attraverso le terre del diritto civile: qualcosa come l'arrivo dal vecchio al nuovo continente! Un giorno, la più strana delle avventure accademiche fece che sbocciasse d'un colpo sull'albero del mio pensiero una gemma spuntata al tempo della mia gioventù; da allora, il problema del diritto penale ha dominato la mia mente".

[13] F. Carnelutti, "La lotta del diritto contro il male", cit., p. 4. Sulla vita e le opere di Francesco Carnelutti, v. G. Scarselli, "Francesco Carnelutti: il giurista, l'avvocato, l'uomo", in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, https://www.judicium.it/, 21 febbraio 2021 [consultato in data 30/03/2023]; G. Tarello, voce "Carnelutti, Francesco", in *Dizionario Biografico degli Italiani*, XX, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1977, pp. 452-456. Per una ricostruzione del pensiero, cfr. D. Coccopalmerio, *Francesco Carnelutti. Il 'realismo giuridico italiano'*, Esi, Napoli, 1989, pp. 15-16 secondo il quale le opere dell'A. potrebbero essere idealmente distribuite in due periodi, nel secondo dei quali, coincidente con il raggiungimento dei cinquanta e sessanta anni, "fiorisce, tra i diritti particolari, la vena del diritto penale (sostanziale e processuale), un antico amore sbocciato in ritardo". Cenni autobiografici sono presenti in varie opere dell'A. tra le quali, principalmente, F. Carnelutti, *La strada*, Tumminelli, Roma, 1941; Id., *Mio fratello Daniele*, Tumminelli, Roma,

pensiero dell'autore, come si vedrà, risulteranno tra loro interdipendenti e costituiranno lo spunto per una serie di considerazioni su aspetti ancora oggi al centro del dibattito politico.

2. Prevenzione e repressione

Ad un primo sguardo, dalle opere di Francesco Carnelutti[14], soprattutto dalle prime dedicate agli studi del processo penale, potrebbe trarsi il convincimento che egli abbia aderito in maniera netta ed incondizionata alle teorie retribuzionistiche della pena[15].

In vari saggi, infatti, egli ha chiaramente affermato che la pena, intesa come effetto per la violazione di una norma di comportamento, non svolge una funzione preventiva in quanto essa deve essere considerata, anzitutto, un male legato al reato attraverso un rapporto di tipo causale (un *post hoc*, *propter hoc*): un *malum passionis propter malum actionis,* vale a dire un male che si patisce per il male che si è fatto patire e che, dunque, svolge certamente una funzione repressivo-retributiva[16].

A ben vedere, l'A. era partito da tali premesse per prendere le distanze dalle posizioni assunte da quella dottrina che rinveniva la giustificazione della pena

1943², ed Id., "Lettera ai miei discepoli", in *Questioni sul processo penale*, Zuffi, Bologna, 1950, p. V e ss.

[14] Come osservato da chi ha dedicato ampi approfondimenti alle opere di Francesco Carnelutti, "nessuno è mai riuscito a mettere ordine nella sterminata bibliografia di Francesco Carnelutti". Così, G. Tracuzzi, "Bibliografia di Francesco Carnelutti*: work in progress*", introduzione a F. Carnelutti, *Il canto del grillo* (1955), a cura di G.P. Calabrò, Cedam, Padova, 2014, p. XXVIII.

[15] La teoria retributiva della pena era stata seguita da molteplici esponenti della scuola classica del diritto penale. Si v., E. Pessina, *Manuale del diritto penale italiano*, I, Eugenio Marghieri, Napoli, 1893, pp. 10-11; P. Rossi, *Trattato di diritto penale*, Borroni e Scotti, Milano, 1852, p. 143. In una posizione particolare si colloca Francesco Carrara, ritenuto il più rappresentativo esponente della scuola classica. Nella sua principale opera (v. F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Giusti, Lucca, 1891⁴, p. 404) egli sembra aver aderito alla teoria della retribuzione. Ciononostante in altre opere egli sembra collocarsi su posizioni della pena con finalità di difesa sociale. Sul tema, M.A. Cattaneo, *Il problema filosofico*, cit., p. 18; F. Cavalla, *Il problema della pena. Il superamento della concezione razionalistica della difesa sociale*, Cedam, Padova, 1979, p. 50. Come sottolineato da M.A. Cattaneo, cit., pp. 14 e ss. vi sarebbe la tendenza (alla quale, però, l'A. non pare molto convinto) di distinguere all'intendo della teoria della retribuzione una concezione *morale* da una *giuridica*.

[16] Così F. Cavalla, *Il problema della pena*, cit., pp. 14-15. Si noti che nel pensiero dell'A., in linea di terminologia, "assai meglio conviene per definire la funzione della pena il concetto della *repressione* che quello della *retribuzione*. Quest'ultimo giova bensì a metter l'accento sul suo fondamento morale, ma assai meno a denotare il rapporto tra pena e reato, la cui verità è nella efficacia eliminativa della prima rispetto al secondo onde se sul piano del finito la pena si aggiunge al reato, sul piano dell'infinito gli si contrappone e lo cancella" (*ibidem*). Sull'argomento, F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 22.

essenzialmente nella realizzazione di una funzione preventiva[17]. Secondo il suo pensiero la pena ha la virtù "non tanto di prevenire il reato ancora da commettere quanto di eliminare il reato già commesso"[18].

È facile rinvenire in queste prime riflessioni gli echi di un dibattito tra le scuole classiche e positive, sorto alla fine dell'800 ma ancora vivo verso la metà del secolo scorso[19].

In aperta polemica con le derive positivistiche che avrebbero potuto trasformare la pena in uno strumento di difesa sociale[20], dopo aver operato un netto distinguo tra le funzioni che svolgono le misure di sicurezza ("far diventare il reato impossibile")[21] e la pena in senso stretto (finalizzata a realizzare un effetto ripristinatorio), Carnelutti sposa le premesse delle teorie retribuzionistiche che, meglio di ogni altre, in contrapposizione con le teorie relative, possono rappresentare il punto di vista di chi non vuole confondere il piano della repressione con quello della prevenzione.

Sebbene non si possa negare che, oltre ad una "funzione repressiva" la pena possa essere impiegata anche per impedire la commissione di ulteriori violazioni, quelle repressive e quelle preventive "sono due funzioni distinte e diverse e la

[17] Così, espressamente, prendendo spunto dal noto principio espresso da Seneca (*nemo prudens punit quia peccatum est se ne peccetur*), F. Carnelutti, *Arte del diritto*, cit., p. 69. Come noto, una posizione a favore della teoria della prevenzione è stata assunta da C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cap. XV: "il fine ultimo delle pene non è di tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso. […]. Il fine dunque non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali". Sull'opera e sul pensiero del Beccaria, si v. il recente saggio P. Audegean, *Violenza e giustizia. Beccaria e la questione penale*, Il Mulino, Bologna, 2023. Sull'influsso che l'opera dell'A. milanese ha prodotto sullo sviluppo della letteratura contemporanea e successiva v. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 462 e ss.

[18] F. Carnelutti, *Il problema della pena*, cit., p.19.

[19] Per una ricostruzione delle posizioni delle due scuole, cfr. F. Cavalla, *La pena come problema*, cit., pp. 25 e ss.; E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Il Mulino, Bologna, 1980, pp. 20 e ss.; E. Gentile, "La difesa sociale", in P. Pittaro (a cura di), *Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità?*, Eut Edizioni, Trieste, 2012, pp. 75-81; U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano. Da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, Fratelli Bocci, Torino, 1932².

[20] Cfr. F. Carnelutti, "La lotta del diritto contro il male", cit., pp. 5 e 6: "la pena, infatti, risolvendosi nella *misura di sicurezza,* implica piuttosto che il *reato* il *pericolo del reato.* Il suo presupposto è, in luogo della *reità,* la *pericolosità* di un uomo. […]. Se si punisce *ne peccetur,* il reato non è presupposto *necessario*; se non si punisce *quia peccatum est* il reato non è un presupposto sufficiente della pena. La formula della seconda deduzione è la negazione della responsabilità del reo, ch'era stata fino allora il cardine del diritto penale. Il centro di gravità di questo s'è spostato dalla giustizia all'utilità. Il risultato dello spostamento, in termini tecnici, è la frattura tra le pene e il reato. Ognuno di noi sente che però questa è anche la frattura tra la scienza ed il buon senso". Sul punto anche p. 14. In molte opere, Francesco Carnelutti ha criticato le posizioni di Enrico Ferri, morto nel 1929, considerato massimo rappresentante della scuola positiva. Sulla vita e le opere di Enrico Ferri, cfr. G. Sircana, voce "Ferri, Enrico", in *Dizionario Biografico degli Italiani*, XXVII, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1997, pp. 139-145.

[21] F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, cit., p. 39.

diversità si risolve in una *preminenza* della prima, in confronto della quale la seconda è una funzione accessoria"[22].

Proprio in linea con tale premessa, che sembra riecheggiare le note posizioni espresse sull'argomento da Immanuel Kant[23], Carnelutti ha limpidamente ribadito che

> quand'anche potesse essere sicuramente escluso che il reato possa ripetersi per opera di chi lo ha commesso o di altri, la pena tuttavia dovrebbe essere inflitta perché il suo scopo primo non è quello di impedire che altri reati si compiano, ma di ottenere che il reato commesso si cancelli[24].

Dall'analisi delle opere dell'Autore si può constatare che a tale conclusione egli sia approdato seguendo due percorsi: l'uno, per così dire, empirico e, l'altro, metagiuridico. Quest'ultimo, come si vedrà, oltre costituire la premessa per dare risposta ad una delle obiezioni più significative che si oppone alla teoria retributivistica (vale a dire come il male inflitto al condannato possa *cancellare il reato commesso*), rappresenta anche la base di partenza di una serie di riflessioni che porterà l'A. a distaccarsi dai rigidi confini delle teorie assolute della pena.

Come emerge da un saggio del 1945, il fatto che da sempre l'uomo attraverso le sue leggi abbia stabilito che ad un male arrecato debba conseguire un altro male ad esso proporzionato non si può spiegare come frutto di una invenzione arbitraria, bensì come l'effetto del verificarsi di un fenomeno imitativo da parte della legge giuridica rispetto a quella naturale[25] che, a sua volta, risponderebbe ad un'esigenza altrettanto naturale qual è quella di ristabilire un ordine violato dalla commissione di un reato[26].

Poiché, infatti, il reato reca danno oltre che alla persona offesa anche alla "*societas*, la quale in varii sensi o meglio in varie grandezze può essere intesa e, tra esse, in quella, alla quale corrisponde, come organizzazione o come persona giuridica, lo Stato"[27], la pena serve per ristabilire l'ordine violato.

3. Carnelutti retribuzionista?

[22] F. Carnelutti, *Il problema della pena*, cit., p. 21.
[23] I. Kant, *La metafisica dei costumi. Parte prima. La dottrina del diritto. Prima traduzione italiana*, Paravia e C., Torino, 1916, p. 177. "Anche se la società civile si sciogliesse con l'accordo di tutti i membri (per esempio, il popolo che abita un'isola deserta decidesse di separarsi e di spargersi per tutto il mondo), l'ultimo assassino, che si trova in prigione, dovrebbe prima venire giustiziato in modo che ad ognuno tocchi ciò che i suoi atti meritano". Con riferimento a tale argomento, cfr. F. Carnelutti, *Arte del diritto*, p. 70.
[24] F. Carnelutti, *Il problema della pena*, cit., p. 21.
[25] *Ivi*, p. 16.
[26] *Ivi*, p. 17.
[27] *Ivi*, p. 61.

Come accennato, sebbene per contrastare le posizioni della scuola positiva abbia attinto alle teorie retribuzionistiche della pena, Francesco Carnelutti non vi ha tuttavia aderito incondizionatamente. In maniera più marcata nei saggi più recenti, infatti, egli ha elaborato una propria teoria della pena che lo ha via via fatto distaccare dalle teorie assolute per approdare ad una concezione che ha trovato accoglimento nella Costituzione.

La concezione dell'ordinamento rispondente ad un principio di ordine[28]; l'idea che "il delitto è un disordine e [che] il processo serve a restaurare l'ordine"[29]; che il disordine cagionato con il delitto corrisponda ad una rottura di un equilibrio idonea, a sua volta, a mettere in moto forze che lo ristabiliscono; il ritenere, in questo gioco di azioni e reazioni, che anche la pena e, con essa, la sofferenza che si fa patire al reo, appartenga ad una simile forza in grado di eliminare il reato realizzando una *restitutio in integrum*, rappresentano certamente premesse del ragionamento che, oltre a costituire un portato delle sue visioni del diritto e della legge[30], colloca certamente Carnelutti nel solco di coloro che hanno aderito alle teorie retributivistiche della pena[31].

Come accennato, però, una delle obiezioni più serie che si può opporre alle teorie retributivistiche è la spiegazione di come il male inflitto con la pena possa elidere il male inflitto con il reato. Poiché *factum infectum fieri nequit*, è un dovere delle scienze penalistiche farsi carico di spiegare come il male potrebbe eliminare le conseguenze dannose del reato e, dunque, avere in concreto una finalità autenticamente retributiva.

A tali domande non sempre si è data una risposta soddisfacente. Anche autorevoli esponenti della scuola classica, in effetti, non sono riusciti a spiegare come dal male possa scaturire un effetto ripristinatorio, perché, dal punto di vista

[28] Cfr. F. Carnelutti, *Introduzione allo studio del diritto*, Foro italiano, Roma, 1943, p. 62 ove si precisa che il concetto di ordine non denota tanto il complesso di leggi empiricamente rilevato, "quanto quella loro totalità empiricamente non rilevabile, che gli uomini intuiscono ma non comprendono e verso la quale tendono in uno sforzo senza posa".

[29] F. Carnelutti, *Le miserie del processo penale*, Eri, Torino, 1957, p. 54.

