

ANTONIO VALLINI

IL GUIDATORE CONTROMANO E IL GUARDIANO DEL FARO

Recensione a Winfried Hassemer, Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale

(*Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*,

trad.it., note e cura di Domenico Siciliano, il Mulino, 2012)

1. «Da moltissimi anni coltivo il desiderio di rendere il diritto penale più accessibile a lettori che osservano con attenzione il loro mondo, seppure non attraverso la lente del diritto [...]. E mi sono sempre meravigliato che non esistesse una tale trattazione della natura delle pene e del diritto penale. Tanto più che il diritto penale – a differenza di molti altri ambiti giuridici – non è un ambito asettico, ma un’istituzione ricca di risvolti stimolanti. Il diritto penale è in stretto rapporto con la nostra esperienza quotidiana».

Dando credito alla prefazione, il volume che siamo chiamati a recensire sarebbe poco più d’una “chiacchierata” intavolata da «uno dei più influenti penalisti viventi» (così in quarta di copertina) con il lettore “non addetto ai lavori”. O forse – suggerisce il sottotitolo originale – un’arringa volta a suggestionare una giuria popolare. O forse, addirittura, soltanto un’opera divulgativa.

Pecca un po’ di civetteria, questa dichiarazione di intenti, eppure c’è del vero. Di certo possiamo dire che Winfried Hassemer non parla come lo studioso blasonato, in fase conclusiva di una luminosa carriera, che istruisce il pubblico sulle verità attinte da una pluridecennale riflessione ed esperienza. Se questo volume è una lezione, è, prima di tutto, una impareggiabile lezione di modestia. In essa si manifesta una rara capacità di mettersi in discussione; mettere in discussione, in particolare, la dimensione “iniziativa” delle proprie competenze, ricorrendo a un linguaggio colloquiale, condito di interiezioni, modi di dire, metafore che si ispirano a un immaginario quotidiano, punti di domanda che danno al discorso l’andamento di un flusso mentale spontaneo, aperto e dubitativo (non deve essere stato semplice il lavoro di traduzione).

Non per questo, tuttavia, si può parlare di un’opera divulgativa. Tutt’altro: la divulgazione non è l’occasione per verifiche critiche e problematiche, per un atteggiamento interlocutorio. Semmai, per ben funzionare, pretende l’esposizione di poche acquisizioni certe (o che si fanno passare per tali), tradotte in nozioni circoscritte.

Al contrario, questo è un contributo profondamente scientifico. Proprio in quanto lezione di modestia, è lezione di metodo. Lo specialista si spoglia, nei limiti del possibile, della toga weberiana dello scienziato che può “approfittare” di una superiorità culturale e tecnica, rispetto ad un uditorio non altrettanto attrezzato,

per indossare gli abiti *casual* dell'interlocutore non viziato dalle precomprensioni che la cultura specialistica impone. In questo modo, egli riesce a porre a se stesso quesiti schietti ed incisivi (ricordano, a tratti, quelle domande che capita di ricevere da certi studenti, che proprio per la loro ingenua essenzialità fanno vacillare le nostre certezze di docenti); si costringe a una forma perplessa; colloca lungo il percorso argomentativo molteplici premesse per una possibile falsificazione di quel che va dicendo, procedendo a sua volta per falsificazioni di idee che si crederrebbero consolidate. Non a caso, la "Scuola di Francoforte" – di cui Hassemer, è noto, costituisce una delle punte di diamante – si è affermata più come ginnasio di libero e variegato pensiero, che non come l'ennesimo fortino adibito alla difesa di una qualche dogmatica.

Pertanto, "Perché punire è necessario" si rivolge anche e soprattutto ai tecnici, proponendo testi e sottotesti apprezzabili da letture colte. A simili interlocutori Hassemer propone, prima di tutto, un esercizio di metodo, e non solo per quanto scrivevamo poc'anzi. Il volume rinnova, infatti, quell'approccio che ha reso unico il pensiero dell'illustre autore: multidisciplinare, sensibile alla dimensione reale – "sociologicamente" rilevabile – del fenomeno punitivo; fenomeno che si intende governare, muovendo da principi di ispirazione liberale e costituzionale, da declinare in proposte di regolamentazione orientate alle conseguenze; misurate, queste ultime, con lo strumentario del criminologo. Una strada che conduce – con qualche curva – verso una mediazione costruttiva, senza compromessi al ribasso, tra il diritto penale "classico" (quello dei principi, dei limiti, e degli istituti che da essi si possono trarre, secondo un procedimento mentale quasi deduttivo) e il diritto penale "moderno" (quello, cioè, attento alla necessità di governare fenomeni non immediatamente offensivi, però disfunzionali rispetto a lati programmi di tutela e prevenzione, tipici della società della complessità e del rischio).

