

The logo consists of three overlapping circles: a yellow one on the left containing the letter 'C', a green one in the middle containing 'J', and a blue one on the right containing 'N'.

CJN

Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE



ISSN 2240-7618

1/2019

EDITOR-IN-CHIEF

Francesco Viganò

EDITORIAL BOARD

Italy: Gian Luigi Gatta, Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli

Spain: Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz, Joan Queralt Jiménez

Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto, Fernando Londoño Martínez

MANAGING EDITOR

Carlo Bray

EDITORIAL STAFF

Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro, Elisabetta Pietrocarlo, Tommaso Trinchera, Stefano Zirulia

EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardón, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caveró, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascurain Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Maserà, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, María Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggeri, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Javier Willenmann von Bernath, Francesco Zacchè

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

Se desideri proporre una pubblicazione alla nostra rivista, invia una mail a editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Committee on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal's abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication's minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

DIRITTO PENALE EUROPEO <i>DERECHO PENAL</i> EUROPEO <i>EUROPEAN CRIMINAL</i> <i>LAW</i>	<p>Granting Due Process of Law to Suspected and Accused Persons Involved in Parallel Criminal Proceedings in the EU 1</p> <p><i>Asegurar el derecho al debido proceso a investigados y acusados sujetos a procedimientos penales paralelos en la UE</i></p> <p><i>Assicurare il diritto al giusto processo agli indagati e agli imputati sottoposti a procedimenti penali paralleli nell'UE</i></p> <p>Alejandro Hernández López</p>
	<p>Los tribunales ordinarios ante la primacía del Derecho de la UE y la protección de los derechos fundamentales 17</p> <p><i>I tribunali ordinari dinanzi alla primazia del diritto dell'UE e alla tutela dei diritti fondamentali</i></p> <p><i>Ordinary Courts before the Primacy of EU Law and the Protection of Fundamental Rights</i></p> <p>Annalisa Lucifora</p>
	<p>Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca 34</p> <p><i>El reglamento (UE) 2018/1805 para el recíproco reconocimiento de los procesos de congelamiento de activos y comiso</i></p> <p><i>The EU Regulation 2018/1805 for the Mutual Recognition of Freezing Measures and Confiscation</i></p> <p>Maugeri</p>
	<p>Uno, nessuno, ventidue. Ovvero l'incertezza del diritto nel contrasto delle frodi eurounitarie 61</p> <p><i>Uno, ninguno, veintidós. O la incerteza del derecho en el combate a los fraudes eurounitarios</i></p> <p><i>One, No One, Twenty Two. Namely, the Legal Uncertainty in Fighting EU Frauds</i></p> <p>Rosaria Sicurella</p>
	<p>“Ce lo chiede (anche) l'Europa!": Regole d'ingaggio per la forza pubblica 84</p> <p><i>“Lo pide (también) Europa!": Reglas de enfrentamiento para la fuerza pública</i></p> <p><i>“Europe (too) is asking for it!": Rules of engagement for law enforcement officers</i></p> <p>Matteo Tondini</p>

L'OBBIETTIVO SU...	Reati culturalmente motivati	98
OBJETIVO SOBRE...	<i>Delitos culturalmente motivados</i>	
FOCUS ON...	<i>Culturally Motivated Crimes</i>	
	Fabio Basile	
	Le "parole preparatorie". I reati antiterrorismo di parola nell'era dei new media	104
	<i>Las "palabras preparatorias". Los delitos antiterrorismo de palabra en la era de los nuevos medios de comunicación</i>	
	<i>Crimes of Word. Anti-terrorism Offences of Word in the Age of the Means of Communication</i>	
	Fabio Fasani	
	Il profiling dell'autore di reato	142
	<i>La caracterización del autor del delito</i>	
	<i>The Profiling of the Offender</i>	
	Luca Lupária	
	Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive	158
	<i>Crimen organizado y corrupción.</i>	
	<i>De la atracción electiva a las convergencias represivas</i>	
	<i>Organised Crime and Corruption: from Elective Attraction to Enforcement Convergence</i>	
	Vincenzo Mongillo	
	Circa alcune aporie della teoria della pena nel diritto penale continentale*	192
	<i>Sobre algunas aporías de la teoría de la pena en el derecho penal continental</i>	
	<i>About Some Aporias of the Theory of Punishment in Continental Criminal Law</i>	
	Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno	
	Riserva di codice o di legge organica: significato, questioni di legittimità costituzionale e impatto sul sistema penale	206
	<i>Reserva de código o de ley orgánica: significado, cuestiones de legitimidad constitucional e impacto en el sistema penal</i>	
	<i>Reservation to the Criminal Code or to a Consolidated Law: Meaning, Constitutionality and Impact on the Criminal Law System</i>	
	Carlo Ruga Riva	

L'OBBIETTIVO SU...

OBJETIVO SOBRE...

FOCUS ON...

Circa alcune aporie della teoria della pena nel diritto penale continentale*

*Sobre algunas aporías de la teoría de la pena
en el derecho penal continental*

*About Some Aporias of the Theory of Punishment
in Continental Criminal Law*

ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO

Professore di Diritto penale e criminologia, Universidad Complutense de Madrid
inigo@der.ucm.es

FINALITÀ DELLA PENA

FINALIDAD DE LA PENA

PURPOSES OF CRIMINAL SANCTIONS

ABSTRACTS

Nei paesi che hanno subito l'influenza del diritto penale tedesco si è soliti dividere le teorie sulla giustificazione della pena tra teorie retributive e teorie preventive. Tale divisione sembra seguire da vicino la *summa divisio* dell'etica normativa contemporanea tra teorie deontologiche e teorie consequenzialiste. Questa analogia strutturale permette di utilizzare gli sviluppi dell'etica normativa per analizzare la coerenza dell'orientamento maggioritario sulla giustificazione della pena. Dopo aver proceduto in tale maniera, si dimostra che tale orientamento non risulta coerente: nella misura in cui afferma di valorizzare una giustificazione preventiva (inesorabilmente consequenzialista), non lo è perché non soddisfa la ricerca empirica di cui si può disporre sui distinti modi di prevenzione; nella misura in cui abbraccia postulati deontologici, non lo è perché falsa senza giustificazione il doppio significato, di fondamento e di limitazione, che la meritevolezza gioca nell'analisi sull'adeguatezza della pena.

En los países de influencia del Derecho penal alemán es usual dividir los planteamientos sobre la justificación de la pena en retribucionistas y preventivistas. Al hacerlo, parece seguirse de cerca la gran división existente en la ética normativa contemporánea entre teorías deontológicas y teorías consecuencialistas. Esta analogía estructural permite utilizar los desarrollos de la ética normativa para analizar la coherencia del discurso penal mayoritario sobre la justificación del castigo. Una vez se hace, se comprueba que este no resulta coherente: en la medida que dice sostenerse una justificación preventiva (inexorablemente consecuencialista), no lo es porque no atiende a la investigación empírica disponible sobre los distintos modos de prevención; en la medida en que abraza postulados deontológicos, no lo es porque sesga sin justificación el doble valor, fundamentador y limitador, que el merecimiento juega en el análisis sobre la adecuación del castigo.

Scholars influenced by German criminal law scholarship commonly divide theories about the justification of punishment in retribution-based and prevention-based theories. In doing this, they seem to closely track the distinction between deontological theories and consequentialist theories now prevalent in contemporary normative ethics. This structural analogy allows the use of developments in normative ethics to test the coherence of the jus-

Traduzione in italiano di Michele D'Addario, a cui l'autore è grato per l'eccellente lavoro.
(Studiante di Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata")

tification of punishment prevalent on German-influenced scholars. When this is done, it is apparent that there is no such coherence: inasmuch as this scholarship claims to follow a preventive (necessarily consequentialist) logic, it is incoherent in not paying attention to the empirical investigation on the different ways to achieve crime prevention; inasmuch as it embraces deontological postulates, it is incoherent because it severs the double role (both grounding and limiting) played by desert in the analysis of the justification of punishment.

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Conseguenzialismo senza conseguenze? – 3. Deontologia senza merito? – 4. Merito e retributivismo nella teoria etica e nella teoria penale angloamericane contemporanee.

1.

Introduzione.