[30] Come si è accennato, *supra* nt. 3 secondo Carnelutti il diritto nasce come un'esigenza dell'uomo per superare la situazione di caos e di guerra nella quale verserebbe laddove agisse solamente per soddisfare i bisogni ed alla quale approda, attraverso vari stadi, dopo aver dapprima superato lo stato di guerra con la pace mediante il *contratto* (che, tuttavia, rappresenta un equilibrio sempre instabile e precario perché alla mercè della sopraffazione di una delle parti che potrebbe non rispettarlo) e, poi, l'*accordo* (che si compone di un complesso di comandi, a loro volta sintesi di precetto e sanzione, e obbedienze). F. Carnelutti *Come nasce il diritto*, cit. La medesima posizione era stata espressa dall'A. in F. Carnelutti, *La guerra e la pace*, cit., pp. 37 e ss. e p. 62: "il diritto non è dunque la frontiera, ma la *stabilità della frontiera.* La frontiera, in virtù della minaccia, diventa una regola". Per una ricostruzione del pensiero dell'A., D. Coccopalmerio, *op. cit*., pp. 19 e ss.

[31] L'immagine del reato quale condotta che reca disordine è stata affermata in varie opere. Si v. F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, cit., p. 62. Secondo M.A. Cattaneo, *Il problema filosofico*, cit., p. 41, le teorie della retribuzione mettono in evidenza mettono in evidenza "un carattere della pena il quale, se non ne può costituire l'unico valore, è però imprescindibile: mi riferisco all'aspetto *afflittivo* della pena che, almeno in una certa misura, non è eliminabile, se non si vuole rinunciare completamente, come tendono a fare certe correnti moderne di pensiero".

logico è impossibile cancellare il passato: "posto un omicidio, il morto poiché è morto, non può tornare vivo"[32].

In effetti è difficile per l'uomo che vive in un tempo e in uno spazio definito anche solo pensare che il passato sia reversibile ed un omicidio, per tornare all'esempio, quando consumato, possa essere negato.

A prima vista parrebbe che questo grande enigma possa essere spiegato solo da un punto di vista empirico, nel senso che il male inflitto con la pena è destinato a produrre semplicemente un senso di "appagamento", vale a dire quello "che gli uomini provano per la pena espiata da chi ha commesso il reato"[33].

È ovvio che se ci si fermasse a questo rilievo, si sarebbe semplicemente applicata la logica sottesa alla legge del taglione alla pena pubblica e non ci si allontanerebbe – nonostante i progressi compiuti dall'umanità per abbandonare il disordine nel quale si trovava prima dell'origine del diritto – dall'idea primitiva della pena come vendetta privata[34]. Soprattutto, in tal modo, non si risponderebbe alla domanda di come sia possibile che, all'inflizione di un male che raddoppia il male, derivi un *ripristinum in integrum*.

In effetti, esaminando da vicino le teorie retributivistiche, non si può non constatare una certa astrattezza nella risposta che normalmente viene fornita al quesito.

Ora, l'approfondimento di tale aspetto costituisce uno dei momenti più profondi ed originali del pensiero di Francesco Carnelutti – tenuto conto anche dell'epoca storica in cui egli scriveva – che lo porta anche a prendere le distanze dalle posizioni più intransigenti delle teorie assolute della pena[35].

La conclusione per la quale la pena non si risolve affatto in un equivalente tra le conseguenze patite dalla vittima e quelle inflitte all'autore del reato deriva

[32] F. Carnelutti, "La lotta del diritto contro il male", cit., p. 7. Spiegava ancora F. Carnelutti, *Arte del diritto*, cit., p. 70 che il difetto della formula groziana *malum passionis ob malum actionis*, è rappresentato dal fatto che "due mali sono più male che un male solo".

[33] F. Carnelutti, *Il problema della pena*, cit., p. 17.

[34] Così chiaramente F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 23, che a proposito del principio della retribuzione in senso tradizionale afferma costituire "residuo della vendetta". Per una ricostruzione delle posizioni riconducibili alle c.d. teorie assolute, cfr. A. Palladino, *Introduzione allo studio*, cit., pp. 10 e ss.

[35] In opere più recenti, il distacco dalle teorie assolute è addirittura esplicito. Sul punto, si v. F. Carnelutti, "La pena dell'ergastolo è costituzionale?", in *Rivista diritto processuale*, 1956, p. 1: "la dottrina, nel settore classico, continua ad essere aduggiata dalla cosiddetta concezione retributiva; tuttavia, accanto alla retribuzione, si acconcia a collocare l'emenda quale altro dei suoi scopi; a poco a poco si accorgeranno anche i classici che codesto accoppiamento è essenzialmente illogico". Nelle prime opere dedicate al diritto penale (cfr. F. Carnelutti, *Teoria generale del reato*, Cedam, Padova, 1933, p. 6), il pensiero dell'A. non era così nitido; egli sembrava più orientato ad abbracciare le conclusioni della teoria preventiva della pena: "il vero è che si punisce l'autore del fatto dannoso per far paura a tutti (quindi agli altri ed a lui medesimo) così che non commettano altri fatti consimili", pur evidenziando che "in linea di massima si può affermare con sicurezza che la pena meno imperfetta è quella che ha la maggior idoneità ad agire in modo benefico sulla società (sugli altri) e sul delinquente" e che, comunque, essa deve essere proporzionata alla gravità del fatto.

anzitutto da una constatazione, quella dell'abbandono, da parte dei sistemi penali moderni, della varietà delle pene rispetto alla molteplicità dei fenomeni criminosi.

In effetti, orientando lo sguardo in questa direzione, è facile notare come negli ordinamenti "le varietà del reato diventano sempre più mentre le varietà delle pene, col progredire del diritto, diventano sempre meno", riducendosi queste ultime sostanzialmente alla *reclusione* e all'*obbligo di pagamento di una somma di denaro*[36].

Si tratta di un dato empirico significativo, che rappresenta un segnale della rottura dell'idea che la pena sia semplicemente un male quantitativamente e qualitativamente corrispondente a quello inflitto.

Le pene attraverso le quali gli ordinamenti attuano la funzione repressiva hanno poi una caratteristica peculiare, quella cioè di essere non solo privative di un bene o lesive di un interesse, ma di provocare anche uno stato di soggezione, essendo inflitte contro il volere di chi le subisce perché ne comprimono la libertà di autodeterminazione.

Ma – e qui uno dei passaggi cruciali del ragionamento di Carnelutti – anche l'azione cattiva (il reato) non è una manifestazione di libertà, bensì un atto di negazione (di non esercizio) della libertà, in quanto quest'ultima "*non è l'astratta possibilità di scegliere tra il bene ed il male, ma la concreta potenza di scegliere il bene*"[37].

Per comprendere questo snodo del pensiero di Francesco Carnelutti, occorre ricordare che secondo l'A. alla base della nascita del diritto c'è un atto di libertà, quello che ha consentito all'*homo oeconomicus,* vale a dire quello che agisce solo per soddisfare i propri bisogni, di superare lo stato di guerra per approdare alla pace stabile e duratura[38], condizione indispensabile per consentire all'uomo di migliorarsi rispetto allo stato di natura[39].

La libertà, infatti, "non si risolve in una assenza o inoperosità della legge rispetto all'uomo, ma, al contrario, in una maggiore presenza o attività: la libertà, in confronto a necessità, non è altro che capacità di obbedire"[40].

Se gli uomini fossero davvero liberi, perché ispirati nel loro agire solo dal rispetto dell'altro e l'altro fosse visto come persona da rispettare al pari di sé stessi, infatti, essi potrebbero godere della pace e del bene spettante loro naturalmente. Il fatto, però, che non ne possano disporre sta a significare non solo che essi non sono completamente liberi, ma che occorre l'intervento del diritto per assicurare l'ordine: quello civile, che si premura di risolvere i conflitti con modalità diverse dalla

[36] F. Carnelutti, *Il problema della pena*, cit., p. 29.
[37] *Ivi*, p. 31
[38] V. *supra* nt. 3 e nt. 30.
[39] F. Carnelutti, *Introduzione*, cit., p. 65.
[40] *Ivi*, p. 66.

guerra; quello penale, che ostacola la risoluzione dei conflitti di interessi mediante il ricorso alla guerra[41].

Ecco, dunque, che il delitto, che nello stato di ordine creato dal diritto, determina una situazione di disordine, oltre che atto di disobbedienza è anzitutto un atto di lesione dello stato di pace in cui si trovano gli uomini, i quali, da liberi, hanno accettato di essere regolati dal diritto. Ed ecco soprattutto che con il reato l'agente si è posto in una situazione corrispondente a quella di '*servitù*' perché, potendo agire da libero rispettando il principio del *neminem laedere* e per sostenere l'altro non facendosi soggiogare passivamente dai bisogni e dalle leggi della natura, ha deciso di agire da '*servo'* facendo del male ad un altro[42].

Orbene, attraverso la pena si crea una situazione corrispondente a quella della servitù, riconducendo l'autore del reato nella situazione in cui si è volontariamente messo, perché attraverso la sua esecuzione l'uomo libero, che non può essere considerato tale perché in realtà si è fatto servo del male e dunque si è collocato nel consorzio civile in un posto che non poteva godere, con l'esecuzione della pena viene in sostanza riposizionato nella sede che gli spettava[43].

4. La funzione emendativa nella funzione repressiva della pena

[41] Così F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, cit., p. 38; Id., "La lotta del diritto contro il male", cit., p. 2. Con il termine 'guerra', l'A, non intende solo il conflitto armato tra popoli; quella è la 'guerra macroscopica'; accanto ad essa vi è la 'guerra microscopica'; "il furto, per esempio, ha l'essenza della guerra [che] prima di essere combattuta tra i popoli è combattuta tra gli individui" (così, F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 12). Sull'argomento Id., *La guerra e la pace*, cit., p. 41 e p. 72. In questi passaggi Francesco Carnelutti sembra aver tratto ispirazione dal pensiero di Cesare Beccaria che, come noto, aveva precisamente ravvisato nella creazione delle istituzioni regolate dal diritto la condizione necessaria per l'esercizio del diritto di libertà. V. C. Beccaria, *Dei delitti*, cit., par. 1, "Le leggi sono le condizioni, colle quali uomini indipendenti ed isolati si unirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra, e di godere una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla: essi ne sacrificarono una parte per goderne il restante con sicurezza e tranquillità". Per una ricostruzione di questo passaggio del pensiero di Cesare Beccaria, v. P. Audegean, *Violenza e giustizia*, cit., p. 47-50 e p. 74.

[42] Ha spiegato F. Carnelutti, *Arte del diritto*, cit., p. 17 che il diritto è una forza che interviene perché gli uomini non sanno impostare i loro rapporti sul rispetto reciproco. "Fino a tanto che gli uomini non sappiano amare – osservava F. Carnelutti, *Arte del diritto*, cit., p. 17 – avranno bisogno del giudice e del gendarme per tenersi uniti. In altre parole; fino a che gli uomini non sappiano amare non c'è altro mezzo che obbligarli. […]. Occorre assoggettare l'uomo che non riesce a fare il bene; e il vero bene non può essere il bene di lui soltanto, ma di tutti gli altri. […]. Tra due uomini che non hanno cibo sufficiente per l'uno e per l'altro, il più forte quanto uccide il più debole per mangiare da solo, non è un libero, ma un servo; non la forza di uccidere, ma quella di sostenere l'altro, malgrado la propria fame, merita il nome di libertà. La libertà, insomma, non è potere sugli altri, ma su sé medesimo: non *dominium alterius*, sibbene *dominium sui*".

[43] F. Carnelutti, *Il problema della pena*, cit., p. 34.

Chiarito, dunque, che la pena ripristina l'ordine perché, appunto, ricostruisce quella situazione di equilibrio originario ricollocando la persona nel suo ambito[44], è importante osservare che tale stato di cose non deve rimanere inalterato nel tempo. Proprio sviluppando questa premessa, Francesco Carnelutti si distacca nettamente dalle concezioni retribuzionistiche assolute, conferendo alla sua ricostruzione un tratto di autentica originalità.

Secondo Francesco Carnelutti, infatti, "il reato si elimina non in quanto chi è servo rimanga servo bensì in quanto chi è servo acquisti la libertà" e, dunque, "il reato non è represso fino a quando il reo non sia emendato"[45]. Se con il reato il reo si è posto a livello della bestia, la pena è contraria al reato in quanto gli consente la risalita verso l'uomo[46].

Questa formula si traduce in quello che l'A. definisce "*la implicazione della funzione emendativa nella funzione repressiva della pena*",[47] che in concreto si realizza attraverso il pentimento che

> altro non è che una *condanna di sé stesso, e la penitenza una spontanea espiazione. Si pente chi riconosce il suo peccato, e il riconoscimento o l'accertamento di esso è la condanna; ma tale riconoscimento per esser vero, implica una compiuta inversione dell'anima del colpevole, il quale, ritornando sul suo atto, si giudica, si vergogna e si punisce*[48].

"*Penitenza*", sottolinea Francesco Carnelutti,

> in confronto di pentimento, è una parola più espressiva perché lascia meglio vedere, nella pena, la sua radice. *Me poenitet* significa veramente *io mi punisco*. Ma non si punisce senza giudicare, né purtroppo, si giudica senza punire. Ciò vuol dire che chi si pente è giudice e punitore di sé. Ma non si può giudicare e punire sé stesso senza avere in orrore il suo reato, che vuol dire il suo passato[49].