2. Quanto, poi, ai contenuti, sembra cogliersi a un primo approccio un condensato e una sintesi del pensiero di Hassemer: la teoria del bene giuridico e della prevenzione positiva, la critica al diritto penale del nemico e della "sicurezza", il diritto penale inteso come controllo sociale formalizzato e irretito da procedure, l'alternativa dei sistemi extrapenali di gestione dell'illecito e della devianza. Non fosse che la nozione di sintesi evoca una rappresentazione conclusa di un processo meditativo, mentre le pagine di questo *plaidoyer* propongono ben poco di definito (giusto alcuni "paletti" oltre i quali nessuna accezione di diritto penale può permettersi di andare, se non a costo di modificare le strutture più profonde della nostra convivenza civile: si pensi, ad esempio, alla proibizione della tortura *in ogni caso*, o alla dignità umana quale fonte di un divieto di "cosificazione" di *qualsiasi* individuo). Esse, al contrario, contengono una ampia sequela di domande, cui cor-

rispondono risposte che a loro volta anticipano programmaticamente altre domande, quasi che lo scienziato alla fine di un percorso di riflessione durato un'intera vita potesse trarre dai suoi archivi molte ipotesi di ricerca, poche soluzioni.

Ma, in fondo, come altro potrebbe apparire, il fenomeno punitivo, se non sfaccettato e irriducibile, allo sguardo di chi ha la possibilità di cambiare varie paia di lenti (quelle del sociologo, del criminologo, del teorico, del sostanzialista, del processualista, del costituzionalista – e del giudice costituzionale), sì da poter intravedere la genesi multifattoriale del fenomeno medesimo, le tensioni opposte che ne modellano le forme, sino a renderle per niente geometriche? L'importante è saper distinguere quali occhiali offrono una visione *descrittiva* dei moti che storicamente determinano le opzioni del potere punitivo, quali, invece, consentono visuali *pre-scrittive*, che focalizzano il “dover essere” della giustizia penale, cui quel potere *bisogna* che s'adegui. Sovrapposizioni ottiche sarebbero deleterie, ed Hassemer – proseguendo nella metafora – è uno dei migliori oculisti sulla piazza. Deleteria, nella sua portata riduttiva e mistificatoria, l'illusione che il dover essere senz'altro corrisponda all'essere, che le astratte teorie della pena, le dogmatiche del reato e i principi del “giusto” processo interamente esprimano l'essenza del potere punitivo; deleteria, altresì, per le sue implicazioni illiberali, in quanto abdicazione da un ineludibile impegno critico, la convinzione che quel potere non possa che corrispondere a quello che “naturalmente” tende ad essere, a quello che storicamente, di volta in volta, viene proposto.

Tentiamo, a questo punto, una rielaborazione e un riepilogo degli argomenti proposti da Hassemer, che non seguirà l'ordine dei capitoli e dei paragrafi, e neppure proverà a dar conto della ricchezza delle suggestioni, delle esemplificazioni, degli *excursus* (alcuni dei quali aprono scenari di tale ricchezza tematica da meritare una recensione a parte: come il capitolo XIV, dedicato alla giustizia minorile, ove si propone un diritto penale che ancora si dibatte tra le istanze della sicurezza e del personalismo, ma che risponde a logiche significativamente differenti, persino in contraddizione con quelle sino a quel momento trattate, stante la peculiare, indefinita, cangiante personalità dei destinatari dei precetti e del processo). Né rievocheremo, nel dettaglio, le molte norme dell'ordinamento tedesco chiamate in causa, il cui testo è accuratamente riportato in appendice (sicché – merita segnalarlo – questo libro è anche un utile supporto per il comparatista).

