

Carlo Enrico Paliero

Il Mercato della Penalità



G. Giappichelli Editore

Prefazione

Il presente saggio monografico trae spunto da alcune riflessioni successive a una lezione del mio Corso di Diritto penale progredito presso l'Università degli Studi di Milano. Tratta essenzialmente il problema della legittimazione del diritto penale in termini di razionalità sociale, cioè come terreno di incontro, e punto di equilibrio, fra le istanze (le pulsioni!) punitive provenienti 'dal basso', dalla sempre attiva "strafende Gesellschaft" – a base emotivo-rivendicativa, se non vendicatoria tout court – e l'esercizio del controllo sociale mediante pena che il sistema giuridico ritiene (deve ritenere) socialmente accettabile, se dotato di un profilo istituzionale che per convenzione definiamo liberal-democratico. Ecco perché mi è sembrata espressiva la metafora del 'mercato' per significare i tracciati che formalizzano, da un canto, la domanda sociale, d'altro canto l'offerta istituzionale (attuale) di penalità. Nella riflessione criminalistica, segnatamente di area germanica, si sono coniatati in proposito i non univoci concetti di "Bisogno" e, rispettivamente, di "Meritevolezza di pena" (Strafbedürftigkeit/Strafbedürfnis vs Strafwürdigkeit). Ho ritenuto di doverne dar conto della genesi (germinata in quella 'terra di nessuno' della dommatica rappresentata dal topos "punibilità"), ma prendendo immediatamente le distanze da questo approccio presto rivelatosi sterile, se non concettualmente inquinante.

Ho così cercato, da non sociologo, di analizzare la questione sotto il profilo sociologico, sulle orme della lezione francofortese nell'uso delle scienze sociali applicate al diritto penale e al suo produttore/prodotto: la criminalità.

Per altro verso, questo studio si inserisce in un personale percorso di ricerca su tematiche di politica criminale che ha rappresentato il mio principale interesse negli anni recenti (ma anche meno recenti), costituendone niente più che un ulteriore e successivo 'capitolo'.

Ritengo che la politica criminale – assai meno coltivata, tanto in sede domestica che all'estero, di quanto propagandisticamente si è propensi a proclamare – costituisca un capitolo fondamentale di quella “Scienza della Legislazione” che dagli Hauptwerke dei suoi padri eponimi (i Beccaria, i Bentham, i Filangieri), non mi pare, almeno se guardo alla mia materia, abbia imboccato, nella stagione presente, la strada delle “magnifiche sorti e progressive”. Meriterebbe invece più attenzione, anche per dissipare la bizzarra idea, che pure avverto circolare, di una sua riduzione alla stilizzata griglia di principi declinati nel recitativo delle (di alcune) Carte costituzionali. Una pura sineddoche: alcuni criteri di orientamento politico-criminali sono certamente narrati dalle Carte e talvolta formalizzati in espliciti principi-guida; e a sua volta la Grundnorm fondativa traccia binari (si direbbe, per restare al lessico in tale settore in uso: impone ‘rime obbligate’) dai quali la tecnica del controllo sociale mediante pena non può derogiare (non diversamente che dal “limite invalicabile” di lisztiana memoria). Ma si tratta di ‘una parte’, quasi nucleare, ancorché assolutamente pregnante, non certo del tutto. C’è poi tutto il resto, che pochi emistichi, sia pure assurti al rango di guidelines, sia pure contenute in fonti di supremo grado gerarchico non sono in grado di esaurire.

Occorre dunque fare di più ‘sul resto’, che si declina appunto in termini di teoresi, di téchne e di praxis dell’ars legiferandi penalistica, a principiare da un’organica sistemazione della materia “politica criminale”, per costruire – necessariamente a livello multidisciplinare, con l’irrinunciabile contributo/integrazione delle scienze sociali stricto sensu – un Sistema di politica criminale (di Scienza della legislazione penale).

