

CONCEZIONE DELLA PENA E RUOLO DELLE ISTITUZIONI PUBBLICHE

di Antonio Salvati

Sommario: 1. *La sanzione giuridica* – 2. *La pena* – 3. *La filosofia della pena* - 3.1. *La teoria assoluta* - 3.2. *La teoria utilitaristica* - 4. *Alcune considerazioni critiche*

1. La sanzione giuridica

Ogni società, per continuare ad esistere ed a mantenere intatta la sua coesione interna, pone delle regole, che devono essere rispettate dai suoi componenti. Il fatto che tali regole, leggi e norme, siano o meno giuste, efficaci ed efficienti è un problema che esula dalla nostra analisi; ci interessa solo occuparci delle modalità di funzionamento di tali precetti, relativamente al loro rapporto con le sanzioni, che da essi derivano. Ogni norma giuridica è un imperativo di condotta imposto agli individui da un potere ad essi superiore. Come tale, essa suole identificarsi col diritto in senso obbiettivo (norma agendi). L'imperativo si può porre positivamente, come comando, o negativamente, come divieto, avvertendosi che tale distinzione attiene al suo contenuto e non alla sua forma. In entrambi i casi, però, le norme sono imperative. Ma l'imperativo non è - e non può essere - soltanto un comando: altrimenti non avrebbe senso. Tale senso acquista solo se vuole essere obbedito, se, cioè, prevede l'ipotesi della disobbedienza, e vi riconnette determinate conseguenze. In ciò consiste appunto la seconda parte della norma, la sanzione. Le sanzioni sono le conseguenze che si riconnettono alla inosservanza delle relative norme; così la disistima e la censura pubblica, il rimorso della propria coscienza, la dannazione eterna: ogni ordine suppone una sanzione in mancanza della quale l'ordine si sconvolge e si scioglie; questa sanzione deve essere conforme alla natura dell'ordine stesso. Le sanzioni sono quindi le conseguenze giuridiche di quel tipo di illecito, o violazione della legge, che è il reato o delitto. La sanzione pone a contatto l'imperativo contenuto nella norma (generale ed astratto) con il comportamento dell'individuo (particolare e concreto), producendo un effetto che ne è la sintesi. L'imperativo della norma agisce anche come minaccia; difatti i membri della comunità, potendo prevedere il male che deriverebbe loro dalla sanzione, evitano di porre in atto un comportamento contrario alla norma, conformandosi invece ad essa. Perché la norma abbia un valore pratico e non sia solo un'affermazione teorica che chiunque può disattendere, è necessario che essa si possa attuare ad ogni costo, il che equivale ad affermare che la sanzione possa applicarsi anche con la forza; esistenza della sanzione vuol dire quindi coercibilità della norma (o, più esattamente, del precetto). Un imperativo sfornito di coazione giuridica non è più norma giuridica¹. La sanzione giuridica può assumere le forme più svariate ma generalmente si individuano tre categorie fondamentali. La *sanzione preventiva* è quella che interviene come impedimento dell'atto antiggiuridico, cioè prima che esso si compia. L'impedimento come forma di coazione interviene allorché il soggetto ha già posto in atto una serie di atti idonei ed univoci, diretti a violare la legge, così che la violazione non è avvenuta unicamente grazie all'intervento della predetta coazione. Tale forma di sanzione è perciò successiva ad alcuni atti che costituiscono un tentativo di violazione, ed è altresì antitetica alla violazione stessa. La *sanzione diretta* costringe materialmente il violatore della norma all'obbedienza; si presenta cioè come costrizione a fare ciò che si doveva e non fu fatto, o a ricondurre nello stato quo ante una situazione che la legge proibiva di modificare. La *sanzione indiretta* invece attua la norma attraverso un surrogato, come ad esempio il risarcimento del danno o altra sanzione analoga. In linea di massima essa ha funzione di

¹ Cfr. S. Borghese, *La filosofia della pena*, Giuffrè Editore, Milano, 1952, pp. 4 - 14.

compensazione o reintegrazione, fondantesi sull'idea di equivalente economico o sociale. Le forme di sanzione sinora esaminate mirano tutte all'attuazione del precetto, e possono quindi essere definite *esecutive*. Si differenziano da queste le *sanzioni punitive* che costituiscono una diminuzione di beni giuridici della più diversa natura (dalla privazione della libertà personale al pagamento di una multa), ma non costituiscono mai l'attuazione effettiva del precetto, ma, se mai, una riaffermazione ideale o simbolica di esso, costringendo il reo a sottomettersi davanti all'autorità della legge. Le sanzioni punitive si distinguono a loro volta in *amministrative* o *penali*: le prime mirano ad ordinare le funzioni esercitate dagli enti pubblici per il conseguimento dei loro fini; le seconde, quelle che ci interessano, sono di difficile individuazione all'interno delle sanzioni punitive, in quanto una definizione degna di tal nome deve essere ontologica, deve cioè arrestarsi ai caratteri costitutivi di ciò che viene definito, senza considerare alcuna indicazione riguardante le cause od i fini; e dal punto di vista ontologico una differenza tra i due termini non esiste.