E poiché il colpevole pentito non si può considerare ancora colpevole, come insegna il Vangelo[50], ecco che, in conclusione, per rispondere alla sua funzione, la pena non deve risolversi nell'inflizione di una sofferenza fine a se stessa; essa deve piuttosto risolversi in una imposizione al reo di un certo modo di vivere *"per cui egli possa, al più presto ed il più sicuramente possibile, raggiungere il pentimento*

[44] *Ivi*, p. 34.
[45] F. Carnelutti, *Il problema della pena*, cit., p. 35.
[46] F. Carnelutti, "La lotta del diritto contro il male", cit., p. 14.
[47] F. Carnelutti, *Il problema della pena*, cit. p. 35.
[48] *Ivi*, p. 36.
[49] F. Carnelutti, "La lotta del diritto contro il male", cit., p. 8.
[50] Cfr. F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, cit., p. 62 che, a sostegno dell'argomento, richiama la parabola del figliol prodigo e quella del lavoratore dell'undicesima ora.

e, con esso riacquistare la libertà"[51]; la pena, in definitiva, non serve a togliere ma a dare la libertà[52].

Tale intuizione, che evidentemente risente dell'adesione ai valori del Cristianesimo ai quale l'A. si era continuamente ispirato nelle sue riflessioni dottrinarie, trova una sua più esplicita manifestazione in opere più recenti nelle quali egli, oltre ribadire l'esigenza di non confondere il piano della repressione con quello della prevenzione, spiega che l'idea di infliggere un male solo perché si è fatto patire un male è "contraria, prima di tutto, all'insegnamento di Cristo, il quale ha chiaramente detto che non il male ma solo il bene può vincere il male" e che il 'dolore' che si cagiona con la pena non è mai fine a se stesso bensì "il mezzo della redenzione", "la via per la quale pena diventa il pentimento" e, in ultimo, si realizza l'emenda[53].

Il vero è che il germe di bene – scriveva Carnelutti – in ciascuno di noi, non nei delinquenti soltanto, è imprigionato. Chi ne ha più, chi ne ha meno; ma nessuno di noi ha tutto lo spazio, che dovrebbe avere. Tutti, in una parola, siamo in prigione; una prigione che non si vede, ma non si può non sentire e fintanto che si è chiusi in sé, nella sollecitudine per sé, nell'amore di sé, ognuno di noi è in sostanza imprigionato e chi commette il delitto non fa altro che far esplodere l'egoismo nella sua radice[54].

Orbene, la funzione emendativa che può essere esercitata da quella repressione si realizza proprio perché la pena, operando sul piano spirituale, se non può far tornare vivo un morto, non è vero che non possa non far diventare buono un cattivo ed

> ecco perché, se nel campo del danno *fatum infectum fieri nequit*, in quello, invece, del reato è possibile il retroagire della pena sul reato: se, per effetto della pena, il cattivo diventa buono non tanto cessa quanto sparisce la sua cattiveria e il reato non c'è mai stato[55].

[51] F. Carnelutti, *Il problema della pena*, cit., p. 37.
[52] *Ivi*, p. 46; Id., *Arte del diritto*, cit., pp. 72-73.
[53] F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 23. Id., *Le miserie del processo penale*, cit., p. 21: "i sapienti, i quali continuano a considerare la pena, secondo una formula famosa, come un male che fa soffrire al delinquente per il male che egli ha fatto soffrire, ignorano o dimenticano quello che Cristo ha detto a proposito del demonio che non serve a scacciare il demonio: non è con il male che si può vincere il male". La tesi di F. Carnelutti è in linea con quanto nello stesso contesto storico affermava G. Del Vecchio, *op. cit.*, p. 186, il quale osservava come la pena dovrebbe essere un *bonum actionis* ossia "un'attività in senso contrario all'autore del delitto medesimo, la quale ne annulli è riduca gli effetti" e che il pentimento ed il rimorso) "dell'attività riparatrice è o dovrebbe essere il presupposto". Ovviamente, non si può affermare che Francesco Carnelutti sia l'ideatore della teoria dell'emenda la quale rinviene basi filosofiche assai più risalenti ed autorevoli nel pensiero di Platone. Sull'argomento, P. Audegean, *Violenza e giustizia*, cit., p. 36.
[54] F. Carnelutti, *Le miserie del processo penale*, cit., p. 22.
[55] F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, cit., pp. 62-63. Il concetto è stato sviluppato da F. Carnelutti anche nel corso delle sue arringhe. Si v. "Arringa dell'avv. Francesco Carnelutti", in G.P. Augenti, G. Mastino del Rio, F. Carnelutti, *Il Dramma di Graziani nelle arringhe della difesa*, Zuffi,

5. Come si punisce: il reclusorio

Chiarito il fondamento della pena, c'è un secondo aspetto che immediatamente si pone all'attenzione dell'interprete.

Come accennato, per superare una concezione meramente materiale della funzione retributiva della pena, l'A. muove dalla constatazione che nei sistemi penali moderni, col progredire del diritto, le pene tendono a ridursi sostanzialmente alla reclusione e all'obbligo di pagamento di una somma di denaro.

In effetti uno sguardo alla storia dimostra che per ristabilire l'ordine giuridico violato gli ordinamenti abbiano fatto ricorso a molteplici strumenti, che, in ultima analisi, finiscono per incidere sui beni più preziosi della persona: la vita (pena di morte), la integrità fisica (pene corporali), la libertà (reclusione), la capacità d'agire (le pene interdittive), il patrimonio (le ammende e le confische) e l'onore (le pene stigmatizzanti)[56].

Ferma sempre la premessa di non confondere la funzione preventiva con quella repressiva, proprio perché la pena costituisce un mezzo per stimolare il pentimento del condannato, non può essere anzitutto considerata tale la pena di morte, che, al limite, in quanto determina l'eliminazione del reo, e, con essa, la stessa possibilità di completamento del percorso di pentimento, potrebbe trovare una razionale giustificazione nell'esigenza di prevenzione del reato. L'uccisione del reo, infatti, realizza al cento per cento *la impossibilità* che egli commetta un altro reato[57], con la conseguenza che, sul piano logico, il problema della pena di morte "si può pertanto porre sul terreno della misura di sicurezza non su quello della pena"[58].

Bologna, 1950, p. 306: "quando noi diciamo che il delitto non è il danno, che l'omicidio non è il cadavere di chi è morto ma lo spirito di chi ha ucciso, è propriamente scoperta quella difficoltà, quel tormento, quella nobiltà. Non si tratta di giudicare un uomo per quello *che ha fatto*, ma per quello *che ha pensato e ha voluto fare*".

[56] Sull'argomento, cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1987, cit., p. 382 e ss.

[57] F. Carnelutti, "La lotta del diritto contro il male", cit., p. 5

[58] Ovviamente l'A. è fermamente contrario alla pena di morte. In una celebre arringa (v., F. Carnelutti, "In difesa di Rodolfo Graziani", in Id., *Controvento*, Morano, Napoli, 1962, p. 146) egli affermò che "la condanna a morte anziché un atto di giustizia è un delitto". A proposito della pena capitale, cfr. F. Carnelutti, *Il problema della pena*, cit., p. 38: "qualunque sia il valore profilattico che all'uccisione del reo l'esperienza consenta di attribuire […], trovo che il suo costo è così grave da sconsigliarla in ogni caso: uccidendo un uomo, a differenza di un animale, non si tronca soltanto una vita, ma si anticipa il termine fissato da Dio allo sviluppo d'uno spirito ossia alla conquista di una libertà". In maniera ancor più efficace F. Carnelutti, "La pena di morte nel diritto pubblico", in *Rivista di diritto pubblico*, I (1931), pp. 349 e ss. "conviene ammettere che la pena è un male non solo per chi la subisce, ma per la stessa società. Non sarebbe inesatto pensare che questa, anzi, mentre la infligge, la subisce essa medesima; che, insomma, castigando il colpevole, reca un danno a sé. Diversamente accade, per le altre sanzioni: la esecuzione o il risarcimento, ciò che tolgono all'uno, danno all'altro e, per la società, finiscono in un compenso: la pena no. Questa non apparisce mai tanto chiaro come la pena di morte: quando viene ucciso un omicida, i morti sono due. E la

Analogamente, secondo l'A. non possono essere considerate pene in senso stretto nemmeno quelle pecuniarie che, pure, sono frequentemente utilizzate come sanzioni di carattere penale.

Queste, infatti, possono operare in due direzioni: con una funzione compensativa di interessi lesi, nella misura in cui la somma di denaro funge da equivalente per ripristinare la *deminutio patrimonii* cagionata alla vittima con il reato[59], ovvero, per realizzare una perdita di patrimonio idonea a cagionare, corrispondentemente, una perdita di soddisfazione ritraibile dalla destinazione di quelle utilità ad altri scopi atta a costituire controstimolo a commettere nuovi reati. Nell'uno come nell'altro caso, però, la sanzione pecuniaria non contribuisce ad avviare quel percorso che, come visto, rappresenta l'unico fondamento della pena[60].

Anche le operazioni compiute, come conseguenze giuridiche del reato, sul corpo del reo sia allo scopo di cagionarne una modificazione permanente, sia al fine di farlo solamente soffrire, pur potendo determinare ripugnanza nella rinnovazione dell'atto e, dunque, fungere da controstimolo alla reiterazione dell'attività delittuosa, poiché non operano sul piano spirituale, agiscono ancora volta e tutt'al più solo sul piano special preventivo e, dunque, alla stregua di misure di sicurezza[61].

Solo la *reclusione*, a determinate condizioni, può assurgere a ideale strumento repressivo in grado di realizzare quell'effetto ripristinatorio che si intende assegnare alla pena[62].

Invero, secondo l'A., occorre anzitutto precisare che non ogni limitazione della libertà personale svolge una funzione di pena in senso proprio.

Qualora, infatti, la pena si limitasse ad una mera segregazione del condannato dal contesto sociale nel quale egli è inserito, la privazione opererebbe ancora alla

civitas, se non è la somma, è la risultante dei *cives*, i quali sono i membri del suo gran corpo; onde la scure del carnefice, troncando la testa del condannato, mutila la società". Altri argomenti contro la pena di morte, in F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, cit., p. 71. Sul dibattito originato dalle posizioni di Francesco Carnelutti, cfr. F. Colao, "La pena di morte in Italia dalla giustizia di transizione alla crisi degli anni Settanta. In memoria di Mario Da Passano e Mario Sbriccoli, a dieci anni dalla morte", in *Historia et ius*, paper 24, 10 (2016), p. 14. Sull'argomento, R. Canosa, "La pena di morte in Italia: una rassegna storica", in *Critica del diritto*, 1982, p. 26.

[59] Ed anche in questo senso, secondo l'A. ci si troverebbe al cospetto di una sanzione, di natura civile. Così F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 27 "la sanzione civile, accanto alla pena, consiste dunque nella *restituzione*. I giuristi dicono che mentre la pena ha carattere *afflittivo*, il carattere della restituzione è *satisfattivo*, in quanto essa soddisfa quell'interesse che la trasgressione del comando aveva leso: per essa il proprietario recupera la cosa, della quale era stato privato. A ben guardare però anche la restituzione ha il suo lato afflittivo: invero il ladro, al quale si toglie ciò che aveva rubato, soffre almeno per aver lavorato inutilmente; d'altra parte, anche la pena ha il suo lato satisfattivo, soprattutto se riesce a redimere il condannato".

[60] Cfr. F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 27. Sull'argomento, si v. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 425.

[61] F. Carnelutti, *Il problema della pena*, cit., p. 41.

[62] Sulle origini della reclusione, cfr. P. Audegean, *Violenza e giustizia*, cit., p. 207; M. Foucault, S*orvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Milano, 1975; D. Pavarini, B. Melossi, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Il Mulino, Bologna, 1981. F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, cit., pp. 73 e ss. dedica ampio spazio alla pena della reclusione.

stregua di una misura cautelare (come del resto era stata originariamente concepita) o di una misura di sicurezza.

Ciò che, invece, conferisce alla reclusione una vera e propria efficacia repressiva, nel senso ripristinatorio dell'ordine giuridico violato, è costituito dal fatto che essa deve determinare la riappropriazione da parte del reo di quella libertà spirituale perduta con l'azione delittuosa[63] e realizzare la perfetta equivalenza del non peccatore con il peccatore pentito[64].

La vera intuizione di Francesco Carnelutti è, dunque, quella di aver collocato al centro della pena l'uomo e aver considerato la pena alla stregua di una *poena medicinalis*[65] capace di provocare nel reo una trasformazione così profonda nel suo animo da proiettarsi anche nel passato, facendo emergere quella parte di umanità esistente in qualunque individuo[66].

Ma solo la reclusione che realizzi condizioni di vita analoghe a quelle alla quale ricorrono coloro i quali, attraverso un percorso ascetico, distaccandosi dal mondo, "vogliono elevare il loro spirito"[67], può realmente costituire la specie più importante della pena, perché, appunto, in grado di determinare quella restaurazione morale del reo che, come visto, rappresenta il momento attraverso il quale si ripristina l'ordine giuridico violato.

Sebbene l'aspetto fisico non possa mai essere eliminato, "*il problema della reclusione è essenzialmente un problema spirituale. […]. Il fine da raggiungere non è quello soltanto di far vivere un uomo ma di far rivivere una persona*"[68] e solo in tal senso la sofferenza (che, come detto non può mai essere disgiunta dal concetto di pena) non rappresenta una vendetta ma una forza redentrice. Attraverso la reclusione,

> si toglie al reo tutto ciò che non ha amato: gli altri e lui medesimo. Pertanto il recluso è un mutilato, perfino di sé stesso. E poco a poco, ognora più, ognora più, finisce per amare ciò che non possiede più, gli altri e sé medesimo[69].

6. La funzione rieducativa della reclusione

Chiarito in che modo la pena detentiva possa svolgere una funzione autenticamente retributivo-rieducativa, è da chiedersi come essa, che in concreto si traduce in una limitazione materiale della libertà personale, possa effettivamente trasformarsi in effettivo strumento capace di agire sul piano spirituale favorendo l'emenda.