La timida ambizione di questo studio ovviamente ha prospettiva ben più angusta, mirando a iniziare un dialogo, in particolare, con la scienza gius-sociologica su di un tema, quello della criminalizzazione primaria, che intreccia inevitabilmente la tecnicità deontica con la fenomenologia sociale, il Sollen degli enunciati deontici comportamentali con il Sein della loro osservanza/inosservanza; e che, a monte, tratta della dinamica sociale dei modelli comportamentali e dei paradigmi usati per la loro formalizzazione.

* * *

Da ultimo mi corre l'obbligo di render conto della mia scelta 'minimalista' relativa all'apparato bibliografico. Per rendere più scorrevole la lettura ho rinunciato alla tradizione del 'corpo note' adottando l'"Harvard Style" di citazioni intratestuali, altresì limitando le citazioni ai testi assolutamente 'classici' e a quelli che sono stati per me di riferimento culturale (prima ancora che di conoscenza) allorché ho intrapreso questo mio ormai non breve percorso di ricerca. L'aggiunta di voci bibliografiche recenti e recentissimi è limitata a quei lavori che abbiano trattato attualmente funditus alcuni aspetti specifici della mia riflessione; di tutte le altre, certo numerosissime, omissioni (la letteratura sugli argomenti toccati potrebbe essere sterminata) mi dichiaro intenzionale responsabile e me ne scuso anticipatamente con gli Autori che ho tralasciato di menzionare. Segnalo infine che il numero, in tale contesto all'opposto assai elevato di citazioni di miei lavori non è dovuto a insensata libido autopromozionale, ma va semplicemente letto alla stregua di indicazioni "retro/postea" (in questo caso, "retro"), considerandole cioè come meri rinvii 'interni' a un testo unitario su di un argomento da considerarsi unico (e ciò spiega la diversa tecnica della citazione, rispetto al restante corpo bibliografico, operata con la sola indicazione della 'parola chiave' del titolo evidenziata in bibliografia per ogni singolo saggio).

Pavia, 14 febbraio 2021

Argomento

1. Intendo qui trattare la panoplia dei possibili criteri di identificazione di una misura ‘ideale’ di impiego della Sanzione criminale (S_c), che corredi in modo ottimale – in una sorta di ‘equazione impossibile’ tra «qualità di una certa entità e quantità di una diversa entità» (GALLAS, [1964] 1968) – le grandezze eterogenee: *Reato* (R) \leftrightarrow *Pena* (S_c), avendo come elementi essenziali di riferimento la *gravità* (reale/percepita: ciò sarà oggetto della discussione) del Reato e la *misura* della Pena.

1.1. L’esito di tale ponderazione (inteso il termine in senso letterale) dovrà fornire *un dato*, che qui indico come *Quota/Quoziente criminale* (Q_c) – terminologia che riprendo da *Quetelet* (QUETELET, 1861) ma che, come si vedrà, impiego in senso parzialmente diverso – orientato sull’elemento “sanzione” ed espressivo appunto della *quantità* di pena irrogata ‘ideale’: *sia singulatim* (q_c), per ciascun *reato/tipo di reato* (identificato, come chiarirò in seguito, con criterio *astratto-concreto*), *sia*, complessivamente, (Q_c) per l’*intero sistema* penale. Nel primo caso, la *quota* propende ad assimilarsi a quella che viene definita “*pena giusta*” tanto nel lessico dei neo-retribuzionisti (VON HIRSCH, 1976; 1993) quanto in quello dei funzionalisti (HAAG, 1969); nel secondo caso, esprime la *capienza ragionevolmente sostenibile* del bacino della penalità, avuto riguardo agli alti costi economici e sociali della distribuzione del bene(negativo)-pena (*Economia*, 2005).

Prospettica

2. La prospettiva in cui mi pongo per tale valutazione è duplice, in quanto orientata da due distinte determinanti: (a) emotivo-sociale, l'una; (b) razionale-istituzionistica, l'altra.