Nel Diritto penale “continentale” (considerando tale quello influenzato prevalentemente dalla dogmatica tedesca, anche al di fuori dell’ambito europeo) si suole approcciare la discussione sui fini della pena a partire dalla dicotomia tra teorie “assolutistiche”, basate sulla retribuzione, e teorie “relative”, basate sugli effetti preventivi che si possono ottenere attraverso l’inflizione di pene¹. Realizzando la parcellizzazione delle teorie della giustificazione della pena in questi due grandi blocchi, il Diritto penale accademico sembra coincidere con un’altra grande divisione, quella esistente nell’etica normativa contemporanea tra teorie deontologiche e consequenzialiste.

Tanto in Europa continentale come in America latina, e a differenza di ciò che si ritiene che accada nei paesi di influenza del *common law*, specialmente negli Stati Uniti, la maggior parte dei penalisti si dichiara oggi contraria alla giustificazione dell’esistenza del Diritto penale e all’imposizione di pene per il loro valore “intrinseco” in termini di giustizia. Siffatta avversione a considerare elementi di merito nella discussione dei fini della pena è attribuibile all’influenza, a partire dalla fine degli anni Sessanta, del movimento anti-retributivista², ben riassunto nella proposta di Klug di rinunciare al retributivismo (incarnato da Kant ed Hegel)³. Sull’effettiva influenza di questo movimento, almeno in dottrina, non ci sono dubbi, e agli inizi degli anni Ottanta Hassemer già poteva proclamare che “l’abbandono di Kant ed Hegel preteso da Klug nel 1968 si è consumato in maniera impressionante nella determinazione dei fini della pena dell’attuale teoria tedesca del diritto penale”⁴.

Dichiarata la morte del retributivismo, attualmente è comune che i manuali di Diritto penale esponano la materia dei fini della pena in tre passi e seguendo il seguente schema argomentativo⁵:

- si comincia l’esposizione descrivendo rapidamente le giustificazioni che fanno appello al merito o al valore intrinseco dell’imposizione di pena ai colpevoli sotto la denominazione di “teorie assolutistiche” o “retributive”, per avanzare velocemente, dopo aver mostrato quali sono i relativi problemi (insuperabili), verso l’analisi delle teorie “relative” o basate sul raggiungimento di effetti preventivi;
- l’analisi delle teorie preventive (general-preventive e special-preventive) è più modesta, sebbene, in modo curioso o paradossale, prevalentemente concettuale, con pochi e antiquati riferimenti alla ricerca empirica sulla materia⁶. Lo stesso è solito concludere mostrando che anche queste teorie presentano problemi (*quasi* insuperabili), concentrati sulla loro tendenza all’eccesso penale con il fine di ottenere la prevenzione.

¹*Traduzione in italiano di Michele D’Addario, a cui l’autore è grato per l’eccellente lavoro.

(Studente di Giurisprudenza presso l’Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”)

Riconosce tale dicotomia e la critica per la sua sterilità, HÖRNLE (2011), pagg. 3 e 57

² CANCIO/ORTIZ DE URBINA (2012), p. 22.

³ KLUG (1968). Forse l’osservazione precedente non rende giustizia alla privilegiata formazione filosofica di Klug, che molto probabilmente non stava equiparando le teorie di Kant ed Hegel con tutto il merito, ma il dato certo è che così è passato alla discussione seguente, in cui prevalentemente il criterio del merito si associa a questi due nomi e (qui il problema) solo a questi. V. di nuovo HÖRNLE (2011), pagg. 15-18.

⁴ HASSEMER (1982), pag. 118. Nella stessa parte affermava anche, riferendosi alla teoria della pena, che “Questo panorama è dominato da una politica criminale che si orienta verso finalità di prevenzione speciale e che limita la persecuzione di fini attraverso la prevenzione generale”. Con il riferimento alla primazia della prevenzione speciale, la frase funge da buona fotografia dei violenti cambiamenti che la teoria della pena ha sofferto negli ultimi quaranta anni.

⁵ Esempi lampanti di questo modello argomentativo sono i testi di parte generale più importanti in Germania e in Spagna: ROXIN (2006), pagg. 69-96 e MIR PUIG (2011), pagg. 77-99.

⁶ La situazione è così grave che non si fa uso nemmeno di uno dei numerosi testi che forniscono analisi utili sulla ricerca in materia, come ad esempio, per la prevenzione generale negativa, APEL/NAGIN (2011) e, per la prevenzione speciale positiva, CULLEN/JONSON (2011). Invece di offrire riferimenti criminologici, la maggior parte dei penalisti cita testi di altri penalisti, che a loro volta citano soprattutto testi di penalisti precedenti, alcuni dei quali raccolgono un’informazione criminologica della propria epoca, ormai in disuso.

- L'analisi termina con la supposizione di qualche forma mista (o “dialettica”) di giustificazione a cui, con il criterio del merito come limite (e non come fondamento), sono solite partecipare le finalità general-preventive e, in misura minore, quelle special-preventive, queste ultime sempre ridotte alla prevenzione speciale positiva⁷.

Questo schema argomentativo si rende bersaglio di due critiche:

a) da una parte, ed anche se si omettesse tale denominazione, segue un modello di giustificazione consequenzialista e, comunque sia, non si tiene conto dell'informazione disponibile sulle conseguenze a cui si fa riferimento, cioè: si indica il criterio che permetterebbe di determinare se la pena sia giustificata, però non si disturba a verificare se tale criterio venga soddisfatto o meno. In questo punto il modello risulta incompleto.

b) Dall'altra, e dovuto ad alquanto attendibili considerazioni di giustizia, si pretende di prevenire i possibili eccessi a cui possono condurre i modelli consequenzialisti di giustificazione facendo riferimento ai limiti assiologici che si fondano sul merito come limite della pena; tuttavia, ciò si fa senza concedere al merito, allo stesso tempo, nessun ruolo nel fondamento della pena. In questo punto, il modello descritto risulta incoerente.

In seguito, verranno analizzate entrambe le questioni (paragrafi II e III), per poi rivedere i vari sviluppi della teoria della pena angloamericana degli ultimi trent'anni che fanno luce su alcuni dei problemi sollevati (paragrafo IV).

2.

Consequenzialismo senza conseguenze?

Nella teoria dell'etica normativa è usuale far riferimento alla dicotomia tra deontologismo e consequenzialismo. Per esclusione, e visto che rifiuta la giustificazione “retributiva” della pena, la dottrina penalistica maggioritaria dovrebbe essere considerata sostenitrice delle giustificazioni consequenzialiste del Diritto penale. Data l'abituale cattiva reputazione del termine “consequenzialista” nella tradizione giuridico-penale tedesca, e peggio ancora quella del suo presunto sinonimo, “utilitarista”, in molte occasioni si preferisce occultarlo e si sceglie di parlare di “prevenzione” invece che di “consequenzialismo”. Tuttavia, appare evidente che la giustificazione del Diritto penale con base sulle sue possibilità preventive è una giustificazione basata sulle conseguenze (in concreto, sul fatto che il suo intervento servirà per ridurre la criminalità futura) e, in tal modo, inevitabilmente e nella misura in cui sia di prevenzione, allo stesso tempo consequenzialista⁸.

La relazione tra l'abbraccio della prevenzione ed il consequenzialismo, d'altra parte, viene data indipendentemente dal metodo concreto di prevenzione di reati che si preferisca, ossia, indipendentemente dallo schieramento a favore della prevenzione generale (negativa o positiva), della prevenzione speciale (di nuovo, negativa o positiva) o di una miscela di tutte o alcune di queste funzioni. Contrariamente a ciò che l'abituale esposizione separata di questi meccanismi preventivi potrebbe far comprendere, una volta assunta la prospettiva consequenzialista non esiste nessun tipo di incoerenza concettuale nell'abbracciare tutti questi simultaneamente: ciò che interessa al consequenzialista, *qua* consequenzialista, sono i risultati (in questo caso la prevenzione), e non come si raggiungono. Così, risulta irrilevante la scelta dell'una o dell'altra tecnica di prevenzione (dissuasione, prevenzione generale positiva, neutralizzazione o risocializzazione). Ciò che importa è quale di queste strategie comporti un miglior equilibrio

⁷ In seguito alla presentazione della prima versione di questo testo nel congresso dai cui contributi a questo volume, si produsse una discussione introno all'adeguamento della descrizione precedente, almeno riguardo a ciò che si riferisce all'ambito tedesco. Come dissi allora la descrizione è dello stato della manualistica, nell'inteso, comune alla filosofia della scienza, che, indipendentemente da ciò che possa denominarsi “ricerca punta”, il miglior riflesso dello stato di una disciplina lo offrono i suoi manuali (“textbook”). E questi, senza dubbio, seguono il modello esplicativo esposto, anche in Germania, come si può vedere nei seguenti manuali pubblicati negli ultimi cinque anni: HEINRICH (2014), pagg. 6-8; HILGENDORF/VALERIUS (2013), pagg. 2-4; KINDHÄUSER (2013), pagg. 37-39; KEREY/ESSER (2012), pagg. 54-63; MURMANN (2011), pagg. 21-30 y RENGIER (2013), pagg. 10-13. Offre alcune deviazioni, ritengo inferiori, la presentazione di FRISTER (2011), pagg. 17-27, che contrappone le teorie assolutistiche e della prevenzione generale negativa e della prevenzione speciale con la versione da lui difesa della teoria della prevenzione generale positiva.