[63] Scrive, a tale riguardo, l'A. che "*non a togliere ma a dare la libertà deve servire la pena"*, F. Carnelutti, *Il problema della pena*, cit., p. 46.
[64] F. Carnelutti, "La lotta del diritto contro il male", cit., p. 7.
[65] *Ibidem.*
[66] *Ivi*, p. 9.
[67] F. Carnelutti, *Il problema della pena*, cit., p. 43.
[68] *Ivi*, p. 45.
[69] F. Carnelutti, *Arte del diritto*, cit., p. 72.

Su questo piano Francesco Carnelutti detta una serie di condizioni idonee ad assicurare che la pena possa svolgere una simile funzione non limitandosi ad una mera sottrazione di un tempo alla vita di una persona.

Se attraverso la reclusione si realizzasse solo questo risultato, si dovrebbe giungere alla conclusione, seguendo le orme del ragionamento di Francesco Carnelutti, che essa opererebbe semplicemente sul piano materiale, come controstimolo alla commissione di reati (e, dunque, ancora una volta come strumento di prevenzione).

Perché la sottrazione della pena possa effettivamente contribuire ad una trasformazione morale del reo, occorrono, come accennato, alcune condizioni.

Anzitutto è richiesto che la reclusione abbia una certa durata: non troppo breve (perché altrimenti essa non realizzerebbe quelle condizioni di contesto necessarie a provocare il pentimento)[70]; né trasformarsi in una reclusione a tempo indeterminato, che nella sostanza corrisponde ad una morte morale in contrasto con il finalismo rieducativo della pena[71]. Essa, poi, onde evitare un inasprimento generalizzato di tutti i regimi sanzionatori, dovrebbe trovare applicazione solo in relazione a quei comportamenti che, oltre a disvelare nelle conseguenze un effettivo disordine morale[72], siano particolarmente gravi.

In secondo luogo, siccome il problema della pena è essenzialmente un fatto interiore, occorre che il modo di vita del recluso "sia saggiamente disposto" a rieducarlo alla libertà e poiché "il fine da raggiungere non è quello soltanto di far vivere *un uomo,* ma di far rivivere *una persona*, che vuol dire ridare all'uomo la libertà"[73], per realizzare un simile risultato è necessario prestare al recluso

[70] F. Carnelutti, *Il problema della pena,* cit., pp. 44 e 53.

[71] La posizione nettamente contraria alla pena dell'ergastolo è affermata da F. Carnelutti, "La pena dell'ergastolo", cit., p. 2: "rieducazione del condannato e pena perpetua sono inconciliabili. Infatti, la pena perpetua esclude il ritorno del condannato nella società. La rieducazione penale sarebbe, quando è perpetua, una rieducazione a vuoto. O, almeno, una rieducazione in funzione morale non in funzione sociale; perciò non la rieducazione voluta dalla Costituzione" (la citazione riportata nel testo è contenuta a p. 4 dell'*op.cit.*). Id*., Colloqui della sera. A tempo perso,* Eri, Torino, 1954, p. 59; Id., *Lezioni sul processo penale,* cit., p. 80. Sui riflessi del pensiero di Carnelutti sul dibattito che si sviluppato sull'argomento, cfr. C. Danusso, "Ergastolo e Costituzione: il dibattito del 1956", in *Historia et ius*, 14 (2018), paper 3. Sul tema dell'ergastolo e sulla sua incompatibilità con la Costituzione, cfr. tra i tanti, E. Battaglini, "Il magistero punitivo nella Costituzione", in Id., *Scritti giuridici,* I, Giuffrè, Milano, 1967, p. 59; G.M. Flick, "La contraddizione dell'ergastolo", cit., p. 267; Id., "Ergastolo: perché ho cambiato idea…", in Id., *Il filo rosso,* cit., p. 274.

[72] Il tema è affrontato dall'A. a proposito della distinzione tra delitti e contravvenzioni. Solo con riferimento ai primi sarebbe ammissibile una pena che tende a rieducare. Le contravvenzioni, per contro, evocando solo comportamenti che alludono ad un contrasto tra atto e legge senza implicare una effettiva valutazione morale, dovrebbero poter essere sottoposte ad un mero rimedio preventivo.

[73] F. Carnelutti, *Il problema della pena,* cit., p. 45.

un'assistenza morale[74] e spirituale[75], attuando anche in questo caso gli insegnamenti del Vangelo[76].

"Il carcerato è, essenzialmente, un bisognoso"; non di cibo, non di vestiti, non di casa, non di medicine: "il solo farmaco, per lui, è l'amicizia"[77].

E poiché la pena vera e propria costituisce un percorso spirituale, senza il quale sarebbe vano sperare che si ottenga il pentimento del recluso, occorre che "*il reo sia amato affinché impari ad amare.* Con l'amore si alimenta la sua libertà"[78]; "il carcerato, la gente non lo sa e meno ancora lui stesso lo sa, è affamato e assetato d'amore"[79].

Se il delitto altro non è che esplosione di egoismo, di negazione dell'altro, di mancanza di amore verso gli altri, "solamente aprendosi verso l'altro, l'uomo può uscire dalla prigione"[80].

La conclusione alla quale perviene Francesco Carnelutti sul punto, certamente frutto di un grande atto di fede, lo porta, sempre ispirandosi al verbo evangelico, a predicare una soluzione del problema della pena e della lotta contro il male, non più guardando ad essa come una sofferenza fine a sé stessa, ma un "andare verso i rei"; "un correre loro incontro"; "non guardarli dall'alto; ma scendere da cavallo per adeguarci a loro"[81]; "di [non] vedere [nell'uomo] *un animale incapace di ritornare*

[74] Così F. Carnelutti, *Il problema della pena*, cit., p. 46: "senza di questa – prosegue l'A. – la reclusione, come pena, ossia la sua efficacia redentrice non può essere che un esperimento fallito".
[75] F. Carnelutti, *Il problema della pena*, cit., p. 84.
[76] *Ivi*, pp. 47-48 e p. 84 ove, sul punto, si affida ad un argomento di autorità rievocando il versetto del Vangelo di San Matteo, 25, 35-44: "perché io ho avuto fame e mi avete dato da mangiare, ho avuto sete e mi avete dato da bere; ero forestiero e mi avete ospitato, nudo e mi avete vestito, malato e mi avete visitato, carcerato e siete venuti a trovarmi". Come affermato in *Le miserie del processo penale*, cit., p. 19, il discorso riferito al capo vigesimoquinto ha esercitato sull'A. "un incalcolabile fascino". Id., *Chiose al Vangelo di Matteo*, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1949, p. 16 ha affermato che "Matteo mi racconta una storia che ascolto con più meraviglia ogni giorno e la più meravigliosa meraviglia è che, mentre rimane sempre quella, ogni giorno la trova più bella e più vera e più buona ossia più bello, più vero e più buono Gesù e più miracolosi i miracoli che ha compiuto e più vere le verità che ha svelato e più penose le pene che ha sofferto e più smisurato l'amore con cui ci ha amati". Si v. ancora, Id., *Arte del diritto*, cit., p. 74: "l'alimento necessario a codesti disgraziati è il pane dello spirito assai più che il pane del corpo. A chi non verrà in mente, a questo punto, il sacramento che consacra l'amore di Dio nella forma del più puro alimento corporale?".
[77] F. Carnelutti, *Le miserie del processo penale*, cit., p. 26.
[78] F. Carnelutti, *Il problema della pena*, cit., pp. 86-87.
[79] F. Carnelutti, *Le miserie del processo penale*, cit., p. 29 e p. 70: "bisogna esser piccoli per comprendere che il delitto è dovuto a una mancanza di amore. I sapienti cercano l'origine del delitto nel cervello; i piccoli non dimenticano che, proprio come ha detto Cristo, gli omicidi, i furti, le violenze, le falsificazioni, vengono dal cuore. È al cuore del delinquente, cui, per guarirlo, dobbiamo arrivare. Né c'è altra via, per arrivarci, se non quella dell'amore. La mancanza dell'amore non si colma se non con l'amore".
[80] F. Carnelutti, *Le miserie del processo penale*, cit., p. 23; Id., *Arte del diritto*, cit., p. 72.
[81] F. Carnelutti, "La lotta del diritto contro il male", cit., p. 15 ove richiama il passo del Vangelo di Matteo (25, 31-46).

un uomo"[82] e, tutto questo, perché "*in apicibus,* la pena dovrebbe essere il rimedio per rialzare il basso valore dell'uomo accertato nella condanna"[83].

7. La centralità del trattamento penitenziario: l'assistenza morale del recluso

Una volta fatta chiarezza sul senso della reclusione come strumento attraverso il quale l'ordinamento realizza il suo scopo, c'è un passaggio del ragionamento di Francesco Carnelutti che, soprattutto se confrontato con gli approdi ai quali sono oggi ispirati alcuni istituti di diritto penitenziario, merita di essere sottolineato.

Non solo il processo, dice l'A., è una sofferenza e, dunque, una pena per chi lo subisce e, come tale, dovrebbe esso stesso essere, con i suoi riti e le sue regole, piegato a stimolare nel reo il percorso di revisione critica del suo passato e a risvegliarne la coscienza e partecipare anch'esso all'opera di redenzione dell'autore del reato[84], ma soprattutto il momento dell'esecuzione dovrebbe assumere un posto centrale all'interno del sistema della pena.

La pena, infatti, non può costituire, come lo sarebbe in una mera logica retributiva, dopo la sua irrogazione, una misura fissa e immutabile, perché "resta, una volta stabilita l'esistenza del reato, la questione dell'*applicazione* o meglio dell'*adeguazione della pena*"[85].

Si tratta, si ripete, dell'aspetto forse più significativo e moderno del pensiero di Francesco Carnelutti, in quanto, 30 anni prima della grande riforma del diritto penitenziario attuata in Italia con la l. 26 luglio 1975, n. 354, egli preconizzava un principio che, oltre a rappresentare uno dei pilastri su cui si fonda l'attuale sistema penitenziario, ha costituito il punto di approdo del percorso della giurisprudenza della Corte costituzionale che ancora innerva le più recenti decisioni[86].

Criticando una rigorosa applicazione del principio del giudicato, Francesco Carnelutti osservava che nel diritto penale[87] esso potrebbe trovare una spiegazione

[82] F. Carnelutti, "La pena dell'ergastolo", cit., p. 3.
[83] F. Carnelutti, "Nuove riflessioni sul giudizio giuridico", in *Rivista di diritto processuale*, 1956, p. 102.
[84] Si tratta della celebre affermazione che anche il processo è una pena per chi lo subisce: "che il giudizio penale sia un male per chi lo subisce e perciò gli cagioni una sofferenza […] è una prima verità manifesta. […]. D'altra parte, è altrettanto chiaro come codesta sofferenza serva in ogni caso, e tanto meglio con quanta maggiore diligenza il giudizio sia condotto, a quella rieducazione del reo, in cui si risolve la funzione repressiva della pena. Bene o male il giudizio costringe il reo a rivivere il reato e perciò ne risveglia la coscienza; comunque è il giudizio del giudice, che, convincendolo del suo torto, gliene ispira la vergogna; e accanto al giudizio esplicito del giudice il giudizio tacito del pubblico ne aggrava il peso". F. Carnelutti, *Il problema della pena*, cit., pp. 49-50 e p. 80.
[85] *Ivi*, p. 71.
[86] Si allude ai principi di progressività trattamentale e flessibilità della pena sui cui *infra*.
[87] Secondo l'A., infatti, l'istituto del giudicato dovrebbe trovare applicazione solo nel diritto civile e l'applicazione che di esso si fa nel diritto penale "è una delle meno perdonabili superstizioni della nostra tecnica giudiziaria: fin che si tratta del tuo e del mio, a un certo punto sacrificare la giustizia alla certezza è una triste necessità; ma quando il giudizio non tende che alla redenzione del reo,

plausibile solo con riferimento alle sentenze di assoluzione. L'immutabilità della decisione con riferimento al trattamento sanzionatorio che consegue all'accertamento della responsabilità penale, invece, non è altrettanto spiegabile, posto che in tal modo si finisce per escludere dal perimetro cognitivo del giudice i risultati derivanti dall'esperienza acquisita durante l'espiazione della pena[88].

Come la diagnosi del medico all'inizio della malattia non deve rimanere tal quale durante la cura, sarebbe "stupefacente pensare che qualcosa di simile [non] avv[enga] nel trattamento del reato"[89].

È importante osservare che la rigorosa applicazione di tale premessa non deve comportare la sostituzione di un sistema di pena indeterminata alla pena determinata (vale a dire una pena che debba essere determinata solo a posteriori all'esito dell'esperienza dell'espiazione); bensì deve condurre a "ravvisare nella condotta del condannato l'esperienza decisiva per confermarne o per modificarne la determinazione"[90] e riconsiderarla nella sua entità laddove essa non appaia più corrispondente alla gravità del reato.

Istituti come il *perdono giudiziale* e, soprattutto, la *liberazione condizionale* (unica misura alternativa alla detenzione quando Carnelutti elaborava le sue teorie) non dovrebbero risolversi in una totale remissione o in una mera riduzione della pena, ma dovrebbero costituire una risposta concreta al percorso rieducativo svolto dal condannato.

E in pratica, per poter realizzare un simile risultato, andrebbe completamente abolita la separazione tra il momento dell'accertamento del reato, della quantificazione della pena e quello dell'applicazione della stessa, perché "*l'esecuzione penale implic[a] a sua volta la cognizione*" e "credere che la condanna esaurisca il giudizio penale è una delle peggiori superstizioni, le quali abbiano aduggiato la nostra scienza"[91]; "come la nozione del delitto implica il problema del passato, così la nozione della pena apre il problema del futuro. Tutta la vita. Tutta la storia"[92].