2.1. La determinante *sub* (a) è costituita dalla Collettività (“*Comunità*” in senso parsonsiano) (PARSONS, [1951] 1965) che contrassegno (ricorrendo alla simbologia geigeriana) (GEIGER, [1947] 2018) con la lettera Ω ; impiegando poi la paradigmatica weberiana (WEBER, [1922], 1986) la definisco come “*Wert-Affekt-orientiert*”, nel senso che è a sua volta condizionata nelle proprie scelte da determinanti *in parte* orientate sul/i *valore/i* e *in parte* sulle/sui *emozioni/sentimenti* (“*Affekte*”).

2.2. La determinante *sub* (b) è costituita dalle Istituzioni giuridiche (in senso istituzionista) (ROMANO S., [1918] 1951) – che in questo contesto identifico sostanzialmente con il Formante Legislativo (FL) – contrassegnata (geigerianamente) con la lettera Θ e correlatamente definibile come “*Wert-Ziel-orientiert*”, nel senso di essere (*rectius, dover essere*) anche qui condizionata nelle scelte da una *combinazione* di paradigmi; oltre che da *valori*, da *scopi razionali* (razionali dal punto di vista della complessiva utilità socio-istituzionale, se in quanto afferente a un “*ordinamento*”) (ROMANO S., [1918] 1951).

2.3. Nelle due distinte prospettiche la combinazione dei citati paradigmi weberiani di razionalità è diversa: in ciascun paradigma l'una razionalità costituisce l'*a priori* dell'altra, ma le corrispondenti relazioni risultano invertite.

2.3.1. (aa) Sul versante della determinante Ω l'*a priori* è rappresentato dagli *Affekte*, che svolgono il *ruolo principale* nella relativa dinamica, condizionando il sistema dei *valori*, cui spetta un *ruolo complementare e condizionato*. Nel senso che i flussi di emotività socio-culturale determinano, in ultima istanza, il novero e la gerarchia dei valori dominanti l'agire sociale: si pensi al tabù del sangue presso i primitivi (FRAZER, [1922] 2016) o al mito del *good*

way of life che produsse la politica proibizionistica *wasp* negli anni '20 negli USA (GUSFIELD, 1986). In questo ámbito, fra i due tipi di razionalità d'agire si stabilisce un rapporto tipicamente instabile, nel quale il *Wert* è funzione degli *Affekte*, che ne dettano la scala, con percentuali di reciproco condizionamento variabile a seconda delle contingenze, ma fissabili una volta per tutte nella seguente relazione:

$$W_r f (A_r); A_r \rightarrow W_r$$

2.3.2. (bb) Sul versante della determinante Θ – nella mia prospettiva orientata qui al *Sollen* – l'*a priori* è viceversa rappresentato dai *Werte* (socialmente condivisi attraverso consenso ma basati su di una aprioristica utilità sociale razionalmente fondata) e a questi si sottomettono e si orientano gli *Ziele* dell'agire sociale-istituzionale, segnatamente quelli del Formante legislativo (FL). Qui peraltro il rapporto è *per definizione* tendenzialmente *stabile*, condizionato soltanto da comprovati e condivisi mutamenti di sentire sociale “da sviluppo di civiltà”: si pensi alla “storia moderna” della penalità jheringhianamente letta come un «*processo di continua abolizione*» e al superamento, da gran tempo segnalato (AMNESTY INTERNATIONAL, 1982; 2020), della pena di morte in larga parte dei Paesi occidentali. Gli *scopi* perseguiti da Θ sono funzione del/i valore/i identitario/i dello Stato-Comunità e sono fissabili una volta per tutte nella seguente relazione:

$$Z_r f (W_r); W_r \rightarrow Z_r$$

Nomenclatura

3.0. Per fissare le coordinate di base sulle quali impostare il grafico entro il quale interrelare fra loro le disomogenee entità sopra considerate ($R \leftrightarrow S_c$), la penalistica, segnatamente di lingua germanica, si è più specificamente affidata alla diade *Strafwürdigkeit* \leftrightarrow *Strafbedürftigkeit* che nel mio lessico traduco: *Meritevolezza di pena* (M_p) \leftrightarrow *Bisogno di pena* (B_p).