⁸ Tuttavia, ciò che non è inevitabile è che l'adozione di una giustificazione preventiva costringa la supposizione di approcci utilitaristici. A riguardo v. ORTIZ DE URBINA (2012) pagg. 392-396.

costo-beneficio⁹.

Se la dottrina maggioritaria propone una giustificazione dell'intervento penale, sebbene sia parzialmente consequenzialista, risulta come minimo paradossale che poi non si faccia riferimento alla ricerca empirica disponibile sul raggiungimento di effetti preventivi attraverso una qualsiasi delle strade considerate. Per essere coerente con il modello di giustificazione a cui volontariamente si aderisce, in qualche momento il sostenitore della teoria della giustificazione preventiva (sia questa "preventiva pura" o limitata da qualche criterio di giustizia) deve verificare se gli effetti preventivi si stiano producendo. E, nel caso in cui la risposta sia negativa, deve indagare se ciò è dovuto a difficoltà risolubili (e sollecitare il superamento) o meglio a problemi strutturali di difficile o impossibile soluzione (che porterebbe a concludere che l'intervento penale manca di giustificazione).

Se non si compie quanto detto, la giustificazione preventiva si converte in una copertura per un altro tipo di giustificazioni, che non si esplicitano, o, peggio, si dà "carta bianca" per la politica criminale effettivamente posta in essere, che risulterebbe sempre giustificata attraverso l'appello ad alcuni effetti la cui esistenza, richiesta dalla teoria, nella realtà si presuppone, senza che si verifichi.

Una delle critiche più usuali alle giustificazioni basate sul merito è il carattere impreciso del ricorso alla giustizia¹⁰. Tutto sommato, dovrà riconoscersi che una giustificazione che si appella a un elemento indefinito è migliore di una che invoca una variabile più precisa (l'esistenza di alcune conseguenze determinate), la cui esistenza tuttavia non viene comprovata.

Che cosa troverebbe il penalista, se cercasse nella letteratura, sugli effetti empirici dell'intervento penale? Già ho trattato questo tema in altra sede¹¹, ed in ogni caso è stato affrontato in maniera più estesa da altri¹², dimodoché qui dirò soltanto, come riassunto, che tutte le finalità attribuite al Diritto penale, ed anche qualche effetto non voluto come finalità, però comunque prodottosi, come la neutralizzazione, nella pratica funzionano in modo peggiore che nella teoria, con l'unica eccezione della risocializzazione. In particolar modo, le variabili politico-criminali con maggior effetto sulla prevenzione del reato non hanno a che vedere con la determinazione della responsabilità penale, o almeno con il Diritto penale e, quando hanno a che fare con questo, si riferiscono soprattutto a elementi del sistema di giustizia penale (segnatamente la polizia) che rimangono lontani dal campo di attuazione della teoria giuridica del reato.

Visto quanto detto, in molti casi, è possibile che nella maggior parte di essi l'imposizione della pena non si giustificerebbe per i suoi effetti preventivi. Secondo una prospettiva preventiva coerente, pertanto, dovrebbe dichiararsi la bancarotta normativa del Diritto penale contemporaneo, salvo che, ovviamente, si possa affermare che ci sia un altro tipo di ragioni in grado di sostenere l'infliczione della pena.

Il retributivismo classico, così come qualsiasi altra teoria che dia valore fondativo al merito, lo sostiene così. Queste altre ragioni possono considerarsi tanto parallele al ragionamento preventivo (e complementari di questo) così come alternative allo stesso e, in quest'ultimo caso, escludenti o no. Nel caso in cui le ragioni non preventive si considerassero parallele e complementari staremmo di fronte ad una teoria consequenzialista con ammissione di pesi deontologici; nel caso in cui tali ragioni si ritenessero alternative ed escludenti, di fronte al retributivismo "duro", che contempla il merito come condizione necessaria e sufficiente del castigo e che, in aggiunta, afferma che, se c'è il merito, esiste un *obbligo* di imporre la pena

⁹BERMAN (2011), pag. 435 qualifica quest'osservazione come di "routine" nella dottrina statunitense. La visione pluralista del consequenzialismo permette di superare il fenomeno patetico delle "mode" in materia di fini della pena che fa sì che, secondo l'epoca, si sottolinei una o altra finalità (che in sé non è problematico), rimandando le altre (che invece risulta problematico). A riguardo, v. RUBIN (2003), pagg. 66-82 e WEISBERG (2012), pag. 1239. Secondo una visione consequenzialista, finché una strategia preventiva possa sortire effetti dovrà essere usata, a meno che entri in conflitto con un'altra e risulti impossibile una loro massimizzazione congiunta, nel cui caso si dovrà optare per strategie miste che rinuncino alla massimizzazione di alcune possibilità preventive per non ostacolare il funzionamento di altre. Così, è possibile che il miglior sfruttamento dei mezzi general-preventivi negativi consigli il compimento effettivo e rapido nel regime penitenziario delle pene privative della libertà per ottimizzare l'effetto deterrente sulla comunità e sullo stesso criminale. Tuttavia, questa strategia entrerà in conflitto con le possibilità special-preventive positive, visto che il rilassamento delle condizioni del compimento nelle tappe finali della pena è correlato positivamente con cifre minori di recidività. In questi casi si deve decidere qual è il metodo di prevenzione a prevalere e in che misura.

¹⁰Tre riferimenti di tre decenni distinte negli ultimi cinquant'anni: HART (1968), pag. 233, DOLINKO (1992), pagg. 1635-1636; CHRISTOPHER (2002), pagg. 982-984.

¹¹ORTIZ DE URBINA (2012), pagg. 396-403.

¹²Esemplare, ROBINSON (2008, *passim*)

indipendentemente da altre considerazioni (*per seat mundus*)¹³; nel caso in cui queste ragioni si reputassero alternative ma non escludenti altre ragioni, ci troveremmo di fronte al denominato “retributivismo morbido”.

Tuttavia, la teoria penalistica maggioritaria ritiene che il merito funzioni solamente come limite, e non come fondamento della pena, in modo che teoricamente prosciuga questa fonte di giustificazione. Vediamo quanto esposto più dettagliatamente.

3. Deontologia senza merito?

Come si è detto, la presentazione abituale della teoria della pena inizia con il rifiuto del merito come fine della sanzione. Tuttavia, ciò si realizza con l'appoggio su una descrizione che fa riferimento soltanto a un retributivismo antiquato e basato, in maniera abituale, unicamente sugli scritti di soli due autori (anche se si tratta di due colossi), Kant ed Hegel, che scrissero duecento anni fa e la cui complessa opera è oggetto di svariate interpretazioni. Leggendo le osservazioni della teoria della pena della maggior parte dei penalisti, nessuno direbbe che il deontologismo e il retributivismo sarebbero addirittura esistiti a partire dalla seconda metà del XX secolo. Come vedremo nel paragrafo immediatamente successivo, dedicato all'esame di alcuni sviluppi del retributivismo nella dottrina penalistica angloamericana, niente di più lontano dalla realtà.