Inoltre, se si pensa che le regole che governano la determinazione della pena esigono una valutazione della gravità del reato che, a sua volta, non può prescindere dalla valutazione della personalità del reo (come sancito dall'art. 133, c.p.), ci si rende subito conto come la fase di determinazione del trattamento sanzionatorio non si dovrebbe privare della possibilità di considerare i risultati ottenuti dal condannato durante l'esecuzione della pena, non sussistendo in effetti "alcuna ragione perché da tale indagine sia escluso il tempo posteriore alla condanna, il

interrompere la pena prima ch'egli ne abbia conseguito il beneficio o prolungarla dopo che lo abbia ottenuto, sembra davvero una pazzia" (F. Carnelutti, "La lotta del diritto contro il male", cit., p. 11).

[88] F. Carnelutti, *Il problema della pena*, cit., p. 77 e, in maniera ancor più chiara, Id., *Le miserie del processo penale*, cit., p. 69.

[89] F. Carnelutti, "La lotta del diritto contro il male", cit., p. 10.

[90] *Ivi*, p.11.

[91] F. Carnelutti, *Il problema della pena*, cit., pp. 63 e 61; Id., "La lotta del diritto contro il male", cit., p. 4.

[92] F. Carnelutti, *Introduzione*, cit., p. 46.

quale è anzi, a tal fine, il più prezioso"[93]. Un uomo, del resto, è "la sua storia: ma la sua storia è composta non solo del suo passato, ma anche del suo futuro. Io sono non solo quello che sono stato ma anche quello che sarò. Il presente è sintesi del passato e del futuro. Ciò è tanto vero che il codice penale vuole che il giudice tenga conto della condotta del reo così precedente come susseguente al reato"[94].

L'errore che non si dovrebbe commettere, infatti, è pensare che con la definizione della fase della cognizione si concluda il processo; "che il giudizio sia considerato fine a sé stesso, onde non abbia il giudice altro ufficio da quello di conoscere se un reato è stato commesso e di stabilirne la gravità esprimendola in una certa dose di sofferenza da infliggere al colpevole"[95]. In realtà, poiché accertare il reato e la sua gravità è un mezzo e il fine coincide con la redenzione del condannato, questo risultato non solo deve costituire l'obiettivo al quale deve tendere il sistema penale, ma anche la missione del giudice[96], chiamato a scavare per trovare, nella sua storia, l'uomo[97].

È ovvio come tutto ciò esiga uno sforzo organizzativo – di uomini e mezzi – enorme, sia per realizzare le condizioni perché questa trasformazione spirituale del condannato si possa attuare, sia per consentire la costante osservazione dell'evoluzione della personalità del reo.

Affinché la pena realizzi il suo scopo, infatti, occorre in primo luogo lo studio e la ricostruzione della personalità del reo effettuata da professionisti esperti dotati delle competenze necessarie per fornire l'assistenza morale dei reclusi e compiere l'indagine sulla vita posteriore al reato, onde poterne riferire al giudice per le determinazioni inerenti alla *ri*-determinazione della pena.

Si innesta qui un'altra intuizione che negli anni successivi è diventata pietra angolare del sistema penitenziario, vale a dire "che la pena deve consistere in un trattamento del condannato, il quale non tanto sia idoneo a trattenere lui, e gli altri in seconda linea, dal commettere nuovi reati, quanto a provocare in lui il pentimento, attraverso il quale soltanto è possibile ottenere il suo riscatto cioè la sua liberazione"[98]; "il pentimento, costituendo il contrario del peccato, lo distrugge. Tale è il prodigioso travaglio per cui il caduto si risolleva e riprende il cammino"[99].

Circa 80 anni fa, Francesco Carnelutti rilevava che il punto nevralgico del sistema penitenziario, ben lungi dall'attuare questi fondamentali obiettivi, era di tipo economico, rilevando l'esigenza di un'adeguata distribuzione delle risorse finanziare, perché "la spesa occorrente per fornire gli istituti penitenziari dei mezzi,

[93] F. Carnelutti, *Il problema della pena*, cit., p. 77.
[94] F. Carnelutti, *Le miserie del processo*, cit., p. 53.
[95] *Ivi*, p. 10.
[96] *Ibidem*.
[97] F. Carnelutti, "Nuove riflessioni sul giudizio", cit., p. 105. Cfr. soprattutto, Id., *Le miserie del processo penale*, cit., pp. 28 e ss. e pp. 31 e ss. Id., "In difesa di Marcianò", in Id., *Controvento*, cit., p. 129 e p. 480, dove l'A. ha scolpito le delicatissime funzioni ed il ruolo che, per la ricerca dello spirito dell'uomo, avvocato e, soprattutto, giudice devono esercitare nel processo.
[98] F. Carnelutti, "La lotta del diritto contro il male", cit., p. 9.
[99] F. Carnelutti, *Interpretazione del* Pater noster, Tumminelli, Roma, 1950, pp. 51-52.

personali e reali, idonei affinché gli uffiziali, che sono preposti, acquistino una conoscenza dei penitenti, che non sia, come adesso purtroppo è, affatto superficiale e fittizia"[100].

Da qui anche l'auspicio di una profonda revisione delle "nostre idee" e delle "nostre abitudini" in ordine al fabbisogno finanziario del processo: "*non v'è nessun'altra funzione dello Stato, la quale debba passare avanti alla funzione giudiziaria, e di questa la funzione penale è la guisa suprema*" ed è "ora di smettere, almeno in Italia, il mal vezzo di far prevalere il decoro estrinseco della funzione alla intrinseca idoneità dell'organo, che la esercita: avere speso enormi somme per la costruzione di monumentali palazzi di giustizia lasciando incredibili deficienze tecniche nei tribunali e nei reclusori, io spero che d'ora innanzi non sarà più tollerato"[101].

8. Quadro di sintesi

La sintetica ricostruzione del pensiero di Francesco Carnelutti sul tema della pena non costituisce solo l'occasione per mettere in evidenza i numerosi spunti di riflessione che, ancora oggi, a distanza di quasi un secolo e nonostante il differente contesto, politico, storico e sociale nel quale essi erano stati elaborati, risultano attualissimi e al centro dei dibattiti sottostanti anche alle più recenti riforme in materia di giustizia; quelle riflessioni, benchè poco valorizzate dalla dottrina[102], contengono a ben vedere anche la chiara chiave di spiegazione del perché oggi si avverta un grande senso di insoddisfazione, di sfiducia e, non ultimo, di fallimento dell'intero sistema giudiziario.

Non è forse sbagliato dire che l'esperienza contemporanea, nonostante le maggiori consapevolezze acquisite rispetto a quando scriveva Francesco Carnelutti e, soprattutto, le condivisioni di valori fondanti la nostra società e le numerosissime riforme che si sono susseguite negli ultimi decenni per adeguare il sistema penale a quei valori, mette in evidenza come non si sia ancora definitivamente risolto il problema della finalità della pena ed è lecito pensare che, fintanto che essa continuerà ad essere considerata la *inferiorità* del diritto, anziché essere collocata nel suo punto più alto[103], ogni riforma in materia di giustizia sarà destinata a rimanere incompiuta.

Invero, quello che, ad una disanima diacronica dei numerosi interventi del legislatore nel campo del diritto sostanziale e processuale non sembra emergere con

[100] F. Carnelutti, *Il problema della pena*, cit., p. 79.
[101] *Ivi*, p. 79.
[102] Non può sfuggire, anche solo attraverso una rapida disamina dei trattati che si sono interessati dei problemi concernenti il fondamento della pena, come le opere di Francesco Carnelutti siano state assai poco considerate.
[103] Queste, le conclusioni alle quali perveniva F. Carnelutti, *Arte del diritto*, cit., p. 74.

linearità, è l'obiettivo che si è voluto realmente raggiungere attraverso un modello punitivo basato, ancora oggi, principalmente sulla pena detentiva.

Poiché come evidenziava Francesco Carnelutti "castigando si giudica e giudicando si castiga"[104] e, dunque, da un lato, "la pena si risolve nel processo"[105] e, dall'altro, "accertare il reato e la sua gravità è un mezzo, non un fine"[106], fino a quando non si identifica e non si dà attuazione al fine che attraverso il sistema penale, nel suo complesso, si intende realizzare, qualunque riforma che riguardi il diritto penale e quello processuale continuerà ad alimentare quella sensazione di incompiutezza a cui si accennava poc'anzi.

È facile constatare come ancora oggi nella dottrina italiana sia radicato il convincimento che la giustificazione della pena vada rinvenuta nella finalità retributiva e anche il processo penale pare costruito per attuare essenzialmente questo valore a discapito di quegli altri che con esso debbono concorrere.

È infatti difficile sradicare il convincimento che la pena, contenendo per sua definizione una sofferenza, serva a retribuire, la società o la vittima, per l'inosservanza di una regola di comportamento[107]. Il fatto, poi, che le società, abbandonata la logica della vendetta e la legge del taglione, abbiano ritenuto di attribuire ad un organo pubblico la determinazione e l'attuazione della punizione, in effetti non muta in alcun modo la finalità che essa mira a realizzare.

Certamente l'abbandono della pena privata ha trasformato il contenuto della retribuzione, non più orientata a soddisfare la vittima, quanto la società.

Come visto, per spiegare tale rinnovata dimensione della funzione retributiva si ricorre ad un'immagine, quella del ristabilimento dell'*equilibrio violato*, che tuttavia, per la sua astrattezza, sembra assomigliare molto ad un espediente retorico per spiegare un concetto difficile da afferrare piuttosto che la descrizione di un fenomeno concreto.

[104] F. Carnelutti, "La lotta del diritto contro il male", cit., p. 4.
[105] F. Carnelutti, *Il problema della pena*, cit., p. 59.
[106] F. Carnelutti, "La lotta del diritto contro il male", cit., p. 10.
[107] L'idea che la pena svolga una finalità retributiva è condivisa dalla dottrina giusfilosofica; cfr. ad es., da L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 362; V. Mathieu, *Perché punire. Il collasso della giustizia penale*, Liberlibri, Macerata, 2007, p. 164 secondo il quale la pena è giusta in sé stessa a prescindere, cioè, dagli effetti secondari (come, ad esempio il miglioramento del reo), per una ragione formale indipendente da qualsiasi altro scopo perché il subire la pena fa rientrare il reo nel diritto in maniera oggettiva per il fatto stesso che lo ricolloca nell'equilibrio del sistema. Nella dottrina penalistica, ne è un convinto assertore, M. Ronco, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 209, secondo il quale "soltanto la riproposizione dell'idea retributiva è in grado di offrire un quadro concettuale di carattere generale, nel quale trovi coerentemente e compiutamente spazio il concetto di colpevolezza, siccome fondativo non soltanto del criterio distributivo della pena nel caso concreto, bensì anche del criterio dell'individuazione e di delimitazione dell'ambito di ciò che può diventare penalisticamente rilevante". Pur non volendo condividere le premesse giusfilosofiche resta il fatto che, come spiegato da F. Cordero, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Giuffrè, Milano, p. 454. "il contrappasso anche nelle formule più intellettualmente elaborate […] ha origini pratiche e sociali".

Invero, il quesito al quale chi si cimenta con questa premessa deve fornire una risposta è quello di far comprendere in che modo una sanzione afflittiva, privativa di un diritto o lesiva di un interesse individuale, possa effettivamente generare il desiderato risultato ripristinatorio nei confronti della collettività.

In effetti, se non si scavasse più in profondità, l'idea che la violazione della legge fondante il patto sociale, quello che ha fatto uscire l'uomo dalla logica dell'*homo homini lupus*, esiga l'inflizione di una sofferenza nei confronti di chi quella violazione abbia commesso, sebbene risponda ad una esigenza che sembra davvero radicata nella natura dell'uomo[108], non è così agevole da spiegare.

Come accennato, Francesco Carnelutti ha rinvenuto la spiegazione di questo fenomeno anzitutto nella esigenza di rispondere ad un atto che nega la libertà con una limitazione della libertà medesima destinata a restituire un saldo zero perché attraverso la punizione si realizza quel processo catartico di liberazione e purificazione.

Sebbene nelle opere più recenti Carnelutti abbia preso le distanze dalle logiche delle correnti retributivistiche, scoprendo la giustificazione delle privazioni e delle sofferenze che si infliggono al reo nelle teorie dell'emenda, è innegabile come la premessa del suo ragionamento non si distacchi dalle concezioni assolutistiche.

Del resto, questa conclusione non deve stupire perché, come correttamente osservato da più recenti opinioni dottrinarie, "tutte le sanzioni […] sono retributive nel senso che mirano a ristabilire l'ordine giuridico violato, reintegrando, in forma specifica o per equivalente, le posizioni subiettive lese dalla violazione della norma. La retribuzione cioè, intesa come compenso dell'azione compiuta, non difetta mai, in alcun caso, in qualsiasi sanzione"[109].

Se così è, a ben vedere, la vera ed immancabile componente retributiva della sanzione penale, che può conferire giustificazione ad essa, va ricercata nel necessario bilanciamento tra 'sacrifici' di libertà tra chi rispetta e chi viola la legge.

In effetti, chi rispetta la legge (perché, ad esempio, tutti i giorni transita con il semaforo verde agli incroci), non riceve premi per adempiere all'obbligo; la constatazione, invece, del fatto che chi l'ha violata sia costretto a subire una sofferenza, rappresenta, in sostanza, la spinta psicologica a perseverare nell'osservanza del precetto[110].

[108] Sul tema, si v. M. Ronco, *Il problema della pena*, cit., pp. 161 e ss.

[109] Così G. Contento, *Corso di diritto penale*, Laterza, Bari, 1989, p. 168, secondo il quale semmai occorre verificare se, ferma restando la natura oggettivamente retributiva che è immancabile, la sanzione debba individuare altre funzioni; nello stesso senso, G.M. Flick, "La contraddizione dell'ergastolo", cit., p. 263.