L'“arringa” dello studioso di Francoforte si apre con un'analisi volutamente superficiale e intuitiva dei nessi tra diritto penale e “senso comune”. E col senso comune immediatamente viene a compromessi, proponendo un parallelo persino scontato: tutti si sentono “esperti” e in grado di fornire indicazioni sul diritto penale, in virtù di una pseudo-comprensione istintiva, tanto quanto tutti si atteggiano a tecnici di una partita di pallone vista alla tv. Ma come è ben altra cosa il calcio vissuto sul campo, rispetto a quello trasmesso sullo schermo, così questa classe diffu-

sa di intenditori improvvisati giudica i processi punitivi per quel che ne percepisce da dietro una cortina mediatica, senza una reale comprensione di certe dinamiche specifiche, delle ragioni di principio e delle implicazioni fattuali. Il *quivis de populo* è, al contempo, un *esperto* e un *estraneo* del diritto penale. Questo settore di attività umana gli è, o gli appare, tanto familiare, quanto arcano.

Tale constatazione anticipa una ben più complessa analisi delle sinergie e sinergie tra diritto penale e cultura diffusa, da condurre con gli strumenti della sociologia del diritto. Il diritto penale altro non è se non una espressione, una gemmazione, di forme di *controllo sociale*, connaturate a qualsiasi tipo di consorzio umano (solo Robinson Crusoe appena dopo il naufragio viveva al di fuori d'ogni controllo sociale, finché un giorno si presentò Venerdì...), e attuate sulla base di premesse valoriali da cui discendono orientamenti normativi. Si spiega, così, quel diffuso senso di vicinanza: ciascuno di noi è immerso in un controllo sociale che già conosce la sequenza norma-trasgressione-punizione; di conseguenza, partecipa *anche* del diritto penale. L'impressione di estraneità, per altro verso, può originare da quello che di peculiare distingue il diritto penale da altre forme di controllo sociale: vale a dire la formalizzazione dei suoi presupposti, dei suoi esiti e delle sue dinamiche operative. Il diritto penale, in effetti, è un «ambito settoriale formalizzato di controllo sociale» (p. 123).

Formalizzazione che non è strettamente funzionale al buon risultato del controllo, bensì ad una diversa esigenza, non altrettanto intuitiva (per quanto non ignota ad altri sistemi di orientamento impositivo delle condotte umane, che hanno il senso del limite e si attuano mediante procedure). L'esigenza, cioè, di contenere uno strumento *altamente invasivo, stigmatizzante, doloroso e pericoloso*, che se fuori controllo rischia d'essere peggio di ciò che è teso a contrastare.

Detta formalizzazione implementa, in primo luogo, logiche di *giustizia*, verso le quali si orientano le regole del diritto sostanziale. In secondo luogo, esigenze di *verità*, quale presupposto necessario della giustizia.

Alla verità – diciamo subito – si ispirano le garanzie e le regole del procedimento penale, specificamente volte ad assicurare un'*assistenza* al soggetto della cui responsabilità penale si discute (diritto di difesa, diritti di informazione, diritti di effettiva partecipazione, diritto di presentare e discutere prove), così da permettergli di confrontarsi efficacemente con i “tecnici” che impersonano l'accusa, di poter sostenere l'impatto del potere penale processuale. In questo modo, gli si consente altresì di “immischiarsi” efficacemente, e dialetticamente – secondo i canoni dell'oralità e del contraddittorio – nelle procedure di accertamento della verità, che altrimenti rischiano di cedere a fisiologiche precomprensioni. Perché ciò funzioni, non devono derivare pregiudizi, né conseguire forme di subordinazione, dalla *opportuna* intraprendenza dell'indagato/imputato – opportuna non solo in quanto rispondente all'interesse soggettivo ed al valore della dignità della persona

coinvolta, ma perché funzionale all'interesse collettivo a un corretto accertamento della responsabilità. Vale, dunque, il divieto di *reformatio in peius*, ed opera il principio del *nemo tenetur se ipsum prodere*.

3. Orbene, queste interazioni socio-culturali appaiono particolarmente accentuate, al confronto con altre branche dell'ordinamento. Proprio per questa loro valenza decisiva e caratterizzante il senso e gli scopi del diritto penale, si tratta di nessi problematici, nell'essere a un tempo *necessari*, potenzialmente *virtuosi* in certe loro espressioni, virtualmente *deleterii* e *critici* in altre espressioni ancora.