3.1. La diatriba sui significati concettuali di questi due significanti (cui come dirò taluno aggiungerà una variante, con significato distinto, del secondo significante: *Strafbedürfnis*) (PROBST, 1979) è stata particolarmente virulenta, soprattutto nell'area giuridica d'origine, nell'ultimo ventennio dello scorso secolo, e su questa rinvio all'esautiva analisi dedicatale da *Tonon* (TONON, 2014), che qui utilizzo limitatamente ai nodi funzionali alla comprensione del mio tema e, in particolare, del *mio approccio* al tema.

3.1.1. Su questo terreno la metodica definitorio-concettuale si divarica nettamente fra (a) significanza *dommatica* (nel lessico penalistico preferita a "*sistemica*", ma il senso è quello) e (b) significanza *politico-criminale* (ALWART, 1982); con ampia prevalenza della prima sulla seconda.

3.1.1.1. Per meglio dire: salvo rari casi, le stesse due prospettive tendono a fondersi, riservando in ogni caso *solo* al secondo significante (*Strafbedürftigkeit*) una valenza *lato sensu* politico-criminale, come 'correttivo' di un'accertata *Strafwürdigkeit* gestita ed 'esaurita' a livello dommatico, vuoi come *in sé* dell'*intero* ente-reato (R) (SAX, 1976), vuoi come autonoma sotto-categoria di R *aggiuntiva* (LANGER, 1972) rispetto alle più tradizionali sub-categorie belinghiane di analisi di R (BELING, 1906).

3.1.2. Il panorama concettuale è in realtà assai più variegato, disomogeneo e discordo già a partire dal piano *lessicale*. Caratteri *comuni* alle diverse voci entrate nel dibattito sono comunque rappresentati da:

(i) La definizione delle corrispettive nozioni *dal punto di vista delle Istituzioni*, impersonate, spesso solo implicitamente, dal solo Formante legislativo: dunque, in un orizzonte, se non esclusivamente, certo prevalentemente *endogeno*, orientato su Θ con estromissione (salvo alcuni sporadici e sostanzialmente embrionali agganci) di Ω .

(ii) L'accentuazione del contenuto di un (complessivo) *giudizio di (dis)valore* espresso – va ribadito: dalla prospettiva di Θ – *sempre* dalla nozione di *Strafwürdigkeit* e, talvolta anche, dalla nozione – in particolare – di *Strafbedürfnis* (PROBST, 1979).

(iii) Nelle teoriche in cui la diade permane distinta, il secondo elemento di questa (*Strafbedürftigkeit*), ferme le condizioni di cui sopra, si orienta in senso marcatamente *finalistico*, come verifica di una (*della*) indispensabile *Mittel-Zweck-Relation* (BLOY, 1976) fra *Bewertungsnorm* (contenente il *giudizio valoriale* di *meritevolezza*) e *Sanktionsnorm* (contenente il *giudizio politico* sulla *necessità* di una pena ‘meritata’, orientata dal suo *scopo*) (WOLTER, 1982; 1996). Riprendendo la paradigmatica weberiana, la *Strafwürdigkeit* è sempre *wert-orientiert*, la *Strafbedürftigkeit*, quando separata da questa, è *ziel-orientiert*, o per meglio dire *wert-ziel-orientiert* (giacché in tale contesto – per grandi linee corrispondente al canone di *sussidiarietà* (KAUFMANN, 1974) – la “necessità rispetto allo scopo” funge da fondamento di *legittimazione valoriale* della penalità).

3.1.2.1. In questo frastagliato panorama, si possono fondamentalmente rintracciare le seguenti dicotomie teoretiche:

- (a) concezioni *scettiche* vs. concezioni *costruttive*;
- (b) concezioni *olistiche* vs. concezioni *analitiche*;
- (c) concezioni *oggettive* vs. concezioni *sogettive*.