Il rifiuto del merito è affrettato, visto che si mostra poi necessario per evitare gli eccessi punitivi a cui condurrebbe l'applicazione senza restrizioni della logica della prevenzione, in tutti i suoi sviluppi (dissuasione, riabilitazione o inabilitazione). La censura di tali eccessi è unanime, non essendo possibile trovare nessun penalista che affermi, per esempio, che sia legittimo imporre pene sproporzionate rispetto alla colpevolezza per raggiungere fini general-preventivi. Siffatta possibilità, oltre che ed in parallelo con l'infrazione dei limiti che potrebbe imporre l'ordinamento giuridico-positivo, contraddirebbe importanti esigenze di giustizia, accettate all'unanimità e che si riassumono nell'idea che nessuno possa essere condannato oltre la propria responsabilità.

In tal modo, il Diritto penale contemporaneo si schiera manifestamente a favore dei limiti deontologici della pena basati sulla responsabilità, e ciò costituirebbe una decisione assolutamente inoppugnabile, se non fosse per il deficit in cui si incorre nel suo fondamento: non si spiega perché la colpevolezza abbia un peso decisivo al momento di limitare la pena, però non possa essere presa in considerazione al momento di fondarla. Ciò che manca nella comprensione maggioritaria del principio di colpevolezza come limite è riconoscere che questo non può compiere tale missione senza il concetto di merito e che quest'ultimo deve avere necessariamente una doppia funzione, allo stesso tempo fondativa e limitatrice¹⁴.

Affermare che qualcuna delle garanzie penali abbia a che vedere con il merito¹⁵ non significa che non possano esistere considerazioni deontologiche, e pertanto limiti alla pena, distinte dal merito. Al contrario, è chiaro che quest'ultima nozione non esaurisce le considerazioni di

¹³ Questo retributivismo “duro”, probabilmente non sostenuto da nessuno al giorno d'oggi, si deve differenziare dal retributivismo “robusto” [l'espressione è di BERMAN, (2004)] di autori come MICHAEL MOORE, che considerano che il merito autorizza ed infatti obbliga al castigo, però ammettono, tuttavia, che potrà smettere di imporsi quando ci siano contro ragioni particolarmente forti (che è stato denominato “retributivismo del limite”: *threshold retributivism*).

¹⁴ Si è potuto dimostrare [HURKA (2001)] che il merito e la virtù condividono la struttura concettuale. Se consideriamo che la virtù si relaziona con il merito positivo (una supposizione che non sembra dover essere polemica), l'onere della prova, da cui possa concedersi una funzione meramente limitativa e non di fondamento allo stesso tempo al merito, ricadrà sui sostenitori della tesi.

¹⁵ Spesso ci riferiamo al “merito” in contesti in cui non si tiene conto della libera capacità d'agire del soggetto. Così, affermiamo che qualcuno (che può essere un bambino di tenera età o un soggetto con infermità mentale grave, soggetti senza libera capacità d'agire) “merita” il rispetto della propria dignità, volendo dire che ha diritto al rispetto della sua dignità. Più avanti, tuttavia, quando si parla di merito, si farà con esclusivo riferimento a quello basato sulla libera capacità d'agire, che può essere sia positivo (merito di elogio) sia negativo (merito di disapprovazione). Quest'ultimo tipo di merito è quello che coincide con la nozione penale di colpevolezza, intesa non nel senso della categoria “colpevolezza” della teoria giuridica del reato, ma come la somma delle considerazioni trattate nelle categorie “ingiusto” (fattispecie + anti giuridicità) e “colpevolezza”.

giustizia¹⁶. Lo dimostra, nello stesso ambito della giustizia penale, l'attribuzione di garanzie processuali (presunzione d'innocenza, diritto alla produzione di prova, a non confessare contro se stessi, etc.). Queste garanzie si concedono e articolano a favore di qualsiasi persona sottoposta a processo, con assoluta indipendenza dal proprio merito e addirittura anche se colui che gode delle stesse meriti la pena per essere effettivamente responsabile.

Allo stesso modo, altri limiti, come il divieto di pene infamanti, hanno come base considerazioni qualitativamente distinte dal merito: ad un assassino abietto si può imporre una pena di venti anni di prigione, ma non quella alternativa che consiste in una pena di dieci anni di prigione e uno sputacchio in faccia. La questione non ha a che vedere con la proporzionalità o con il merito in senso *quantitativo* (uno sputacchio sembra qualcosa di gran lunga meno gravoso di 10 anni di prigione, non essendo implausibile che la maggior parte o la totalità dei condannati preferirebbe questa seconda pena), ma con le proprie *qualità* dell'azione di sputare ed il suo carattere indegno¹⁷.

Tuttavia, quando si afferma che al momento di imporre la pena non si possa andare al di là della responsabilità del condannato, si sta affermando allo stesso tempo che tale responsabilità esiste, visto che, in caso contrario, non potremmo mai dire che una pena la eccede. E, se esiste per imporre un limite, non potendo essere superata, risulta incoerente dire che non esista anche prima di raggiungere detto limite. In tal caso, e fino a raggiungere questa misura limite, la sua funzione sarà fondativa: non ha senso affermare che, al momento di castigare, lo Stato non possa andare oltre il limite della colpevolezza senza riconoscere allo stesso tempo che può legittimamente arrivare fino a questo (ciò non vuol dire che, in questi casi, debba decidere obbligatoriamente di imporre la pena: dovere implica potere, però, potere non implica dovere).

In occasioni si afferma che ciò che giustifica la pena fino ad arrivare al limite della colpevolezza siano "necessità preventive". D'altra parte, se fosse vero che si può giustificare l'infissione di una pena senza merito (colpevolezza), come si potrebbe affermare, poi, che le necessità preventive non permettano anche di superare il limite della colpevolezza? Se si intende che tali esigenze preventive bastino da sole a giustificare l'imposizione della pena, senza bisogno di merito alcuno, risulta carente di spiegazione il perché debbano smettere di bastare al raggiungere un punto determinato, quello della "colpevolezza meritata", specialmente se tale punto, come nella dottrina maggioritaria, "appaia all'improvviso": il merito, che non aveva avuto nessun ruolo fino a questo momento, improvvisamente diventa decisivo. Non sembra eccessivo domandare: come e perché?

Siffatta perplessità scompare se si comprende che il merito fonda la responsabilità e che è una condizione necessaria della pena. In questa struttura giustificativa, la cui plausibilità si valuterà nel paragrafo successivo, una volta esaurito il percorso del merito, le ragioni consequenzialiste non possono di per sé fondare la responsabilità e, pertanto, decaduto il merito, cessa la responsabilità¹⁸.

Facendo ricorso ad un idealizzato esempio numerico, immaginiamo che esista un accordo in cui il limite massimo della pena per il reato di furto sia di due anni di prigione. In tale circostanza, la teoria maggioritaria affermerebbe, con ragione, che questi due anni di prigione suppongano il limite della responsabilità, cioè, che il soggetto non possa essere condannato a più di due anni di prigione perché ciò andrebbe oltre quanto meriti. Ciò che risulta incoerente è affermare allo stesso tempo che non esista nessun tipo di merito in grado di fondare la pena.

¹⁶ La questione mostra una relazione con la discussione dei teorici della giustizia distributiva sulla misura (se ve ne è qualcuna) in cui questa deve dipendere dal merito. Inaugurata da FEINBERG (1963), pagg. 55-94 nel suo articolo *Justice and Personal Desert*, la materia ha ricevuto un grande impulso con la pubblicazione di *A Theory of Justice*. Nonostante sia una questione trattata in maniera poco estesa nella citata opera, [RAWLS (1971), pagg. 103-104 e 304-35], Rawls è infatti interpretato comunemente nel senso che il merito gioca un ruolo distinto nella giustizia retributiva e nella giustizia distributiva, di gran lunga minore in quest'ultima, e addirittura nel senso di negare qualsiasi valore al merito (così, per esempio, SANDEL pag. 88, secondo cui, per Rawls: "stricto sensu, non può dirsi che nessuno meriti niente"). Un'analisi convincente della questione, negando che Rawls faccia completamente a meno del merito, in SCHEFFLER (2000, *passim*).