Profili *necessari*. Dicevamo, poc'anzi, che il potere punitivo non è il frutto di un qualche progetto a tavolino, ma semplicemente *esiste*, quale manifestazione fisiologica di controllo sociale. Il diritto penale *dà atto* di quel potere come fenomeno che lo precede e che deve dunque essere regolamentato, e proprio in questa esigenza di regolamentazione trova una prima legittimazione (qui e altrove il pensiero istintivamente corre al *Diritto e Ragione* di Luigi Ferrajoli). Se questo è vero, tra l'altro, ne deriva che la risalente e irresolubile contrapposizione tra *deterministi* e *indeterministi*, di recente vivificata dall'apporto delle neuroscienze, e da cui tradizionalmente si fa dipendere la stessa ragion d'essere del giure punitivo, costituisce in fondo un falso problema: il diritto penale postula l'autodeterminazione per l'ottimo motivo che sua funzione è quella di interagire proficuamente con dinamiche sociali che, *di fatto* (e per necessità), muovono dal medesimo postulato.

Profili *virtuosi*: le istanze e i riscontri socio-culturali da un lato forniscono una *legittimazione* al diritto penale (secondo i canoni di una teoria della prevenzione positiva), dall'altro lato ne strutturano il *limite*. Da individuarsi, il limite, oltre che nelle stesse logiche della prevenzione positiva, in primo luogo nella funzione critica del "bene giuridico", quale coefficiente influenzato di volta in volta dalla mutevolezza delle più rappresentate istanze di tutela. In secondo luogo, nel principio di legalità (nelle sue varie declinazioni): precipitato del principio democratico, procedura di traduzione in norma giuridica di espressioni di consenso sociale, presupposto di un dialogo continuativo, chiaro ed effettivo con la "coscienza diffusa" e la percezione individuale. In terzo luogo, nella colpevolezza (cui è dedicato un intero capitolo) e nella logica della rieducazione e del reinserimento sociale: istituti che pretendono, rispettivamente, una comunicazione efficacemente avvenuta prima del reato, e un prolungamento costruttivo di quella comunicazione nel momento esecutivo.

*Critici* sono, infine, taluni gravi incidenti nei processi comunicativi sottesi alla politica criminale e alla prassi penalistica. Si considerino, ad esempio, certe interazioni negative tra diritto penale e controllo sociale, dovute al fatto che questo secondo opera diversamente per sottoculture. La norma incriminatrice, giocoforza

destinata a selezionare alcuni orientamenti valoriali tra i molti disponibili, può creare conflitti intervenendo in sottoculture che da quegli orientamenti si distanziano: da simili tensioni origina il problema dei c.d. “delitti culturali”.

È altra però l'aporia che più preoccupa Hassemer. Si può partire, volendo, dalla già segnalata esposizione della nostra disciplina a strumentalizzazioni mediatiche, che raccolgono ed elaborano la portata emotiva del crimine e della reazione penale, e al tempo stesso costituiscono esse stesse un fattore emotigeno, conformemente agli scopi specifici dell'informazione. Le reciprocità perverse con processi politici per loro natura orientati alla ricerca (e alla produzione) del consenso, e la tendenza, altresì, di questa politica a farsi politica criminale, quindi legislazione e prassi penale, possono determinare cortocircuiti anche nell'elaborazione di categorie giuridiche, in specie riguardo alla funzione preventiva della pena, e alla dogmatica del bene giuridico.

La “sicurezza”, per vero, si presta ad essere intesa come *bene giuridico* (per la sua rispondenza a un “interesse”) e d'altronde può atteggiarsi ad evoluzione naturale ed estrema di una *concezione pragmatica e preventiva della funzione del diritto penale*. In questo modo, nel mentre sembra implementare categorie penologiche fondamentali, oltretutto rispondenti ad aspettative garantiste, produce invece un illiberale capovolgimento di prospettive. Il «diritto fondamentale alla sicurezza» è paragonato a un *Geisterfahrer*, «un automobilista che guida contromano in autostrada e che si comporta come se procedesse nella stessa direzione degli altri diritti fondamentali» (pp. 77-78). Aggiunge, in nota, il traduttore: «la metafora del *Geisterfahrer* rende bene anche l'autoreferenzialità e la “pericolosa” ingenuità [...] del diritto alla sicurezza nel suo (non) dialogo con gli altri diritti fondamentali. Chi imbocca al contrario l'autostrada è convinto di “guidare bene” e secondo le regole, e ritiene gli altri partecipanti al traffico autostradale da lui fatti carambolare fuori carreggiata dei pericolosissimi “pazzi furiosi”, che guidano contromano e cercano di ucciderlo. In realtà, il vero pericolo è lui».