[110] Si tratterebbe della funzione preventiva della pena. Così F. Carnelutti, *Le miserie del processo penale*, cit., pp. 56-57: "[…] i delitti non basta reprimerli, bisogna prevenirli. Il cittadino deve sapere prima quali saranno le conseguenze dei suoi atti, per potersi regolare. Occorre anche per gli uomini qualcosa che li spaventi, per salvarli dalla tentazione, come si spaventano i passeri col fantoccio affinché non becchino il grano". Sull'argomento, cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 363 secondo il quale c'è un legame evidente tra la natura retributiva della pena e la sua funzione di

Del resto, ove la sanzione non rispondesse a tale esigenza, non si comprenderebbe né la ragione per la quale, ad esempio, vengono puniti come reato i fatti commessi contro il patrimonio (i cui effetti, in teoria, potrebbero essere eliminati attraverso il risarcimento e/o la restituzione), né quella per la quale la legge preveda un minimo edittale inderogabile delle pene (vale a dire la previsione come necessaria di una sofferenza alla quale non potrebbe andare esente nemmeno il soggetto che, all'atto dell'esecuzione della stessa, fosse interamente rieducato).

Solo l'idea che il delitto, oltre che mera disubbidienza alla legge o fatto giuridico che può essere 'regolato' sul piano economico con la vittima, rappresenta anche un atto lesivo di un patto che, per chi lo rispetta, comporta una limitazione alla propria libertà, può spiegare perché il ristabilimento del c.d. ordine violato esiga una risposta che comporti il sacrificio dello stesso bene[111].

La finalità retributiva, in definitiva, risiede in questo, in una sofferenza fatta patire per ripagare, in un certo senso, con la stessa moneta, il sacrificio patito da chi osserva la legge; e poiché l'osservanza della legge comporta una limitazione di una libertà (quantomeno nel senso di non potersi determinare senza considerare le esigenze degli altri) e, dunque, un sacrificio, la sofferenza inflitta con l'irrogazione della sanzione penale ristabilisce, non soltanto sul piano simbolico, l'ordine violato nel senso che riequilibra le utilità conseguite trasgredendo le regole con la sofferenza patita[112].

Che, poi, il mezzo attraverso il quale si ristabilisce l'ordine sia costituito da misure limitative della libertà personale si spiega con il fatto che siccome ciò che viene leso con il comportamento trasgressivo sono beni protetti da regole costitutive del patto sociale, occorre che, dall'altra parte, il sacrificio avvenga con beni di

prevenzione generale dei delitti: "la minaccia legale della retribuzione penale può prevenire solo la commissione di fatti delittuosi, e non invece la sussistenza di condizioni personali o di *status* come sono per esempio la pericolosità o la capacità a delinquere o simili; e d'altra parte la pena esercita una funzione preventiva o intimidatoria soprattutto se è inflitta a chi l'ha 'meritata'".

[111] Sul punto, appaiono convincenti le considerazioni di G. Del Vecchio, *op. cit.*, pp. 93 e ss. il quale, movendo dalla constatazione che storicamente la personalità dell'uomo si è sviluppata attraverso una serie di interferenze ed attriti che implicano un superamento dell'individualità ed il riconoscimento reciproco dell'essere di ciascuno ha osservato che "la vita umana invero non si può svolgere per meri incontri e urti meccanici, né per atti d'arbitrio unilaterale, ma solo in quanto diversi individui si usino rispetto a vicenda e cooperino ad un medesimo fine, subordinando il proprio contento ad un freno e ad una norma comune. Se noi consideriamo in effetti i raggruppamenti umani, pur nelle loro fasi primitive e inferiori, troviamo che le relazioni di convivenza, entro una sfera determinata, sono ispirate ad un rigoroso concetto della necessità del rispetto reciproco, secondo un criterio, che potremmo dir matematico, di uguaglianza o di proporzione. Tale uguaglianza e proporzione si vuol raggiungere a tutta prima con una materiale e sensibile corrispondenza di cose, laddove in fasi ulteriori si ricerca piuttosto, a maggior ragione, una corrispondenza virtuale ed intellegibile di valori: ma lo schema logico, ossia l'intero fondamentale, resta nondimeno il medesimo".

[112] Per una critica ad una ricostruzione del principio retributivo in termini di riallineamento dello scompenso tra 'vantaggi' ed 'oneri' (sul presupposto che tale ragionamento non sarebbe plausibile in relazione a tutti i tipi di reato, come ad esempio, all'omicidio e alla violenza carnale), cfr. G.P. Fletcher, *op.cit*., p. 60.

identico valore di cui ogni individuo è titolare in quanto tale: la vita, la libertà, la integrità fisica, l'onore e il patrimonio che rappresenta il frutto del sacrificio del lavoro del condannato. Il fatto, infine, che oggi le società si siano orientate, per lo più, a regolare questa funzione attraverso il bene della libertà, costituisce conseguenza di scelte di carattere politico.

Il vero profilo da spiegare, una volta chiarito questo aspetto, è, però, un altro. Se il fenomeno sanzionatorio si fermasse a questo livello, non si comprenderebbe perché alla pena privata sia stata sostituita quella pubblica, perché sia stata costituita quella complessa macchina rappresentata dal processo penale e perché oggi si guardi con disapprovazione alla vendetta come strumento di risoluzione dei conflitti.

La vera intuizione di Francesco Carnelutti, su questo aspetto, è la convergenza, come un *unicum* inscindibile, della retribuzione nella rieducazione.

Va ricordato che il principio dell'emenda, al quale negli scritti più recenti l'A. si richiama in maniera più esplicita come fondamento della pena[113], non è certamente una scoperta di Francesco Carnelutti[114]. Oggi, peraltro, esso è stato addirittura cristallizzato nella Costituzione[115] e questo, da un punto di vista metodologico, al giurista risolve molti problemi, in quanto trova postulato un valore che diversamente andrebbe ricavato da una più ampia gamma di principi.

Quello che egli ha sicuramente voluto ribadire, rinvenendo la chiave di lettura nei principi della dottrina cristiana, è che retribuzione ed emenda sono due valori che non si oppongono ma che si fondono[116].

Da tale conclusione, poi, discendono una serie di corollari che devono informare l'intero sistema penale inteso nel suo più ampio senso (come comprensivo, cioè, del diritto penale, del diritto processuale e del diritto penitenziario)[117].

[113] Così F. Carnelutti, *La pena dell'ergastolo*, cit., pp. 1 e ss.

[114] Si v. nota 53.

[115] Per la vastità e complessità, il tema del principio rieducativo recepito dall'art. 27, comma 3, Cost., non può essere nemmeno sfiorato. Per una sintetica ricostruzione delle problematiche ad esso sotteso, cfr. G. Fiandaca, "Il 3° comma dell'art. 27", in G. Branca, A. Pizzorusso, *Commentario della Costituzione*. *I rapporti civili*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1991, pp. 222 e ss.

[116] Sul valore centrale della riconciliazione nella prospettiva cristiana, cfr. E. Wiesnet, *Pena e retribuzione; la riconciliazione tradita*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 119, secondo il quale non solo le sanzioni perdono legittimità se alla loro applicazione consegue sul piano sociopsicologico un effetto escludente e discriminante, ma che lo scopo dichiarato di qualsiasi sanzione cristianamente giustificabile "può essere soltanto il valore umano fondamentale del rapporto interpersonale". Sull'argomento, L. Eusebi, *La Chiesa e il problema della pena. Sulla risposta al negativo come sfida giuridica e teologica*, La Scuola, Brescia, 2014, pp. 19 e ss., il quale ha confutato il postulato secondo il quale la prospettiva retributiva troverebbe una giustificazione teologica.

[117] F. Carnelutti, "La lotta del diritto contro il male", cit., p. 7 "se il principio dell'*emenda*, che è sempre ricomparso nella dottrina penale, non vi s'è ancora solidamente affermato; anzi se ancora vi s'oppone, anziché risolversi in esso, il principio della retribuzione, la ragione sta in questo nostro tenace non sapere. Noi sappiamo che un uomo può diventare buono dopo essere stato cattivo; ma non riusciamo ancora a sapere che se è diventato veramente buono non è mai stato cattivo".

Ecco perché, come si accennava, fintanto che non si hanno chiari questi obiettivi – che poi sono gli obiettivi che la Costituzione ha demandato al legislatore e al governo – le riforme che negli anni, quasi sempre per soddisfare esigenze di sicurezza perdendo di vista la finalità che, invece, deve perseguire il meccanismo repressivo-punitivo, hanno incessantemente caratterizzato il diritto e il processo penale, sono risultate insoddisfacenti[118].

9. L'attualità del pensiero di Francesco Carnelutti

L'analisi del pensiero di Francesco Carnelutti, sorprendentemente attuale, induce ad una amara considerazione, e cioè che quasi un secolo di riforme, caratterizzato da una profonda trasformazione del sistema processuale penale e dalla codificazione dei principi del giusto processo, non sembra aver mutato né gli scenari, né le problematiche dei dibattiti sulla giustizia.

Ieri, come oggi, la sensazione è quella di un sistema alla continua ricerca di un punto fermo che, per la verità, rispetto ai tempi in cui scriveva Francesco Carnelutti, non dovrebbe essere difficile da individuare visto che, nel frattempo, la Costituzione ha solennemente proclamato, specialmente attraverso il terzo comma dell'art. 27, proprio quei valori che egli aveva posto a fondamento delle sue riflessioni e dei suoi ragionamenti.

L'idea di Francesco Carnelutti, portata sul piano della logica, è risultata foriera di una serie di conseguenze che riguardano il *come* e il *quanto* punire e il *come eseguire* la pena, ancora oggi alla base delle recenti riforme del diritto e del processo penale[119].

Come pure osservato, le conclusioni alle quali egli è pervenuto sono strettamente legate all'atto di fede a valori cristiani che hanno significativamente plasmato il suo pensiero.

[118] Solo di recente il legislatore sembra essersi curato di rimettere al centro delle proprie riforme lo spirito della Costituzione e in particolare il principio di rieducazione. Cfr. relazione del Ministro della Giustizia del Governo Draghi, M. Cartabia, *Linee programmatiche sulla giustizia*: "Perseguire lo scopo rieducativo della pena non costituisce soltanto un dovere morale e costituzionale – come si legge inequivocabilmente nell'art. 27 della Costituzione – ma è anche il modo più effettivo ed efficace per prevenire la recidiva e, quindi, in ultima analisi, per irrobustire la sicurezza della vita sociale". Si tratta, per la verità, di una timida apertura verso i principi costituzionali se si considera che, nella relazione di insediamento del Governo Meloni sono riemerse considerazioni ispirate ai concetti di sicurezza e certezza della pena: "Lavoreremo per restituire ai cittadini la garanzia di vivere in una Nazione sicura, rimettendo al centro il principio fondamentale della certezza della pena, grazie anche a un nuovo piano carceri".

[119] Si allude, alla c.d. riforma Cartabia introdotta attraverso il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 che ha pesantemente trasformato il sistema processuale e quello sanzionatorio attraverso la c.d. pene sostitutive ed attuando la giustizia riparativa. Per un quadro di sintesi, v. L. Eusebi, A. Marandola, M. Pellissero (a cura di), "Riforma Cartabia", in *Diritto penale e processo*, I (2023).

Vi è una impressionante assonanza tra le premesse del pensiero di Francesco Carnelutti e quanto Papa Pio XII scriveva in quegli anni a proposito delle finalità dell'intervento penale. La pena propriamente detta, infatti, scriveva il Pontefice,

> non tocca per sé il fatto colpevole, ma l'autore di esso, la sua persona, il suo Io, che con cosciente determinazione ha compiuto l'azione colpevole;
>
> essa, dunque, non solo non
>
> può avere altro senso e scopo che quello […] di ricondurre nuovamente nell'ordine del dovere il violatore del diritto, che ne era uscito;
>
> ma
>
> compie il suo ufficio a suo modo, in quanto costringe il colpevole, a causa dell'atto compiuto, ad una sofferenza, cioè alla privazione di un bene e alla imposizione di un male[120].

Queste considerazioni, per la enorme carica ideologica da cui sono caratterizzate, da un certo punto di vista potrebbero costituire un aspetto di debolezza e opinabilità del suo ragionamento[121].

È indiscutibile, infatti, che soprattutto avuto riguardo al finalismo rieducativo della pena il ragionamento di Franceso Carnelutti, allorquando egli constatava come essa sia lo strumento attraverso il quale l'uomo può redimersi, piuttosto che sul piano della logica, si fondi su una scelta assiologica rappresentata da un'adesione assoluta ad una concezione religiosa della punizione. Su questo punto, il pensiero di Francesco Carnelutti non si presta ad equivoci, avendo egli affermato che "la soluzione del problema del reato e della pena, che nei libri di scienza non sono riuscito a trovare, io la vado cercando nel libro della fede"[122].

[120] Cfr. Pio XII, *Discorso ai partecipanti al VI Convegno Nazionale di studio della Unione dei giuristi cattolici italiani*, Domenica 5 dicembre 1954.

[121] Nella stessa direzione di Carnelutti, anche E. Battaglini, *La funzione punitiva*, in Id., *Scritti giuridici*, cit., 1967, p. 95: "i primi tentativi di svincolare la pena dalla sua origine di reazione vendicativa, si avvertono quando la civiltà si avvicina al Mediterraneo e il primo passo verso la umanizzazione del diritto punitivo si ha nell'Ellade sotto l'influsso di pensatori e di filosofi, di non mai più raggiunta grandezza. Ma solo col Cristianesimo il carattere spirituale della pena assume vero e profondo significato. Col Cristianesimo di fronte al delitto viene pronunciata per la prima volta una grande parola: pietà! '*È la pietà che l'uomo all'uomo più deve'.* Pietà unita ad una portentosa promessa di redenzione, per tutti gli umili, per tutti i vinti, per tutti i reietti, onde il delitto si trasforma in peccato e la pena in espiazione".