¹⁷ È opportuno ricordare la distinzione effettuata da Joel Feinberg tra due dimensioni di "adeguamento della pena", una quantitativa, un'altra qualitativa. La prima, che ha a che fare con la necessità che la pena rifletta adeguatamente il *quantum* di disapprovazione, si relaziona in maniera diretta con la preoccupazione del retributivismo basato sul merito, che esamineremo nell'ultimo paragrafo di quest'articolo. La seconda ha a che vedere con l'esigenza che la pena inflitta sia di un tipo che anche qualitativamente simbolizzi o esprima adeguatamente la disapprovazione sociale FEINBERG (1965), pagg. 95 e 98-99. Tale dimensione qualitativa ed espressiva è quella che si trova al principio di divieto di pene inumane e degradanti.

¹⁸ Ad essere più precisi, cessa la responsabilità in quanto questa si collega alla disapprovazione (e questa è una condizione della responsabilità penale, che è ciò di cui si occupa quest'articolo). Ciò non impedisce che possano entrare in gioco altre istituzioni in grado di operare, addirittura coattivamente, senza necessità di disapprovazione. L'esempio classico della quarantena continua ad essere valido, come può esserlo allo stesso modo l'internamento di persone con anomalie o alterazioni psichiche che rappresentano un pericolo per loro stesse o per terzi. In questi casi non è possibile (né necessario) parlare di "responsabilità" delle persone su cui agiscono queste istituzioni.

Al contrario, l'affermazione secondo cui il limite superiore del merito si trovi nella suddetta pena di due anni implica, almeno *prima facie* (e probabilmente *pro tanto*), che esista merito positivo per l'infissione di qualsiasi pena fino a questi due anni, per la semplice ragione che il merito legato alla condotta, che è un concetto qualitativo e scalare, non può semplicemente e sorprendentemente "apparire" in un unico punto (due anni): colui che merita una pena fino a due anni di carcere per la propria condotta (ma non di più) merita anche una qualsiasi pena inferiore, nello stesso modo in cui una anche persona che raggiunge 180 centimetri di altezza ha parti anatomiche che raggiungono i valori situati tra pochi millimetri e questi 180 centimetri¹⁹.

Tutto questo non prova che, come questione generale, sia vero l'asserto secondo cui "tutto ciò che limita, fonda". Al contrario, nel Diritto penale attuale esistono numerose garanzie che funzionano puramente come limiti deontologici, come "restrizioni laterali" nella terminologia diffusa da Nozick²⁰, che limitano il raggiungimento di fini preventivi senza fondare niente allo stesso tempo. Dal fatto che l'imposizione giusta di una pena dipenda dall'osservanza della presunzione d'innocenza (garanzia processuale) o dal principio di personalità delle pene (garanzia "sostanziale") non ne segue che il suo rispetto possa servire come fondamento della pena: se la condotta che il soggetto ha posto in essere non è suscettibile di disapprovazione, colui che le autorità possano provare senza ombra di dubbio che fu lo stesso a realizzarla, cioè, che apportino una prova sufficiente per superare la presunzione d'innocenza, in modo che questa non si veda lesa, non suppone nessun argomento a favore dell'imposizione della pena²¹. Allo stesso modo, il fatto che la pena comminabile a tale condotta lo sia solo per il soggetto, e non per qualsiasi terza persona, non supporrebbe nessun progresso nella sua giustificazione: l'infrazione del principio di personalità delle pene, come quello della presunzione d'innocenza, converte in ingiusta l'infissione della pena, ma la salvaguardia di tali principi non suppone nessun argomento a favore della sua comminatoria²².

Riassumendo, e rispondendo alla domanda che dava il titolo a questo paragrafo, la deontologia senza merito è certamente possibile: ciò che non si sostiene senza dare un ruolo fondativo al merito è il principio di colpevolezza.

La ragione per la quale la dottrina maggioritaria ha provato a difendere la giustizia di imporre pene senza far riferimento al merito (ma senza superarlo) è stata l'erronea associazione dell'esistenza di un ruolo fondativo per il merito con l'imposizione obbligatoria di pena nel caso in cui esista tale merito. Come dimostra l'elaborazione teorica sul retributivismo nel panorama angloamericano, quest'associazione è erronea.

4. Merito e retributivismo nella teoria etica e nella teoria penale angloamericane contemporanee.

Anche se è abituale considerare che la giustificazione retributiva della pena sia maggioritaria tanto nella dottrina giuridico-penale statunitense come nella sua prassi politico-criminale, entrambe le supposizioni devono essere specificate:

prima di tutto, e sebbene senza alcun dubbio che dal suo disfacimento negli anni settanta

¹⁹ Ovviamente, in questioni di merito siamo meno dotati di oggettività che nel misurare l'altezza. Tuttavia, che non ci sia un modo obiettivo di determinare il limite massimo del merito in una società concreta in un momento determinato non significa che il compito sia condannato all'assoluta arbitrarietà [in questo senso, LEE (2011), pag. 1.144, testo e riferimenti nella nota 20]. E, una volta determinata questa grandezza di merito massimo, si continua concettualmente che il merito al di sotto di tale magnitudine fonda l'infissione della pena (che, anticipando quanto vedremo nell'ultimo paragrafo, non implica che questa debba sempre imporsi quando vi sia il merito).

²⁰ NOZICK (1974), pagg. 28-35, in spagnolo 28-33. Certamente, nel corso della storia ci sono stati vari tentativi di fondare questi limiti da una prospettiva consequenzialista [il più importante tra gli ultimi, ritengo, quello di BAURMANN, (2000)]. Tuttavia, questi sforzi si scontrano con il problema, secondo la mia opinione insuperabile e che incide anche sull'utilitarismo di regole, per cui non c'è modo di garantire che non ci saranno situazioni specifiche in cui l'infrazione delle garanzie produca più benefici che il suo mantenimento.

²¹ Quanto detto mostra l'opportunità di sottolineare la differenza tra la teoria della pena e la teoria della criminalizzazione, anche se è certo che un'adeguata criminalizzazione garantisce che l'infissione della pena sarà ingiusta HÖRNLE (2011), pag. 52, le questioni sono differenziabili.

²² Diverso è il caso di requisiti tali come l'esigenza di responsabilità soggettiva (dolo o colpa): qui si che è vero che si tratta di elementi che limitano (senza questi non c'è responsabilità) e contemporaneamente fondano (danno ragioni positive per l'imposizione della pena e per la sua misura). Svolgono questo doppio ruolo per il loro vincolo diretto con il concetto di disapprovazione e, pertanto, con il merito (mentre, rispetto al merito, le garanzie processuali sono meramente strumentali).

ci sia stato un “rinascimento” dell’interesse per il merito nella dottrina statunitense²³, si è osservato, da un lato, che in gran parte delle occasioni le descrizioni dell’ascesa del merito sono seguite immediatamente dalla loro critica; e, dall’altro, che la maggior parte di autori sono sostenitori di giustificazioni “dualistiche” o “miste”²⁴, la maggior parte basate sullo schema “conseguenzialismo come ragione d’essere dell’istituzione/retribuzione come finalità retrittrice nella determinazione individuale dell’imposizione della pena”, diffuso grazie alle opere di Rawls y Hart²⁵.

In secondo luogo, ed in ciò che fa alla prassi politico-criminale, il presunto carattere retributivistico degli sviluppi contemporanei più emergenti del Diritto penale statunitense viene negato da non pochi autori sulla base della propria incompatibilità con principi tradizionalmente appoggiati dai sostenitori del merito, segnatamente quello di proporzionalità: leggi come quelle di “three strikes and you’re out” ed altre previsioni dirette a neutralizzare determinati gruppi di criminali sono volte a superare i limiti fissati dalle considerazioni di proporzionalità, anche se in occasioni si cerca nascondiglio sotto il mantello di un presunto “merito”²⁶.

Nonostante quanto appena detto, non può dubitarsi che il retributivismo vanti tra gli autori angloamericani una rilevanza incomparabilmente maggiore di quella che ha nei sistemi giuridici tedesco, spagnolo e latinoamericani e ciò ha permesso un contatto alquanto intenso ed un’elevata ibridazione tra la teoria penale e la teoria etica, che in questo punto sono praticamente indistinguibili: i penalisti scrivono nelle principali riviste di etica e i teorici etici scrivono su riviste giuridiche.

L’enfasi nell’idea di merito distingue il retributivismo contemporaneo da approcci retributivistici precedenti²⁷. Tuttavia, ciò non significa che siano stati superati i problemi di mancanza di precisione di tale nozione. Il tentativo di precisione maggioritario delle ultime tre decadi passa attraverso l’affermazione secondo cui il castigo dei colpevoli è un bene intrinseco²⁸.