4. Tanto constatato, la proposta vien da sé: occorre valorizzare e enfatizzare le sinergie *virtuose*, nella consapevolezza disincantata delle implicazioni *necessarie*, per contenere i rischi di certi sviluppi *negativi*.

Necessita prima di tutto uno sforzo di depurazione concettuale, che precisi senso e contenuti delle categorie, sì da renderle davvero strumentali al dover essere del diritto penale. Una precisazione di quale idea di prevenzione sia necessaria, come fondamento e scopo legittimante la pena; di quale idea di bene giuridico sia realmente capace di arginare le tentazioni del potere punitivo.

Quanto alla funzione della pena, Hassemer si spende in una rielaborazione critica del dibattito tra teorie assolute o retributive e teorie utilitariste o preventive.

Le prime vengono definite, addirittura, indegne, nel momento in cui – assorbite nella ricerca di astratte corrispondenze – distolgono lo sguardo da dati empirici assai imbarazzanti, quali la sofferenza delle vittime, e del reo; da esse, però, merita recuperare i criteri di adeguatezza, proporzione e personalizzazione del rimprovero. Delle dottrine della prevenzione si apprezza l'orientamento pragmatico e relativistico. In questo pregio sta, però, anche il loro limite, perché la capacità preventiva della pena non può essere empiricamente falsificata (troppi i fattori di disturbo), sicché simili impostazioni, tradendo la loro missione, offrono in realtà solo asserzioni intuitive, inadatte a misurare concretamente gli spazi di legittimità dell'intervento punitivo (anzi, l'idea preventiva è per sua natura destinata ad avallare amplificazioni estreme di quegli spazi). Più in generale, entrambe le visuali si connotano per uno spirito autoritario, in quanto non insistono sulla necessità di una rispettosa comunicazione tra sistema penale, individui e cultura diffusa: da un lato declinano idee di giustizia astratte e trascendenti, dall'altro lato valorizzano una forma unidirezionale, impositiva e mortificante di comunicazione, quale è l'intimidazione.

Esiste, però, un'idea "positiva" di prevenzione, che in questo ultimo contributo sembra ben depurata da certe discutibili parentele con l'idea di prevenzione "integratrice" che invece si coglievano in precedenti interventi dello stesso autore. Essa considera, in particolare, due fattori: la costruzione della *fiducia* (quale elemento, tra l'altro, che induce al rispetto della norma nel quadro di una compartecipazione a un progetto comune, dunque di una comprensione, se non addirittura di una convinzione); la salvaguardia della *dignità umana* (intesa come divieto di trattare i soggetti coinvolti nella vicenda penale come mere cose). La prevenzione positiva suggerisce processi di elaborazione delle fattispecie e regole applicative che metabolizzino diffuse *Kulturnormen* (tra le quali rientrano anche sentimenti di giustizia *verso il reo*), e meccanismi applicativi che consentano, razionalmente, l'accertamento della *verità*, comunemente avvertito quale presupposto necessario della giustizia. Per operare secondo una logica di prevenzione positiva, insomma, la giustizia penale non deve agire in termini grettamente *intimidatori* (verso il reo, o l'imputato), né preoccuparsi troppo di rassicurare indefiniti *timori* o transeunti *istanze vendicative* (molte pagine sono dedicate al valore del monopolio statale punitivo quale superamento delle dinamiche della vendetta, e dunque al ridimensionamento del ruolo della vittima nel diritto e nel processo penale, in larga misura opportuno e fisiologico, anche se meritevole di accorto ripensamento).

Questa impostazione, di indubbio fascino, coglie senz'altro "intuitive" realtà, eppure si espone, forse, a quella obiezione di non falsificabilità empirica che essa stessa avanza contro le dottrine della prevenzione negativa. Come si dovrebbe stimare questa "fiducia" della "popolazione"? Fiducia di chi ("popolazione" è concetto astratto), rispetto a che cosa in particolare? Davvero gli strumenti della socio-

logia consentono precisazioni al riguardo? E come stabilire se e quanto questa “fiducia” sia realmente garanzia di un operare “mite” e razionale del diritto penale?