3.1.2.1.1. (aa) *Prima dicotomia*

3.1.2.1.1.1. (α) All'interno della prima dicotomia, le concezioni *scettiche*, presa visione del *topos*, ne decretano la sostanziale *superfluità* come strumento di ulteriore conoscenza della fenomenologia punitiva, limitandosi esso a ‘scarnificare’ i contenuti delle tre categorie ‘classiche’ di cui, da *Beling* in poi (BELING, 1906; 1930), si compone l'illecito penale, e considerandolo dunque una (inutile) superfetazione del concetto di illecito (*Unrecht*) e della sua *sostanza* offensiva e antidoverosa. In questa prospettiva, si nega la possibilità di una reale e significativa distinzione, all'interno di siffatta concet-

tualistica, fra *Strafwürdigkeit* e *Strafbedürftigkeit* (VOLK, 1985; ROMANO M., 1992) e, in ultima analisi, quando non si voglia alludere (ma allora l'unico sema fruibile è "*Strafbedürfnis*") a valutazioni *esogene* al sistema penale, di pura politica del controllo sociale, «che non hanno cittadinanza nella scienza del diritto penale, rilevando semmai per le scienze sociali e per la psicologia», esprime soltanto, se *topos endogeno* rispetto al sistema penale «un concetto formale, di natura logica e perciò 'vuoto' e non in grado di fondare, e declinare in criteri, un "principio di meritevolezza di pena" (*Strafwürdigkeitsprinzip*) che di volta in volta spieghi e legittimi il *rationale* di ogni singola scelta incriminatrice» (ALWART, 1982. 51-52).

3.1.2.1.1.2. (β) Viceversa – rimandando all'analisi della dicotomia successiva le ulteriori distinzioni 'strutturali' all'interno della/e categoria/e – gli approcci *costruttivi* confidenti circa la fruttuosità del *topos* si sostanziano, *in apicibus*, nella valorizzazione, segnatamente, della *Strafwürdigkeit* concepita come un *in sé* dell'illecito penale *in quanto tale* (cioè *penale*); un "requisito di genere" comune a tutte le fattispecie penali ("*ein den Tatbeständen aller Strafgesetze gemeinsames Gattungsmerkmal*") (SAX, 1976. 11) espressivo dell'*offensività* (*versus* i beni giuridici) caratteristica e discriminante dello *Strafunrecht*, ovvero, in versione diversa, di imprinting assiologico, come 'massimo comun denominatore' della sistematica penale, del fatto-reato ("*Generalnenner des Straftatsystem*") e come "*Grundbegriff der allgemeinen Strafrechtslehre*" (concetto fondamentale dell'intera dottrina penalistica), in quanto espressivo del disvalore etico-sociale *complessivo* dell'illecito penale, che ne fonde e al contempo ne trascende, appunto come *unità di disvalore*, le singole componenti (tipicità, antigiuridicità, colpevolezza) (SCHMIDHÄUSER, 1968. 29; SAUER, 1955. 19).

Diversificandosi poi l'approccio 'costruttivista', fra le sue declinazioni più 'globalizzanti', e di sintesi, e quelle più analitiche, queste ultime preferibilmente auto-limitate dal perimetro della sistematica penale *endogena* (nel 'mondo' di Θ , senza contaminazioni con Ω).

3.1.2.1.2. (bb) *Seconda dicotomia*

3.1.2.1.2.1 (γ) Oltre a quelle scrutinate *retro* (*sub β*), di prospettiva 'globalizzante', la più paradigmatica delle posizioni *olistiche* è quella assunta, sia pure con diversità di accenti, da *Otto* e da *Bloy*,

che pur distinguendo la *Strafwürdigkeit* dalla *Strafbedürftigkeit* le concepiscono come un *giudizio di valore unitario*, solo soggiunto da due prospettive distinte: l'una – calibrata sul '*Wertmoment*' – attestante la complessiva dannosità sociale del fatto incriminato; l'altra – proiettata sullo *Zweckmoment* – volta a confermare tale apprezzamento di (dis)valore in sintonia con le finalità che il sistema impone allo strumento-pena.