Tuttavia, tale affermazione contiene il germe di qualcosa che minaccia di divorare ciò che è stato considerato tradizionalmente caratteristico del retributivismo. Come subito evidenzia David Dolinko, una cosa è affermare che il castigo dei colpevoli sia un bene intrinseco, un’altra, ben distinta, affermare che sia l’unico bene intrinseco. Quest’idea, intuitivamente accettabile, viene confermata attraverso la seguente *reductio*:

“Insistere che *soltanto* la quantità dei “colpevoli che vengono castigati” incida sulla bontà di uno stato di cose implica l’assurda conclusione che uno stato di cose in cui nessuno commette reati manchi completamente di bontà” Dolinko (1997), pag. 514.

La risposta dal campo dei retributivisti non si fece aspettare (infatti, la testa era stata fasciata prima di rompersi):

“Sarebbe una volgare caricatura del retributivista disegnarlo come qualcuno concentrato in modo monomaniacale sul raggiungimento della giustizia retributiva. Il retributivista, come qualsiasi altra persona, può ammettere che esistono altri beni intrinseci, come quelli protetti dai diritti alla vita, libertà e integrità personale” Moore (1993), pag. 34.

Succede, d’altra parte, che questa difesa in realtà concede l’attacco, dato che, se esistono altri beni intrinseci, il loro raggiungimento può entrare in conflitto con il castigo dei colpevoli.

²³ V. per esempio i numerosi riferimenti in CHRISTOPHER (2002), 845-847, note 2-12.

²⁴ Entrambe le cose vengono messe in evidenza da coloro che, insieme a Michael Moore, possono essere considerati i massimi esponenti del retributivismo in ambito anglosassone negli ultimi anni, MITCHELL BERMAN (2008), pag. 60 e DOUGLAS HUSAK (2013), pagg. 4-7.

²⁵ RAWLS (1955, *passim*) v. per esempio pag. 3, HART (1968), cap. I, in spagnolo pagg. 8-12. Questione differente è che questa distinzione risulti convincente (per chi lo scrive non lo è). Un recente tentativo di superare le obiezioni più comuni a quest’approccio dualistico, in Pérez Barberá (2014, *passim*).

²⁶ A riguardo, v. l’eccellente analisi di ROBINSON (2008, *passim*), per esempio pagg. 168-171, 172-175 e 222-223. Quanto sopra è un’ulteriore dimostrazione della difficile relazione tra teoria e prassi: il Paese con maggior conoscenza criminologica e i migliori studi su come tradurre in misure di prevenzione i diversi approcci criminologici non ottiene, tuttavia, che tali conoscenze diano forma in modo decisivo alla loro prassi. V. TONRY (2003, *passim*), in spagnolo 5.9 e il resto dei contributi al numero di *Crime and Justice* a cui il testo di Tonry fa da introduzione.

²⁷ In un illustre articolo del 1979, Cottingham distingue fino a nove teorie distinte che si consideravano retributiviste, delle quali soltanto una considerava il retributivismo in termini di merito del delinquente. Al giorno d’oggi, tuttavia, l’idea che la pena si giustifichi per il merito del criminale è ampiamente maggioritaria tra gli approcci retributivistici BERMAN (2011), pag. 437.

²⁸ Stando alle parole del più importante difensore del retributivismo nelle ultime tre decadi, “ciò che è distintamente retributivista è l’idea che il fatto che i colpevoli ricevano il loro giusto merito è un bene intrinseco” [MOORE, pag. 19; allo stesso modo, ZAIBERT, (2006), pag. 214].

In tal modo, il merito continua a figurare come una condizione necessaria e a primo impatto sufficiente della pena²⁹. Ma soltanto *a prima vista*: la necessità di tenere in considerazione questi altri beni può portare alla conclusione che la pena non debba imporsi³⁰. Allo stesso tempo, e dato il valore di questi altri beni, il castigo potrebbe *anche* giustificarsi con la prevenzione della sua lesione. A ciò deve aggiungersi che l'idea che il castigo dei responsabili sia un bene intrinseco, una questione assiologica, può essere sostenuta da differenti approcci dei retributivisti, addirittura dei consequenzialisti (anche quando non dalla prospettiva di approcci utilitaristici)³¹. Infine, se il castigo di coloro che già hanno commesso un reato è intrinsecamente buono, avrà senso insistere che si infligga davvero, e tale imposizione del castigo si giustificherà per le sue conseguenze (ottenere tale bene intrinseco)³².

In questo senso, si è avanzato che la distinzione tra gli approcci propriamente retributivisti e quelli consequenzialistici, che ammettono il valore intrinseco del castigo dei responsabili, possa essere data dal mettere in relazione il merito con l'obbligo (non mera facoltà) di inflizione della pena e, pertanto, con quella di disegnare ed implementare istituzioni sociali che facciano sì che tale imposizione abbia luogo³³.

L'approccio precedente, tuttavia, è stato di nuovo infallibilmente criticato da Dolinko, in questo caso facendo appello al problema dei falsi positivi (in tal caso, persone di cui si dichiara il merito, senza che esista realmente): data l'infalibilità umana, avere ed implementare un sistema di giustizia penale suppone in maniera (quasi?) necessaria la considerazione occasionale come responsabili di persone che non lo sono, e ciò anche in assenza di malizia o negligenza da parte di nessuno. In questo modo, si ha che l'inflizione di pene a colpevoli è un bene intrinseco e, secondo la tesi vista, uno il cui conseguimento deve procurarlo lo Stato, istituendo un sistema di giustizia penale. Tuttavia, facendolo, sappiamo che infatti si punirebbero innocenti, infrangendo il loro diritto a non essere puniti senza merito, il cui riconoscimento è insito nel retributivismo³⁴.

Il conflitto è poderoso, visto che entrano in contraddizione due elementi fondamentali del retributivismo, la bontà intrinseca di sanzionare il merito positivo e la malizia intrinseca di sanzionare in sua assenza. Se è così, come sembra, ci troviamo di fronte ad un conflitto la cui risoluzione suppone un giudizio valutativo che appare difficile da costruire senza tenere in conto le conseguenze. Infatti, la decisione del conflitto nel senso di costruire sistemi di giustizia penale, nonostante la sua fallibilità, suppone affermare che il peso delle condanne ad innocenti che tali sistemi generano sia, infine, minore di quello concesso alla mancanza di

²⁹ "In generale", nel senso che esistono altre considerazioni che risultano rilevanti, come ad esempio che l'inflizione di un castigo sia conseguente ad un giudizio giusto da un punto di vista procedimentale, o che la pena si mantenga dentro di limiti qualitativi che non la rendano un "trattamento inumano o degradante". Lo riconosce MOORE (1993, pag. 35).

³⁰ Nella discussione sull'obbligo di inflizione del castigo meritato si è soliti segnalare che soltanto Kant arrivò ad affermare questa proposizione in maniera assoluta. Indipendentemente dall'adeguamento di tale affermazione, visto che lo stesso Kant viene interpretato in modi diversi su questo punto BERMAN (2011), pag. 450-451, sicuramente ad oggi non c'è nessun autore (nemmeno Moore) che affermi che il castigo meritato debba imporsi "a tutti i costi", e la maggior parte si schiera a favore della comprensione dell'obbligo di castigo come "pro tanto", cioè, che si può vincere per la presenza di ulteriori considerazioni e tuttavia con peso nel giudizio di defettibilità, e addirittura dopo di quest'ultimo, a differenza di ciò che accade con gli obblighi "prima facie", che, una volta sconfitti, smettono di avere importanza (la differenza può essere importante, tra l'altro, per determinare se esiste obbligo di risarcimento o se è necessario modificare qualcosa nel disegno istituzionale per evitare la ripetizione dell'avvenuto).

³¹ Per BERMAN (2011), pag. 439, il motivo principale per determinare "consequenzialismo" (termine attribuito a Anscombe, che lo conio nel suo conosciuto articolo del 1958) alle alternative al retributivismo è precisamente per sottolineare che i consequenzialisti possono negare che l'utilità sia l'unica misura del valore.