L'impressione è che una simile teoria, alla fine, usi una fascinosa circonlocuzione per focalizzare un'esigenza esprimibile in termini più lineari: l'esigenza, lo ribadiamo, di contenere un fenomeno punitivo che esiste e sempre esisterà, in quanto espressione di governo sociale di condotte devianti ritenute “particolarmente” meritevoli di contrasto, i cui eccessi – questo sì è un dato di fatto incontestabile, storicamente verificabile – sono peggiori, e socialmente ben più disfunzionali, del crimine stesso. Asserire che il Leviatano desti maggiore “fiducia” nei cittadini e meglio si proponga alla loro comprensione, quando e perché irretito e reso più mansueto, appare un eccesso argomentativo forse non necessario, in certa misura vago, persino pericoloso. Lo stesso Hassemer in altri passaggi riconosce che, nella temperie della postmodernità, s'avverte una serpeggiante simpatia per un Leviatano, invece, capace di nuotare liberamente per molte miglia, perché trattenuto da catene più lunghe, o più elastiche; quelle catene che gli erano state strette fermente al collo, in altri tempi, per rispondere a timori allora di opposto segno. Ad ogni modo, vivida e appassionante rimane, nel messaggio di Hassemer, la tensione deontologica; la *sollecitazione*, cioè, a tener accesi tutti i canali di dialogo tra opzioni dell'ordinamento penale e cultura diffusa, non solo implementando in tal senso le dinamiche democratiche, ma anche approfittando in modo più accorto e strategico delle opportunità offerte dall'attuale sistema dei *media*. Insistendo, infine, su una pena orientata alla responsabilizzazione, non all'annichilimento.

5. Alla politica criminale si può imprimere un moto virtuoso, altresì, precisando la nozione di “bene giuridico”, in particolare ribadendone la funzione critica. I contenuti del singolo bene giuridico, quali che siano, oltre che mutuati da un'attenta disamina di diffusi orientamenti culturali (ancora una volta), dovranno essere utilmente strumentali a quella funzione. Dovranno, perciò, essere dotati di *concretezza*, ché altrimenti non si potrà constatare, né misurare, quell'offesa che dovrebbe legittimare l'incriminazione della condotta. Nel pensiero di Hassemer – che argomenta dalla logica personalistica delle moderne costituzioni – concretezza significa essenzialmente corrispondenza a interessi individuali, sia pure mediata. La tutela di valori astratti, o collettivi (l'ambiente, la fede pubblica), può consentirsi nella misura in cui costituisca uno strumento e una sintesi concettuale di progetti di salvaguardia di legittime esigenze di singole persone reali. Di quei beni si dovrà poi riscontrare un qualche riflesso nelle pur vaghe disposizioni della Costituzione, o comunque la consonanza con “certezze normative” che costituiscono il minimo comun denominatore di un ordinamento “delle nostre latitudini” (per cui, alterate simili certezze, ci troveremmo in tutt'altro contesto giuridico: il divieto di riduzio-

ne in schiavitù, di giustiziare un innocente, di un uso sistematico della tortura).

All'interno di questi confini, la definizione contenutistica del bene giuridico penalmente rilevante è fisiologicamente cangiante, perché dipendente da influssi culturali e contingenze politico-criminali. Bisogna, perciò, imparare a convivere con una indeterminatezza a priori degli oggetti di tutela. Quel che tuttavia non muta, e che è destinato a incidere sui *processi di selezione* di quei contenuti, sono certi parametri rispondenti a logiche auto-evidenti e connaturati a qualsiasi idea di giustizia.

In primo luogo il principio di *proporzionalità* tra importanza del bene e intensità/gravità degli strumenti di tutela; proporzione che, di per sé, presuppone misure, dunque impone quella esigenza di concretezza del bene e dell'offesa di cui si diceva poc'anzi. Dalla proporzione figliano il principio di *adeguatezza e necessarietà*: sta al legislatore dimostrare – dati criminologici alla mano – che nel singolo caso il ricorso allo strumento penale è in grado di incrementare e rendere maggiormente rispondente a pressanti esigenze la salvaguardia di un dato interesse, mentre non sono sufficienti interventi, ad esempio, di carattere amministrativo; così come sta al giudice, tra più mezzi disponibili (ad esempio misure cautelari), optare per quello che meno negativamente incide sulle prerogative della persona, tra i tanti egualmente efficaci rispetto alle legittime esigenze che si intendono salvaguardare.