Sicché:

– «Meritevole di pena (*strafwürdig*) è solo una condotta che è da disapprovare dal punto di vista etico-sociale, perché idonea a porre in pericolo o a danneggiare le relazioni sociali all'interno della comunità giuridica. Non bastano semplicemente comportamenti fastidiosi o indesiderati per raggiungere questo grado di pericolosità o dannosità sociali, deve trattarsi di gravi lesioni dei beni giuridici.»

– «Bisogno di pena (*Strafbedürftigkeit*) significa che la pena è il mezzo indispensabile per proteggere la società da minacce o lesioni di beni giuridici meritevoli di pena e per riaffermare l'ordinamento giuridico.» (OTTO, 1978. 54, 56).

– «Come la *Strafwürdigkeit* rappresenta un *Gesamturteil*, così la *Strafbedürftigkeit* rappresenta un *Gesamtzweckmäßigkeitssurteil*, il cui esito dipende dalla possibilità o dall'impossibilità di realizzare gli scopi della pena attraverso l'esecuzione della stessa.» (BLOY, 1976. 233, 246).

Lo sviluppo consequenziale di siffatte impostazioni è che, una volta stabilita la doppia correlazione *Strafwürdigkeit-Wertmoment* e *Strafbedürftigkeit-Zweckmoment*, i singoli elementi costitutivi del reato *contengono entrambi i momenti*. L'*Unrecht* per esempio non serve solo a identificare una condotta contraria all'etica sociale e socialmente dannosa, ma contribuisce anche, come presupposto della punizione, alla legittimazione della conseguenza penale. Altrimenti detto, il significato giuridico dell'illecito risiede nelle conseguenze che esso porta con sé, e perciò lo *Zweckmoment* è un elemento costitutivo del concetto di illecito («*ist das Zweckmoment ein konstituierendes Merkmal des Unrechtsbegriffs*») (BLOY, 1976. 247), e la sua funzione è da identificarsi nella concretizzazione di quella parte di *Unrecht* nella quale ci si attende un effetto favorevole dall'inflizione della sanzione pena, ed è nello *Zweckmoment* che si differenziano l'illecito penale da quello civile e amministrativo, in base ap-

punto agli obiettivi perseguiti con le diverse conseguenze giuridiche nei diversi rami applicate (TONON, 2014).

3.1.2.1.2.2. (δ) La prospettiva *analitica* tende, viceversa, a ridurre il *topos* al solo concetto di *Strafwürdigkeit*, e lo costituisce come categoria *autonoma*, che si aggiunge a *Unrecht* e *Schuld* nella dinamica valoriale del sistema penale. La più matura espressione di tale approccio è la concettualistica di *Langer*.

Poiché è reato (*Verbrechen*) solo l'illecito colpevole e meritevole di pena (*strafwürdiges, schuldhaftes Unrecht*), è necessario aggiungere, nella costruzione del reato, ad antigiuridicità e colpevolezza, un autonomo elemento di disvalore etico-sociale non contenuto dagli altri due ed atto a rinsaldare i legami fra protasi e apodosi del 'periodo ipotetico' deontico, vale a dire fra illecito e sanzione. Secondo *Langer*, infatti, *Unrecht* e *Schuld* potrebbero sussistere ed essere spiegati nella loro essenza anche senza alcun riferimento alla pena («*Unrecht und Schuld in ihrem Wesen ohne Bezug auf die Strafe erschöpfend erklärbar sind*»), come dimostra la non sottoposizione a pena (*Straflosigkeit*) della - ci si spinge a dire - maggior parte degli illeciti colpevoli («(...) *auf schuldhaftes Unrecht meist nicht mit Strafe reagiert werde*») (LANGER, 1972. 329); nella pura somma del contenuto di illiceità e del contenuto di colpevolezza di un fatto potrebbe non rinvenirsi quindi lo specifico contenuto di disvalore che rende "reato" un fatto illecito colpevolmente commesso.