³² Senza dubbio, queste conseguenze sono diverse da quelle materiali maggiormente alluse quando si fa riferimento al consequenzialismo: la prevenzione di reati. A riguardo, si è proposto di differenziare tra teorie "di fatto" e "concettualmente" consequenzialiste FLETCHER (1996), pag. 516), o tra conseguenze "estrinseche (o esterne o contingenti, etc.)" e "intrinseche (o inerenti, necessarie, etc.)" al castigo, ottenendosi queste ultime *eo ipso* con la loro inflizione, senza necessità di ulteriori effetti sociali ZAIBERT (2006), pag. 133. Tuttavia, questa distinzione, senza dubbio corretta, continua ad essere insufficiente per individualizzare il retributivismo: anche il consequenzialismo non utilitario può considerare e valorizzare positivamente queste conseguenze "intrinseche", allo stesso modo in cui può comprendere che il disvalore di un omicidio va oltre la morte del soggetto e, per tanto, affermare coerentemente che devono investirsi più mezzi nella prevenzione degli omicidi dolosi che nella prevenzione di morti causate naturalmente (o accidentalmente).

³³ Così, Moore, secondo cui il merito "da alla società più di un mero diritto a sanzionare i criminali colpevoli (...) per il retribuzionista, anche la responsabilità morale di colui che delinque stabilisce per la società il *dovere* di sanzionare. In altre parole, il retributivismo è realmente una teoria della giustizia in base alla quale, se corretta, abbiamo l'obbligo di conformare le nostre istituzioni in modo da ottenere la retribuzione" MOORE (1987), pag. 182. Per un'eccezionale analisi della teoria di Moore e una comparazione di questa con il retributivismo contemporaneo, v. BERMAN (2012, *passim*).

³⁴ DOLINKO (1992), pag. 1.632. Il riconoscimento del diritto a non essere punito in assenza di merito è insito nel retributivismo, ma non esclusivo: può essere accettato come una restrizione laterale per certi tipi di consequenzialismo (infatti, per la maggior parte di questi).

castigo dei colpevoli. E questo sembra un calcolo manifestamente consequenzialista³⁵. Più in là, ciò che l'argomento mostra (di nuovo) è che una cosa è sostenere che il castigo dei colpevoli sia un bene intrinseco, ed un'altra alquanto distinta che questo sia l'unico bene intrinseco che esista e pertanto il suo raggiungimento non debba conoscere limiti. Una considerazione che torna ad apparire nell'ultima delle questioni da analizzare.

La scarsità di mezzi suppone altri due problemi per il retributivismo:

- In primo luogo, i sistemi di giustizia penale consumano risorse sociali che potrebbero utilizzarsi per promuovere altri beni preziosi, come la salute o l'educazione³⁶: quante risorse devono dedicarsi a ognuno di questi compiti? Quante più se ne smettano di concedere al sistema di giustizia penale tanto più si riconoscerà il carattere "pro tanto" dell'obbligo di sanzionare i colpevoli e tanto più si ammetterà la necessità di comparare i benefici di compiere tale obbligo con i benefici sperati da altre politiche pubbliche. Un'operazione di cui sembra difficile negare la natura consequenzialista.
- In secondo luogo, e supponendo che si siano già fissati determinati mezzi per il sistema di giustizia penale, il retributivismo deve stabilire criteri per selezionare i reati da perseguire, un compito che non ha intrapreso e per il quale non sembra essere particolarmente adatto³⁷.

Infatti, il retributivismo non si è preoccupato di rispondere alla grande domanda di Gary Becker (e dell'analisi economica della politica criminale): di fronte alle limitazioni di bilancio dei sistemi di giustizia penale, "quanti reati *dovrebbero* permettersi e quanti criminali si *dovrebbero* smettere di punire?"³⁸. Si può pensare che il retributivismo risponderebbe alla precedente questione affermando che i reati debbano perseguirsi in base al loro ordine di importanza, e che questa verrebbe determinata dal merito dell'autore. Tuttavia, questa visione presenta importanti problemi. Così, per esempio, dovrebbe risolversi fino all'ultima fattispecie di reato più grave prima di passare alla seguente nella lista? E, di fronte a casi di reati gravi di difficile risoluzione, si dovrebbero investire mezzi fino a quando si riuscisse a risolverli? Anche nel caso in cui ciò sembrasse alquanto poco possibile? In qualsiasi caso di questi, se alla domanda si risponde affermativamente si darebbe ai delinquenti una specie di "carta bianca" per la commissione di altri reati meno gravi fino a quando non venisse risolto l'ultimo dei più gravi. Ma se la risposta è negativa, come sembra che debba essere, allora si dovrà cominciare a calcolare i costi ed i benefici da perseguire e smettere di farlo. E questo è un compito irrimediabilmente consequenzialista.

Quanto esposto finora ha portato l'autore che più ha contribuito alla materia negli ultimi anni ad affermare che "il retributivismo si è trasformato sempre di più in una spiegazione che riposa su una struttura giustificativa che è chiaramente consequenzialista"³⁹. Alternativamente o in aggiunta, e come minimo, dovrà riconoscersi che l'idea che il merito sia "sufficiente" per il castigo, nel senso che il suo carattere di bene intrinseco rende innecessaria la consecuzione di altri risultati (dissuasione, riabilitazione, neutralizzazione), può essere condivisa tanto da parte del retributivismo non assoluto così come da parte del consequenzialismo non utilitarista (che sono precisamente le concezioni ampiamente maggioritarie nel campo del retributivismo e del

³⁵ Non si sta negando il peso che ha in questo giudizio che, dovuto soprattutto al gioco delle garanzie processuali, il sistema di giustizia penale presenti inclinazioni a favore dell'esistenza di falsi negativi (colpevoli senza pena) di fronte a falsi positivi (innocenti con pena). Però sappiamo che, anche con questi meccanismi di riduzione, ci saranno falsi positivi. L'ammissione dell'esistenza di sistemi di giustizia penale implica, pertanto, che riteniamo che ci siano ragioni in grado di giustificare l'esistenza di casi di infrazione del merito negativo nella sua versione più generalizzata (divieto di condanna di innocenti).

³⁶ Lo evidenzia BERMAN (2014), pagg. 12-13.

³⁷ In questo senso, CAHILL (2007), pag. 822, secondo cui "la prospettiva retribuzionistica non si presta ai compromessi pratici spesso necessari nel mondo reale, dove non possiamo punire tutti i colpevoli in tutta l'estensione del loro merito morale".

³⁸ BECKER (1968), pag. 538. L'articolo di Cahill rappresenta un'interessante analisi della questione da una prospettiva favorevole al retributivismo, che conclude proponendo un "retributivismo consequenzialista", secondo cui il castigo retributivo sarebbe una finalità di massimizzazione più che un compromesso categorico *ex ante* CAHILL (2007 *passim*), per esempio pagg. 825 e 833-835.

³⁹ BERMAN (2011), pag. 434. In modo meno deciso, ma coincidente, WEISBERG (2012), pag. 1.255: "lo stato attuale della teoria retribuzionista è completamente concentrato sul grado di consequenzialismo che dovrebbe incorporare il retributivismo". Questo non significa che non sia possibile difendere una visione retributiva puramente deontologica, ma invece che: a) fino al momento i tentativi non risultano convincenti (v. Berman, 2011, pagg. 445-454) e b) la giustificazione di una struttura consequenzialista è maggioritaria, anche se ancora non c'è piena consapevolezza a riguardo (v. Cahill, 2007, pagg. 825 e 833-849, mostrandosi a favore di tale struttura).

conseguenzialismo)⁴⁰.

Facendo un passo avanti, si può affermare che in realtà la divisione in materia di giustificazione della pena non è dicotomica, tra teorie consequenzialiste e retributivistiche (deontologiche), ma che piuttosto, ed oltre a teorie retributivistiche e consequenzialiste “estreme” di tipo monistico (dato che riconoscono soltanto un valore, sia questo qualche concezione della giustizia o l'utilità), esisterebbero tante teorie come specificazioni dei valori che incidono sulla giustificazione dell'imposizione della pena, ossia: una teoria di giustificazione della pena per ogni assiologia⁴¹.