2. La pena

A livello di definizione, quindi, possiamo solo aggiungere che la pena è la più grave delle sanzioni punitive². Possiamo comunque individuare alcuni attributi essenziali della pena: la qualità afflittiva definisce l'effetto di produzione di deficit nei confronti del punito; l'azione repressiva deve apparire intenzionale al fine di determinare una relazione di senso - come riprovazione e censura - tra questa e il soggetto passivo. La natura espressiva della pena coglie invece la dimensione simbolica della reazione punitiva volta ad esprimere la pretesa autorità di chi punisce; essa, infine, si sviluppa in un contesto situazionale come funzione volta alla conservazione di determinati rapporti di potere³. Nel linguaggio giuridico i termini 'sanzione' e 'pena' sono strettamente correlati. La pena può essere intesa come una specie del genere delle sanzioni, ovvero di quegli strumenti mediante i quali l'apparato coercitivo dello Stato reagisce alle violazioni delle norme giuridiche; è la sanzione che viene stabilita per quel tipo di illecito o di violazione della norma giuridica che è il reato. Da un punto di vista morale e sociale la pena è la più rilevante tra le sanzioni giuridiche; essa è l'istituto che con la maggiore energia cerca di garantire la convivenza civile e la vita dello stato, e nello stesso tempo tocca più da vicino i problemi della libertà, sicurezza e dignità dei cittadini⁴. E' evidente che la pena è una istituzione in stretto collegamento con il cuore della società. Essa costituisce una manifestazione tangibile della coscienza collettiva, un fenomeno che rivela e allo stesso tempo rigenera i valori sociali esistenti. La sua funzione va oltre al mero controllo della criminalità; la pena è diretta espressione dell'ordine morale della società, un esempio del modo in cui tale ordine si autorappresenta e si consolida. L'esistenza di forti legami di solidarietà morale è il necessario presupposto della pena e, reciprocamente, quest'ultima consente la riaffermazione e il rafforzamento dei legami sociali. Il reato è quella condotta che viola gravemente la coscienza collettiva della società, vale a dire quel codice morale fondamentale che il consorzio sociale considera sacro. Ed è proprio perché detta condotta integra una violazione delle norme sacre che si rende necessaria una reazione punitiva, visto che i reati altro non sono che attacchi ai valori condivisi dalla coscienza collettiva. Quindi, il diritto penale si fonda, almeno in parte, su una condivisa reazione emotiva, determinata dalla dissacrazione di valori considerati sacri a opera del reo. La funzione della pena è quindi riconducibile, in ultima analisi, al mantenimento della coesione sociale; la sua natura è da ricercare nella reazione emotiva che esplode quando si verifica una violazione dei sentimenti sociali universali. Se da un lato è innegabile la storicità della pena,

² Cfr. S.Borghese, *La filosofia della pena*, Giuffrè Editore, Milano, 1952, pp. 29 - 34.

³ Cfr. M.Pavarini, *Funzioni e limiti del punire in Funzione della pena e terzietà del giudice nel confronto fra teoria e prassi* (a cura di M. Manzin), Atti della giornata di studio di Trento, Università degli studi di Trento, 2002, pp. 63-64.

⁴ Cfr. M.Cattaneo, *Il problema filosofico della pena*, Editrice Universitaria, Ferrara, 1978, p. 7.

dall'altro la pena, come processo sociale, resta immutabile; sono l'organizzazione sociale e la coscienza collettiva a cambiare nel corso del tempo alterando, di conseguenza, i sentimenti e le passioni che si accompagnano alla commissione di un reato. La punizione quindi continua a essere tanto un'espressione dei sentimenti collettivi quanto un mezzo per rinforzarli. La pena è difatti il segno che le convenzioni poste a fondamento della vita sociale conservano la loro forza e la loro vitalità⁵. Inoltre, è determinata in larga parte da fattori culturali, ma tale relazione causale è reversibile, nel senso che la penalità concorre a sua volta a produrre la cultura. La pena è, dunque, un'istituzione che contribuisce a edificare e a supportare il mondo sociale, producendo categorie e classificazioni autoritative, in genere condivise dai consociati, e grazie alle quali essi comprendono se stessi e gli altri. Le pratiche penali creano un contesto culturale che fornisce dichiarazioni e prassi che fungono da griglia interpretativa e valutativa per la condotta di ogni cittadino, e danno senso morale al vissuto individuale. Quindi la penalità regola, direttamente, la condotta, e indirettamente il senso, il pensiero e l'atteggiamento di tutti noi⁶. La punizione è una dimostrazione pratica e concreta delle verità ufficiali, nonché dei rapporti di potere che sottendono ed hanno generato le suddette verità. La severità delle pene, i mezzi con i quali infliggere il dolore e la sofferenza ammessi nelle istituzioni penali, non esistono solo in virtù di considerazioni utilitaristiche, ma anche in virtù delle convenzioni sociali e delle sensibilità condivise dai cittadini. Una pena che riteniamo civile è in gran parte determinata culturalmente, allo stesso modo di quella che riteniamo disumana. L'impiego della violenza (o l'inflizione della sofferenza e del dolore che la pena comporta) è condizionato dai livelli di violenza e di sofferenza ritenuti tollerabili dalla sensibilità e dalla cultura dominante⁷.