Riassumendo: la sistematica del reato, secondo *Langer*, andrebbe 'riscritta' e fondata su tre autonome categorie dommatiche:

- (a) *Unrechtstatbestand*;
- (b) *Schuldstatbestand*;
- (c) *Strafwürdigstatbestand*.

– «Non ogni fatto antigiuridico e rimproverabile viene dichiarato punibile dalla comunità giuridica; ciò anzi avviene solo quando un tale fatto allo stesso tempo racchiude in sé un attacco alle fondamenta della proficua vita in comune, quando quindi il disvalore etico-sociale dell'azione illecita e colpevole attraverso questo ulteriore contenuto di disvalore si approfondisce a tal punto, da risultare intollerabile per la comunità giuridica.» (LANGER, 1972. 327).

Quindi: *Strafwürdigkeit* come categorizzazione dogmatica dei fattori che rendono il reato un attacco alle fondamenta della so-

cietà («*Angriff auf die Gemeinschaftsgrundlagen*»), autonoma e distinta da anti giuridicità e colpevolezza, che introduce nella sistematica penale un ‘nuovo elemento’ analitico, di tipo *gradualistico* (livello/soglia di *intollerabilità sociale*) e *materiale* (contenuto di disvalore *sostanziale* che si aggiunge ai requisiti formali della fattispecie delittuosa) (TONON, 2014. 167).

3.1.2.1.3. (cc) *Terza dicotomia*

3.1.2.1.3.1 (ε) Tutte le concezioni sin qui esaminate mantengono la dimensione del *topos* su di un piano prettamente *oggettivo*, ancorato cioè al *fatto* (fatto-reato), ovviamente considerato nel suo impatto sociale come *offesa materiale* al sistema dei beni giuridici, e - in ultima analisi - all’Istituzione (Stato, Comunità, etc.) come tale. Come pure più volte ribadito la prospettiva di osservazione è quella di Θ ; e ciò vale anche per quegli approcci che accettano la dicotomizzazione “*Strafwürdigkeit-Wertmoment* ↔ *Strafbedürftigkeit-Zweckmoment*” ($Sw \leftrightarrow Sbd$), nella misura in cui la “effettività dello scopo raggiunto” (*Effettività*, 1990) è valutata in chiave *esogena* al sistema, come conferma, in termini di razionalità di scopo del *mezzo*, della meritevolezza di tutela del *valore/bene* oggetto dell’*offesa*.

Dunque: tanto $Sw \rightarrow \Theta$, quanto $Sb \rightarrow \Theta$

3.1.2.1.3.2 (ζ) Si differenziano da tutte, le altre le concezioni del *topos* che definisco, per sineddoche, *soggettive*: nel senso che si tratta di approcci che: (i) mantengono e valorizzano la dicotomia ($Sw \leftrightarrow Sb$), e dunque sono, per un verso, *anch’esse* ‘oggettive’; (ii) al contempo valorizzano la componente ‘*Bisogno*’ in chiave *soggettiva*, non cioè come conformità del mezzo-pena allo scopo-tutela (oggettiva del *valore*), ma come sua adeguatezza alla *persona dell’autore* (destinatario/trasgressore del precetto).

Il propugnatore più perspicuo di questa concettualizzazione è l’austriaco *Probst* che, da un lato, elabora un sistema dialettico di interrelazioni fra le diverse componenti semantiche del *topos* aventi come prefisso “*pena*” e i corrispondenti elementi lessical-concettuali recanti come prefisso “*tutela*”; dall’altro lato, introduce un ‘terzo elemento’, connotato dal lemma ‘*Strafbedürfnis*’ (Sbn), come elemento ‘equilibratore’ dei giudizi fondati sulla concorrenza delle due componenti ‘tradizionali’ ($Sw \leftrightarrow Sbd$) (PROBST, 1979).

In pratica, per *Probst* la *Strafwürdigkeit* (a sua volta differen-