[122] F. Carnelutti, "La lotta del diritto contro il male", cit., p. 15. Peraltro, nei saggi di Francesco Carnelutti molteplici sono i riferimenti a passi delle Sacre Scritture. Non va, poi, trascurato il fatto che l'A. si è cimentato anche in approfondimenti di temi di carattere religioso; cfr. F. Carnelutti, *Chiose al Vangelo di Matteo*, cit.; Id., *Interpretazione del* Pater noster, cit.; Id., *Meditazioni sull'*Ave Maria, Tumminelli, Roma, 1945; Id., *I dialoghi del Vangelo e la civiltà*, Sansoni, Firenze, 1956; Id., *Figure del Vangelo*, Sansoni, Firenze, 1958; Id., *Il discorso della libertà (sul Vangelo di Giovanni)*,

Tuttavia, anche laddove non si volessero sposare i valori ai quali Carnelutti ha saldamente affidato le premesse metagiuridiche delle sue riflessioni, la sua ricostruzione non ne risulterebbe scalfita.

Certamente si dissolverebbe quella unitarietà della pena che si è vista essere a fondamento dell'ideale di sanzione penale concepito da Francesco Carnelutti. Ma, ancorché spaccato, l'energia sprigionata dalle molecole del suo pensiero resterebbe comunque intatta e, per averne conferma, basta guardare a quell'orientamento giurisprudenziale elaborato dalla Corte costituzionale che, movendo proprio dai principi contenuti nella Costituzione (specialmente nel comma terzo dell'art. 27), si esprime con il concetto di *polifunzionalità della pena*[123].

Soprattutto, ancorché in una visione parcellizzata, resterebbero inalterate ed ancora oggi attuali tutte quelle conseguenze che, dalla finalità rieducativa della pena, l'A. ha tratto sul piano teorico e pratico.

In primo luogo, la *giurisdizionalizzazione della fase dell'esecuzione penale*.

La critica che a tale riguardo Francesco Carnelutti moveva all'impianto legislativo (oltre che a quello dell'insegnamento universitario che, purtroppo, ieri come oggi, relega il diritto penitenziario tra le 'scienze inferiori'[124]) è che esso è radicato sull'idea che con la definizione del giudizio di cognizione debba cessare il compito del giudice. In realtà, non solo "la teoria della pena da ultimo capitolo del diritto penale materiale deve diventare il primo del diritto penale processuale"; non solo "la condanna non significa punto la fine del processo"[125], ma il "giudizio come

Sansoni, Firenze, 1960; Id., *Il poema di Gesù*, Sansoni, Firenze, 1961; Id., *Maria e le altre donne*, Sansoni, Firenze, 1962.

[123] Tale principio era stato espresso da Corte cost. 4 febbraio 1996, n. 12 secondo la quale la "vera portata del principio rieducativo" si ricava da una lettura coordinata delle due parti di cui si compone il terzo comma dell'art. 27 Cost., che formano un tutt'uno "chiaramente unitario, non dissociabile … in una prima e in una seconda parte separate e distinte tra loro". Si legge, infatti, in motivazione che "la rieducazione del condannato, pur nella importanza che assume in virtù del precetto costituzionale, rimane sempre inserita nel trattamento penale vero e proprio", al quale, solo, il legislatore, "con evidente implicito richiamo alle pene detentive, poteva logicamente riferirsi nel disporre che 'le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità'". Per una ricostruzione dell'orientamento giurisprudenziale che ha elaborato il principio, cfr. D. Bertaccini, *op. cit*., p. 28. Sull'argomento, F. Palazzo, F. Viganò, *op. cit.*, p. 108.

[124] F. Carnelutti, *Arte del diritto*, cit., p. 72: "purtroppo lo studio della pena e, in particolare, di codesta specie di pena si lascia a una specie di scienza inferiore, che usiamo chiamare disciplina penitenziaria: qualcosa di mezzo tra la scienza e la tecnica; e quella si limita, per lo più, a una descrizione dell'ordinamento penitenziario senza alcun tentativo di penetrare il suo problema spirituale". Si deve considerare che era abbastanza diffusa l'idea in dottrina che la fase esecutiva appartenesse addirittura al diritto amministrativo. Si v. P. Marsich, *L'esecuzione penale. Saggio introduttivo*, Cedam, Padova, 1927, p. 65. Sull'argomento, G. Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 1.

[125] F. Carnelutti, *Le miserie del processo penale*, cit., p. 67. In effetti, l'A. ha mantenuto fede a tale premessa metodologica. L'intero libro I del vol. I delle *Lezioni sul processo penale*, cit., infatti, è dedicato alla ricostruzione sistematica delle pene e delle misure di sicurezza. Peraltro, il vol. IV delle *Lezioni*, contiene un ampio spazio alla disciplina dell'esecuzione della pena.

la pena cominciano dove finisce il reato"[126] e con la condanna il processo continua, sebbene in una sede diversa, nel penitenziario[127].

Come accennato, si tratta di uno degli snodi di più autentica modernità del pensiero di Francesco Carnelutti e, a tale riguardo, è importante il passaggio con il quale egli affronta il *ruolo del giudice* nella determinazione della pena e nell'attuazione della stessa ai fini della realizzazione della sua funzione rieducativa[128].

Il portato di questa intuizione è quello di pensare alla esperienza del detenuto durante la esecuzione come un percorso del quale si debba tenere conto ai fini della determinazione della pena.

In questo, come detto, Francesco Carnelutti è stato davvero precursore di quello che ha rappresentato lo scheletro portante della riforma del sistema penitenziario e il germe di un altro principio elaborato dalla Corte costituzionale, quello di *progressività e flessibilità* del trattamento sanzionatorio[129], che costituisce la pietra angolare sulla quale è costruito il sistema penitenziario, nonostante esso sia sempre esposto agli attacchi di coloro i quali propugnano, in nome di un non ben definito e definibile principio generale, ideali di certezza della pena.

Come già accennato, all'epoca l'unica misura alternativa alla detenzione che poteva in certo senso dare attuazione ai principi elaborati dall'insigne giurista era costituito dalla liberazione condizionale, che tuttavia secondo l'A. rappresentava "un germe non germogliato"[130], perché la sua applicazione non era ancora effettivamente coordinata con un sistema concepito per collegare le modificazioni e le trasformazioni del trattamento sanzionatorio applicato dal giudice in sede di cognizione alla verifica del compimento di un percorso rieducativo del condannato.

È significativo, però, che Francesco Carnelutti trenta anni prima della riforma dell'ordinamento penitenziario pensasse che, per elevare l'esecuzione della pena ad esperienza da valutare ai fini della conoscenza della personalità del condannato, fosse necessaria, oltre alla presenza di personale adeguatamente preparato per assisterlo in questa fase, quella del giudice chiamato ad una delicata opera di adeguamento del trattamento sanzionatorio in ragione dei progressi rieducativi ottenuti dal detenuto.

[126] F. Carnelutti, "La lotta del diritto contro il male", cit., p. 4.
[127] F. Carnelutti, *La miseria del processo*, cit., p. 68.
[128] Sulla delicatezza della funzione del giudice, F. Carnelutti, *Le miserie del processo penale*, cit., pp. 31 e ss.
[129] Tale principio è stato chiaramente espresso, ad esempio, da Corte cost. 4 luglio 2006, n. 255 secondo la quale ai fini dell'attuazione dei principi di proporzionalità e di individualizzazione della pena nonché della funzione risocializzazione del reo "è necessario assicurare progressività trattamentale e flessibilità della pena e, conseguentemente, un potere discrezionale del magistrato di sorveglianza nella concessione dei benefici penitenziari". Per una ricostruzione del principio in questione, D. Bertaccini, *op. cit*., pp. 51 e ss. e, volendo, A. Diddi, *Manuale di diritto penitenziario*, Pacini, Pisa, 2022, pp. 269 e ss.
[130] F. Carnelutti, *Il problema della pena*, cit., 78.

Non si deve dimenticare che sul ruolo e sulla funzione del giudice, Francesco Carnelutti, forte anche della sua grande esperienza di avvocato, ha scolpito pagine indelebili. Il giudice, in particolare, piuttosto che algido e burocrate 'applicatore' di leggi, dovrebbe essere anzitutto uno studioso dell'animo umano. Un medico al quale si affida la cura di un uomo per far emergere il bene che, ancorché autore del più efferato delitto, c'è in lui e che proprio nella fase dell'esecuzione della pena egli deve essere aiutato a riscoprire[131].

All'epoca Francesco Carnelutti osservava che "il giudice di sorveglianza è il primo timido segno della verità in lotta con la superstizione [n.d.r. quella che il giudice dopo aver pronunciato la sentenza non debba più varcare la soglia del penitenziario]; ma quel segno non è che una fessura nella grande muraglia, che separa il tribunale dal reclusorio; e l'intera muraglia si dovrà abbattere affinché scomparisca l'assurda differenza tra la casa della giustizia e la casa della pena"[132].

Si deve sottolineare che quando Francesco Carnelutti esprimeva questi concetti non era neanche in gestazione la grande riforma attuata con l. 26 luglio 1975 n. 354, che ha consacrato a pilastri sui quali poggia il sistema penitenziario l'istituzione dell'*equipe* trattamentale, che deve sottoporre all'osservazione scientifica il detenuto e l'internato (art. 13) e il rafforzamento delle competenze del magistrato di sorveglianza il quale, oltre vigilare sulla organizzazione degli istituti di prevenzione e di pena, deve prospettare al Ministro della giustizia le esigenze dei vari servizi, con particolare riguardo alla attuazione del trattamento rieducativo e approvare i programmi dei percorsi rieducativi definiti dalle strutture penitenziarie (art. 69).

Un secondo corollario dedotto logicamente dalla finalità rieducativa della pena è costituito dal fatto di *aver posto al centro del sistema l'uomo, anzi lo spirito dell'uomo*.

Quando Francesco Carnelutti spiegava, facendo l'esempio del morto che non può tornare vivo, che non è del tutto vero che *factum infectum fieri nequit*, osservava che "se il reato fosse l'uomo che muore, non ci sarebbe, purtroppo, nulla da fare. Ma l'uomo che muore è il danno; il delitto è l'uomo che uccide. Il danno è un fatto del corpo; il delitto è un fatto dello spirito: la differenza è qui"[133].

Si tratta forse di uno degli aspetti più profondi del pensiero di Francesco Carnelutti. Da questa premessa egli ha fatto scaturire la necessità che la pena e la sofferenza, che ne costituisce l'essenza, rappresentino lo stimolo per provocare, attraverso il riconoscimento dell'errore e la riscoperta dei valori fondanti la società, una trasformazione del condannato anzitutto sul piano morale.

L'idea che la pena debba tendere alla rieducazione del reo non era ovviamente sconosciuta alle scienze penalistiche quando Francesco Carnelutti si occupava di

[131] Su questo aspetto, si v. F. Carnelutti, *Le miserie del processo penale*, cit., p. 69.
[132] F. Carnelutti, "La lotta del diritto contro il male", cit., p. 11.
[133] *Ivi*, p. 7. Tale concetto è, poi, sviluppato in Id., *Lezioni sul processo penale*, cit., p. 62; Id., *Teoria generale del reato*, cit., pp. 158 e ss.

queste tematiche, anche se essa era per lo più ritenuta dalla dottrina non compatibile con le finalità dell'ordinamento penale[134].

Orbene, rilevava Francesco Carnelutti, in un saggio del 1943[135], come, in difetto di un'assistenza morale, l'efficacia redentrice della pena sarebbe un esperimento fallito, perché se è vero che in rari casi è pur possibile che il condannato da solo si possa riscattare, senza un sostegno adeguato difficilmente si può attendere un recupero.

Secondo Carnelutti, come visto, questo sostegno è rappresentato da una assistenza spirituale all'insegna dell'amore, dell'amicizia, della carità e della solidarietà, vale a dire di quei valori di cui il detenuto è bisognoso. Il penitenziario, scriveva l'A., è "un ospedale, pieno di infermi dello spirito, anzi che del corpo, e qualche volta, anche del corpo; ma che singolare ospedale!"[136].

Si tratta certamente – come sottolineato – di un passaggio importante che potrebbe non essere facilmente accettato da tutti, in quanto, anche in questo caso, esso muove da un atto di fede a valori metagiuridici.

Si rammenta che nella Bibbia sta scritto che "io non godo della morte dell'empio, ma che l'empio desista dalla sua condotta e viva"[137]. Papa Francesco, a proposito della pena, ha recentemente puntualizzato che nonostante i cambiamenti storici, tre sono stati gli elementi costanti della pena: "la *soddisfazione o riparazione del danno causato*; la *confessione*, attraverso la quale l'uomo esprime la propria conversione interiore; e la *contrizione* per giungere all'incontro con l'amore misericordioso e risanante di Dio"[138].

Qualora non si volesse accettare tale punto di vista, perché argomento di autorità piuttosto che premessa di carattere logico, non può sfuggire il fatto che oggi la finalità rieducativa della pena, stante la sua consacrazione nel testo della

[134] Così, ad es. E. Pessina, *Elementi di diritto penale*, Marghieri, Napoli, 1869, II, pp. 162-163.
[135] F. Carnelutti, *Il problema della pena*, cit., p. 79.
[136] F. Carnelutti, *Le miserie del processo penale*, cit., p. 68.
[137] Ezechiele, 33, 11.
[138] Cfr. Papa Francesco, "Lettera di Papa Francesco ai partecipanti al XIX Congresso Internazionale dell'Associazione Internazionale di diritto penale e al III Congresso dell'Associazione Latino-americana di diritto penale e criminologia", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, p. 1019, con nota di L. Eusebi, "Un'asimmetria necessaria tra il delitto e la pena", "*La riparazione.* Il Signore ha poco a poco insegnato al suo popolo che esiste un'asimmetria necessaria tra il delitto e la pena, che non si pone rimedio a un occhio o un dente rotto rompendone un altro. Si tratta di rendere giustizia alla vittima, non di giustiziare l'aggressore. […]. La *confessione* è l'atteggiamento di chi riconosce e si rammarica della propria colpa. Se il delinquente non viene sufficientemente aiutato, se non gli viene offerta un'opportunità perché possa convertirsi, finisce con l'essere vittima del sistema. È necessario fare giustizia, ma la vera giustizia non si accontenta di castigare semplicemente il colpevole. Bisogna andare oltre e fare il possibile per correggere, migliorare educare l'uomo affinché maturi da ogni punto di vista, di modo che non si scoraggi, affronti il danno causato e riesca a reimpostare la sua vita senza restare schiacciato dal peso delle sue miserie […]. La *contrizione* è il portico del pentimento, è quel sentiero privilegiato che porta al cuore di Dio, che ci accoglie e ci dà un'altra opportunità sempre che ci apriamo alla verità della penitenza e ci lasciamo trasformare dalla sua misericordia".