Infine, può e deve ammettersi anche che, rispettate le esigenze del merito, ha senso, e tanto, interrogarsi sulle possibilità preventive del castigo: almeno al di fuori del campo della morale individuale, non si vede come possa giustificarsi un'istituzione senza tener conto delle conseguenze a cui conduce. Per essere più precisi: in un ambito come quello della politica criminale, in cui il fallimento della prevenzione suppone la commissione di condotte delittuose che danneggiano l'interesse di terzi, il rifiuto a considerare le possibilità preventive equivale a sottovalutare gli interessi dei terzi eventualmente danneggiati.

Bibliografia

ANSCOMBE, Elizabeth (1958): “Modern Moral Philosophy”, in *Philosophy*, vol. 33, n. 124, pagg. 1-19.

APEL, Robert/NAGIN, Daniel S. (2011): “General Deterrence: A Review of Recent Evidence”, in Wilson/Petersilia (editori): *Crime and Public Policy* (New York, Oxford University Press), pagg. 411-436.

BAURMANN, Michael (2000): *Der Markt der Tugend. Recht und Moral in der liberalen Gesellschaft. Eine soziologische Untersuchung*. 2ª ed. J.C.B. Mohr, Tübingen.

BECKER, Gary (1988): “Crime and Punishment: An Economic Approach”, in Stigler (ed.): *Chicago Studies in Political Economy*, (Chicago, University of Chicago Press), pagg. 537-592 (pubblicato originariamente nel 1968, data per la citazione).

BERMAN, Mitchell: “Modest Retributivism”. Documento di lavoro del 19 marzo 2014, disponibile in <http://ssrn.com/abstract=24169904>

BERMAN, Mitchell (2011): “Two Kinds of Retributivism”, in Duff/Green (edizioni): *Philosophical Foundations of Criminal Law* (Oxford University Press), pagg. 433-457.

BERMAN, Mitchell N. (2008): “Punishment and Justification”, in *Ethics* 118, pagg. 258-290.

CAHILL, Michael T. (2007): “Retributive Justice in the Real World”, in *Washington University Law Review*, 85, pagg. 815-870.

CANCIO MELIÁ, Manuel/ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (2012): “Introducción”, in Paul H. ROBINSON: *Principios distributivos del Derecho penal*, Marcial Pons, pagg. 15-29.

CHRISTOPHER, Russell L. (2002): “Deterring Retributivism: the Injustice of ‘Just’ Punishment”, in *Northwestern University Law Review*, 96, pagg. 843-976.

CULLEN, Francis/JONSON, Cheryl (2011): “Rehabilitation and Treatment Programs”, in Wilson/Petersilia: *Crime and Public Policy*, (Oxford, Oxford University Press), pagg. 293-344.

⁴⁰ Così, gli approcci di coloro che sostengono l'idea di “retributivismo negativo” (espressione di Mackie, 1982, pag. 3), secondo cui la pena non può mai andare oltre il merito ma può restare al di sotto di questo, non sono facilmente o in assoluto differenziabili da ciò che sostengono coloro che difendono un “conseguenzialismo con restrizioni laterali”, come descritto da Duff (2001, pag. 11) con appoggio nella opera di Nozick (v. nota 20 *supra*). Soprattutto quando, come fa Berman (2011, pag. 449), si sostiene che la più importante di queste restrizioni sia il merito.

⁴¹ Simile, Berman (2011, pag. 441-443), che tuttavia effettua questa distinzione non nella contrapposizione “conseguenzialismo/retributivismo” ma per differenziare tra differenti varietà di consequenzialismo, tra le quali come abbiamo visto include il “retributivismo consequenzialista”.

DOLINKO, David (1997): “Retributivism, Consequentialism, and the Intrinsic Goodness of Punishment”, in *Law & Philosophy*, 16, pagg. 507-528.

DOLINKO, David (1992): “Three Mistakes of Retributivism”, in *UCLA Law Review*, 39, pagg. 1.623 e ss.

DUFF, Antony (2001): *Punishment, Communication, and Community* (Oxford University Press).

FEINBERG, Joel (1970): *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility* (Princeton University Press).

- “The Expressive Function of Punishment”, en *Doing and Deserving*, 1970, pagg. 95-120 (pubblicato originariamente in 1965, data per la citazione).
- “Justice and Personal Desert”, en *Doing and Deserving*, 1970, pagg. 55-94 (pubblicato originariamente in 1963, data per la citazione).

FLETCHER, George (1996): “Punishment and Responsibility”, en Patterson (ed.): *The Blackwell Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Blackwell, pagg. 514 e ss.

FRISTER, Helmut: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 5ª ed., (Munich, Beck) 2011.

HART, H.L.A. (1968): *Punishment and Responsibility* (Oxford University Press).

HASSEMER, Winfried (1992): “Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social”, in Mir Puig (ed.): *Derecho Penal y Ciencias Sociales*. Universitat Autònoma de Barcelona-PPU, pagg. 117-139.

HEINRICH, Bernd (2014). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4ª ed., (Stuttgart, Kohlhammer).

HILGENDORF, Eric/ VALERIUS, Brian (2013): *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. (Munich, Beck).

HÖRNLE, Tatjana (2011): *Straftheorien. Mohr Siebeck* (Tübingen).

HURKA, Thomas, 2011: “The Common Structure of Virtue and Desert”, in *Ethics*, 112, pagg. 6-31.

KINDHÄUSER, Urs (2013): *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 6ª ed., Nomos, Baden-Baden.

KLUG, Ulrich (1968): “Abschied von Kant und Hegel”, in Baumann (ed.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, Fischer, Frankfurt am Main, pagg. 36-41.

KREY, Volker/ ESSER, Robert (2012): *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 5ª ed. (Stuttgart, Kohlhammer).

LANGLINAIS, Alex/ LEITER, Brian: “The Methodology of Legal Philosophy”, in stampa, da pubblicare in Cappelen/Gendler/Hawthorne (edizioni), *The Oxford Handbook of Philosophical Methodology*. Disponibile su: <file:///C:/Users/i.ortiz/Downloads/SSRN-id2167498.pdf> (versione set. 2013).

LEE, Youngjae (2011): “Desert, Deontology, and Vengeance”, in *Arizona State Law Journal*, 42, pagg. 1.141-1.149.

MACKIE, John Leslie (1982): “Morality and the Retributive Emotions”, in *Criminal Justice Ethics* 1, pagg. 3 e ss.

MIR PUIG, Santiago (2011): *Derecho Penal. Parte General*. 9ª ed. (a cura di Víctor Gómez, Barcelona, Reppertor)

MOORE, Michael (1993): “Justifying Retributivism”, in *Israel Law Review*, 27, pagg. 15-36.

MOORE, Michael (1987): “The Moral Worth of Retribution”, in Schoeman (ed.): *Responsibility, Character, and the Emotions* (Cambridge University Press), pagg. 179 e ss.

MURMANN, Uwe (2011): *Grundkurs Strafrecht* (Munich, Beck).

- NOZICK, Robert (1974): *Anarchy, State, Utopia* (New York, Basic Books).
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (2012): “Política criminal contra la corrupción: una reflexión desde las teorías de la pena (o viceversa)”, in Mir/Corcoy (editori.): *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo* (Madrid, Marcial Pons), pagg. 385-407.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel: “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena”, InDret 4/2014, disponibile in: <http://www.indret.com/pdf/1081.pdf>.
- RAWLS, John (1971): *A Theory of Justice* (Cambridge, Harvard University Press)
 - “Two Concept of Rules”, in *Philosophical Review*, 64, 1955, pagg. 3 e ss.
- RENGIER, Rudolf (2013): *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 5ª ed. (Munich Beck).
- ROBINSON, Paul H. (2008): *Distributive Principles of Criminal Liability* (Oxford University Press). *Principios distributivos del Derecho penal* (trad. in spagnolo, Cancio y Ortiz de Urbina, Marcial Pons 2012, per la citazione).
- ROXIN, Claus (2006): *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Band I. 4ª ed. (Munich, Beck).
- RUBIN, Edward (2003): “Just Say No to Retribution”, in *Buffalo Criminal Law Review*, 7, pagg. 17-83.
- SCHEFFLER, Samuel (2000): “Justice and Desert in Liberal Theory”, in *California Law Review*, 88, pagg. 965-990.
- WEISBERG, Robert (2012): “Reality Challenged Theories of Punishment”, in *Marquette Law Review*, 95, pagg. 1.203-1.252.
- ZAIBERT, Leo (2006): *Punishment and Retribution* (Aldershot, Ashgate).



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>