Ultimo, problematico ma ineludibile corollario della proporzionalità, della adeguatezza e della necessarietà – ma al tempo stesso *limite* rispetto ai risultati che si potrebbero ottenere in virtù di detti criteri – è il parametro della *esigibilità* (da non confondersi con quella *esigibilità* soggettiva che rinvia ad altro terreno di riflessione). Di difficile definizione, e di arduo fondamento (pur trattandosi di principio coltivato dalla Corte costituzionale tedesca), esso viene espresso nei seguenti termini: «vi sono ambiti in cui, anche con mezzi adeguati e addirittura miti, lo Stato *non può entrare*» (p. 160). Insomma, ci sono manifestazioni della persona *indisponibili a priori* da parte anche della più accorta politica criminale. L'esemplificazione di Hassemer tradisce un afflato liberale e personalista a favore di una sfera individuale di “privatezza” e piena autodeterminazione, e per altro verso è tesa a ribadire divieti tanto categorici quanto, talora, contro-intuitivi, come – ancora una volta – il divieto di tortura.

Il principio di *esigibilità* è un «faro nella notte»; Winfried Hassemer uno dei più indefessi guardiani di quel faro.

6. In conclusione, dunque: *Warum Strafe sein muss*.

Dopo la lettura dell'intero contributo, la frase che dà il titolo sembra suonare come un quesito: perché mai punire? È il quesito, lo abbiamo constatato, che sorregge il formidabile impianto *assiologico* e problematico di questa ricchissima riflessione.

Quel titolo, però, assume prima di tutto un'intonazione assertiva (specie nella versione italiana, che traduce il sottotitolo con “difesa del diritto penale”). Non-

stante il costante appello a una riduzione e a un contenimento dell'intervento penale, la riflessione di Hassemer rimane, nel complesso, una ferma sconfessione d'ogni ipotesi abolizionista. Fare a meno dello strumento penale significherebbe compiere un pretenzioso e sconsiderato salto nel vuoto. Perché si può, forse, chissà, abolire il diritto penale, ma *non il controllo sociale*. Quest'ultimo continuerebbe dunque ad operare in qualche modo rispetto ai fatti etichettabili come criminosi, senza più, però, quella utile e meditata formalizzazione. Le esemplificazioni proposte suscitano inquietudini (e motivi di vergogna) che, di per sé, sono un argomento conclusivo: si rievocano i «pogrom che scoppiano all'improvviso in Italia contro i rom», alla pari dei «fatti di violenza esplosi nell'estate 2008 in Sudafrica contro i migranti dello Zimbabwe», allorché «viene regolarmente addotta la circostanza che le persone colpite avrebbero violato delle norme, soffiando il lavoro ai nativi o derubandoli»; e, ancora, le atrocità commesse «nelle pieghe delle missioni militari in Iraq», o quelle dei nazisti «nella relativa informalità dei campi di concentramento».

Ci piace, infine, cogliere tra le righe dell'illustre autore – che pure dimostra una volta di più d'essere fine sociologo del diritto, attento criminologo, giudice pensoso, il meno dogmatico degli accademici – un tentativo (in controtendenza?) di nobilitare la dimensione *speculativa* del diritto penale, del ruolo e della missione dello “scienziato” criminalista, proponendo un esemplare esercizio di teoria quale argine culturale alle insidie di una politica criminale ispirata dal contingente. Neppure troppo tra le righe: a pagina sessantotto si legge: «la scienza del diritto penale è libera [...], non è la serva della prassi del diritto penale, né il suo fornitore, né il bacino da cui essa attinge i propri giudizi. La scienza determina da sé i suoi metodi e gli oggetti della sua indagine. Dal momento che il suo ambito è il diritto penale, non distoglierà lo sguardo da ciò che le succede intorno, magari al solo scopo di restare aggiornata con le sue domande, i suoi esempi e le sue tematiche centrali, o semplicemente per curiosità. Tuttavia, decidere dove volgersi e che cosa approfondire è di sua esclusiva competenza».

Spero ci venga perdonata la scelta di chiudere la recensione enfatizzando un passaggio forse marginale. Da un volume tanto ricco di variegate suggestioni, è comprensibile, se non lecito, che ogni lettore selezioni lo spunto che – chissà poi perché – più lo gratifica.