Costituzione, costituisce un obbligo giuridico dello Stato, sicché è indubbio come in tale rinnovato contesto una pena senza assistenza al detenuto costituirebbe un trattamento destinato ad essere considerato illegittimo.

Un sacrificio fine a stesso, in altri termini, si risolverebbe oggi in una sanzione incostituzionale ed è proprio questa constatazione che, riallacciandosi alle precedenti considerazioni, consente di spiegare perché, ogni qual volta si guardi ad una riforma, del processo piuttosto che del diritto penale, i giudizi espressi dai giuristi siano sempre molto critici.

A ben vedere, per attuare le idee sviluppate da Francesco Carnelutti – oggi, si ripete, solennemente scolpite nell'art. 27 della Costituzione – nel corso degli anni purtroppo non si è fatto molto così che appaiono quantomai attuali le parole con le quali egli all'epoca stigmatizzava la situazione carceraria constatando non solo che la pena sul piano collettivo conservava una funzione meramente vendicativa, ma che non tanto la scienza quanto la "*prassi del diritto penale, è assai arretrata*"[139], in quanto quello della reclusione "continua ad essere considerato come un problema zoologico invece che come problema spirituale. La prigione si concepisce assai più come la gabbia di una bestia che come la cella di un monaco"[140].

È sufficiente richiamare i dati sulla recidiva e la irrisolta problematica del sovraffollamento carcerario per toccare con mano quanto non sia cambiato molto rispetto ai tempi in cui quelle parole venivano pronunciate.

Un terzo corollario desunto sempre dal finalismo rieducativo della pena è la necessaria *durata della detenzione*.

Se questo passaggio del pensiero dell'A. dovesse essere preso alla lettera, esso potrebbe alimentare una visione carcerocentrica del sistema penale.

In realtà l'A., anche in questo caso, moveva da una premessa molto semplice. Egli propugnava una rivisitazione della differenza tra delitti e contravvenzioni e la degradazione in questa seconda categoria di una vasta serie di reati (come le percosse, le lesioni lievissime, le ingiurie) rispetto ai quali, non potendosi ravvisare un rilevante disvalore morale, piuttosto che una pena con funzioni rieducative, viene vista come auspicabile l'adozione di misure di sicurezza ovvero misure reclusive di breve durata sostituibili, in quanto non vere pene, con "misure individualmente più utili e socialmente meno dannose"[141].

Sebbene in questa direzione nel corso degli anni si sia fatto molto (si pensi alla c.d. Legge Simeone in materia di sospensione dell'esecuzione delle pene fino

[139] F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 23.

[140] F. Carnelutti, *Arte del diritto*, cit., p. 74. L'idea coltivata da Francesco Carnelutti costituisce un saldo risultato di molta parte della dottrina penalistica. Si v., a tale riguardo, le profonde riflessioni di F. Stella, *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 195: "la capacità di pensare, lo sguardo che consente di trovare dentro di noi il motivo di innesco del male, la verità nella quale bisogna vivere per realizzare la rivoluzione esistenziale, sono tutte mete pienamente raggiungibili, se si seguono le indicazioni che la psicologia del profondo ci dà sulle antinomie polarizzate e sulle coscienze delle pulsioni negative che ciascuno di noi reprime o rimuove dall'inconscio".

[141] F. Carnelutti, *Il problema della pena*, cit., p. 53.

a 4 anni[142]), al cospetto di atavici problemi di sovraccarico, di ineffettività della pena e dei fallimentari risultati delle recenti depenalizzazioni, l'idea, semplice e lineare, di degradare a contravvenzioni taluni delitti (con conseguente operatività di tutti i regimi particolari che ad esse si potrebbero applicare) potrebbe oggi davvero costituire l'architrave di una radicale riforma del diritto penale.

10. Il futuribile del pensiero di Francesco Carnelutti

Vi è un ultimo corollario che deriva dall'impostazione seguita da Francesco Carnelutti e che merita di essere trattato a parte per le implicazioni che esso potrebbe avere in una rinnovata visione del sistema penale vale a dire quello che *la pena, per assolvere la sua funzione rieducativa, deve condurre al pentimento*.

Già si è osservato come questo punto rappresenti quello nel quale la contaminazione del pensiero giuridico con le convinzioni religiose sia più marcato e, dunque, a prima vista, potrebbe non risultare agevolmente accettabile, richiedendo esso un'adesione a scelte personali[143].

Tuttavia, anche in questa direzione non solo il pensiero di Francesco Carnelutti è stato lungimirante, ma il principio dell'emenda da lui elaborato si presta ad una 'versione', per così dire, laica[144] che, oltre a non deformare eccessivamente la sua premessa e consentire di superare la possibile obiezione di apriorismo ideologico, potrebbe fornire soluzione anche ad un'altra problematica oggi al centro dei dibattiti dottrinari, quella del *come giudicare*.

I germi dell'ideale di giustizia che propugnava Francesco Carnelutti sembrano a ben vedere oggi riflessi in quella nuova concezione di risposta sanzionatoria che si sta affacciando sempre più prepotentemente in questi anni e che va sotto il nome di *giustizia riparativa*. Essa, secondo la definizione contenuta in una recente direttiva UE, comprende qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale[145].

[142] Cfr. L. 27 maggio 1998, n. 165.

[143] F. Carnelutti, *Arte del diritto*, cit., p. 74 domandava, dopo aver osservato che l'alimento necessario ai reclusi "è il pane dello spirito più che il pane del corpo": "a chi non verrà in mente, a questo punto, il sacramento, che consacra l'amore di Dio nella forma del più puro alimento corporale? Così la sanzione punitiva, in apparenza severa e crudele, rivela la sua verità supremamente misericordiosa".

[144] L'emenda, infatti, può essere interpretata sia in senso giuridico, sia in senso morale. M.A. Cattaneo, voce "Pena (filosofia)", cit., p. 707: "la prima, infatti, agisce meramente sul comportamento esteriore del colpevole facendolo ritornare un 'buon cittadino'; la seconda opera una conversione morale nel colpevole, agendo nella sua interiorità". Su questa distinzione, si vedano anche le riflessioni di E. Pessina, *Elementi di diritto penale*, cit., p. 33.

[145] Così art. 2, co., 1, lett. d), Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime

La finalità sottesa a questo modello è quello di ricostruire i legami spezzati dall'azione delittuosa, ripristinando il dialogo tra autore e vittima del reato.

Se si considera che, a livello normativo, tra le condizioni di applicabilità della giustizia riparativa è previsto che "l'autore del reato [abbia] riconosciuto i fatti essenziali del caso"[146], e che, in concreto, esso è proprio il risultato del percorso che conduce al *pentimento,* ci si rende conto che il suo fondamento non è poi molto distante da quella funzione emendativa dell'intervento penale sul quale, secondo Francesco Carnelutti, si giustifica un intervento sanzionatorio.

A fondamento di queste teorie vi è un ribaltamento del piano dei valori: se, infatti, quando scriveva Francesco Carnelutti il reato era considerato una lesione, *oltre che alla persona offesa* anche alla società, oggi esso viene visto, come affermato sempre dalla direttiva dell'UE[147], oltre *che torto alla società* anche come violazione dei diritti individuali delle vittime.

L'aver rovesciato i poli dei valori e posto al centro del sistema, accanto all'imputato anche la vittima, non è evidentemente privo di conseguenze, oltre che per le teorie della pena, anche per quelle del processo, dovendo oggi il sistema penale nel suo complesso fornire risposta anche alle domande di giustizia delle vittime dei reati e, più in generale, alle esigenze di riparazione dei beni giuridici protetti dalle norme penali, senza ovviamente che tale inversione debba far riaffiorare caratteri delle primitive esperienze sanzionatorie.

Quella riparativa, infatti, è pur sempre una *giustizia* e proprio essa potrebbe davvero realizzare l'obiettivo nascosto nel suo significato etimologico[148] vale a dire quello di ristabilire non solo un ordine astratto, quello della società, ma anche di ricongiungere i legami spezzati.

Non è certamente possibile spiegare, né delineare anche solo in via generalissima[149], in che modo queste nuove concezioni si riflettano sul sistema penale.

Un dato che in ogni caso si può mettere in evidenza è costituito dal fatto che, una volta valorizzato il ruolo e la posizione della vittima, per non trasformare la risposta punitiva in una moderna forma di vendetta, occorre anzitutto spostare il

di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI. Per la verità, questa condizione non è stata recepita dal recente d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 che, tra le altre cose, ha introdotto nell'ordinamento italiano la giustizia riparativa.

[146] Cfr. art. 12, co. 1, lett. c) della Direttiva 2012/29/UE. La giustizia riparativa è disciplinata anche dalla raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/Rec (2018) adottata il 3 ottobre 2018. Principi base sull'uso dei programmi di giustizia riparativa in ambito penale sono stati elaborati dalle Nazioni Unite nel 2002 (*United Nations, "Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters"*, ECOSOC Res. 12/2002).

[147] Cfr. preambolo n. 9 della Direttiva 2012/29/UE.

[148] Avvertiva F. Carnelutti, *Arte del diritto*, cit., p. 52 che *ius* deriva da *iungere*, cioè unire. Nello stesso senso G. Del Vecchio, *op. cit.*, p. 3, nt. 3: "etimologicamente, secondo un'opinione ancora molto diffusa, le parole *jus, justum, justitia,* deriverebbero dalla radice sanscrita *ju (yu),* che significa *legare* (cfr. *jugum, jungere*)".

[149] Ci si permette rinviare a A. Diddi, *Processo penale e paradigma riparativo. I nuovi orizzonti della tutela dell'interesse leso*, Cedam, Padova, 2022, pp. 235 e ss.

baricentro della 'pena' e passare da una sua configurazione in termini di mera sofferenza inflitta attraverso un *pati* a condotta attiva del reo da realizzare attraverso un *facere*. Poiché però non può essere imposta coattivamente, tale condotta di *facere* richiede necessariamente un'azione volontaria (un atto di libertà, si potrebbe dire) che, a sua volta, siccome comporta quel riconoscimento dell'altro la cui negazione è alla base della commissione del delitto, conduce all'attuazione dello scopo della pena che ne giustifica sul piano razionale l'esistenza.

In questa rinnovata concezione del sistema punitivo, anche le regole del processo, stante la sua funzione servente rispetto al diritto materiale, dovrebbero ovviamente essere modificate e plasmate per rendere possibile la realizzazione di questa nuova frontiera della pena che si potrebbe definire *riparatoria.*

Quando Francesco Carnelutti elaborava la teoria della pena queste concezioni non erano state ancora espresse[150].

Non si crede di effettuare, tuttavia, un'arbitraria forzatura del suo pensiero, se si afferma che, in fondo, le ideologie che stanno alla base della giustizia riparativa non si distaccano eccessivamente dalle conclusioni alle quali egli era pervenuto, allorquando, come visto, ha rappresentato il fondamento giustificativo della pena come un trattamento che, attraverso il pentimento, realizza anche un effetto ripristinatorio.

Il pentimento, infatti, può certamente esaurirsi in un atteggiamento del foro interno che, cioè, conduce alla ammissione del male senza richiedere una mediazione con la vittima. Essendo finalizzata a ricostruire i legami spezzati con il delitto, la giustizia riparativa esige invece un *quid pluris* e, guardata da questo angolo visuale, essa non solo è davvero in grado di ripristinare concretamente una situazione di equilibrio attraverso la eliminazione delle tensioni generate dal reato, ma è altresì capace di integrare quell'atto di *assunzione di responsabilità* da parte dell'autore del reato che, in una visione laica, può esprimere il vero fondamento della pena elaborato da Francesco Carnelutti[151].

[150] Sulle origini, sugli scopi e sulle forme attuative della giustizia riparativa, negli ultimi anni si è sviluppata una letteratura importante che non può essere ricostruita. Per uno sguardo si sintesi, soprattutto, per quanto concerne la sua genesi cfr. F. Reggio, *Giustizia dialogica. Lucie e ombre della* Restorative Justice, Franco Angeli, Milano, 2010, pp. 53 e ss. secondo il quale "alle origini della *restorative Justice,* e del movimento di pensiero che essa incarna, possono annoverarsi matrici anche molto diverse e non sempre agevolmente conciliabili".

[151] Del resto (ivi, p. 64) "la *Restorative Justice* ha tratto significativi spunti da riflessioni maturate nella spiritualità e nell'antropologia cristiane". Sull'idea che in conformità alla Bibbia ed all'etica cristiana la pena, in quanto sanzione riconciliativa, dovrebbe realizzarsi come rapporto interpersonale fra agente di reato e società che ha subito il danno, e che compito del condannato in questo dialogo risarcitorio dovrebbe essere quello di prestare secondo le sue possibilità il ristoro *materiale* de danni provocati, cfr. G. Del Vecchio, *op. cit.*, p. 183; L. Eusebi, *La Chiesa e il problema della pena*, cit., p. 154. F. Stella, *op. cit.*, pp. 206 e ss. e E. Wiesnet, *op. cit.*, p. 166.