3. La filosofia della pena

E' degno di interesse, ripercorrere quali siano stati i substrati che hanno accompagnato l'evolversi della concezione della penalità nel corso dei secoli, e quali conseguenze a livello sociale e culturale ne siano derivate. E' opportuno, in tal senso, riassumere le diverse teorie che sono state elaborate nel tempo in relazione al fondamento, allo scopo e alla funzione della pena; queste sono innanzitutto divisibili in due grandi gruppi, che si possono designare con riferimento a una formulazione risalente a Seneca⁸. Da un lato vi sono quelle dottrine che giustificano la pena in base al concetto di *quia peccatum est*, e guardano esclusivamente al passato, considerando solo il male commesso; dall'altro vi sono le dottrine che spiegano la pena in base al *ne peccetur*, guardando al futuro, e focalizzandosi sul bene, sullo scopo e sul miglioramento che può derivare dalla pena. Tale distinzione è stata sviluppata in due classificazioni, assai simili ma non identiche tra loro, elaborate nel mondo culturale germanico ed in quello anglosassone⁹. La dottrina tedesca distingue tra *teoria assoluta*, che concepisce la pena come un fine in sé, e prescinde da qualunque scopo esterno essa possa perseguire, e *teorie relative*, che giustificano la pena in base agli scopi che ad essa è possibile attribuire. La dottrina anglosassone distingue invece tra *teoria retributiva*, che giustifica la pena in quanto contrappasso rispetto ad un male commesso, e *teorie utilitaristiche*, che attribuiscono alla pena uno scopo di utilità sociale. In linea generale le due classificazioni corrispondono tra loro; non però in modo completo. Infatti, se teoria assoluta e teoria retributiva coincidono, non sempre fra le teorie relative della classificazione tedesca e le teorie utilitaristiche della classificazione inglese vi è piena identità; nel senso che, se è vero che le concezioni della pena qualificabili come

⁵ Cfr. D.Garland, *Pena e società moderna*, cit., pp. 64 – 99.

⁶ Cfr. D.Garland, *Pena e società moderna*, cit., p. 294.

⁷ Cfr. D.Garland, *Pena e società moderna*, cit., pp. 238 – 256.

⁸ *Nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*, *De Ira*, I,19.

⁹ Cfr. M.Cattaneo, *Il problema filosofico della pena*, cit., pag. 8.

utilitaristiche¹⁰ sono sempre anche relative, non è però vero l'inverso; non ogni teoria relativa è necessariamente utilitaristica¹¹. Avendo puntualizzato tale discrepanza tra le due dottrine, possiamo proseguire affermando che il primo gruppo è formato essenzialmente da una sola dottrina, la teoria assoluta o retributiva della pena, anche se essa si può dividere in alcuni sottotipi; e il secondo gruppo è formato da varie dottrine, che si possono indicare nella teoria della prevenzione, dell'emenda e della difesa sociale. Analizziamo adesso le singole teorie.

3.1. La teoria assoluta

La *teoria assoluta o retributiva* si può compendiare nell'assunto che il bene va ricompensato con il bene, il male con il male. Essa guarda unicamente al male passato, perché concepisce la pena come un fine in se stessa, come rispondente ad una esigenza di giustizia senza scopi positivi o sociali. La funzione della pena consiste nella retribuzione del male penale per il male costituito dal delitto; il principio fondamentale ispiratore è l'idea che è giusto rendere male per male. La sua giustificazione non sta in uno scopo che essa dovrebbe raggiungere, ma semplicemente nella realizzazione dell'idea della giustizia¹². Secondo i diversi indirizzi dottrinali si possono distinguere tre aspetti della teoria della retribuzione. La teoria della retribuzione *divina* sostiene che chi commette un reato infrange la legge divina, quindi incorre nel castigo del dio che ha offeso. La giustizia umana, quando retribuisce il colpevole, attua la giustizia divina. La teoria della retribuzione *morale* afferma che è una esigenza profonda della coscienza umana che il bene sia ricompensato con il bene ed il male con il male. Punire il reo è quindi un imperativo che scaturisce dalla coscienza umana: "*poiché il delitto costituisce una violazione dell'ordine etico, la coscienza morale ne esige la punizione*"¹³. La teoria della retribuzione *giuridica*, infine, concepisce la retribuzione come negazione di una negazione, e perciò come la riaffermazione del diritto dello Stato. Con la retribuzione, cioè, lo Stato riafferma il proprio ordinamento giuridico. Il delitto è concepito come "*ribellione del singolo alla volontà della legge e, come tale, esige una riparazione che valga a riaffermare l'autorità dello Stato. Questa riparazione è la pena*"¹⁴. La teoria assoluta ha ricevuto molte persuasive critiche; a livello generale, queste si basano soprattutto sull'individuazione, alla radice di essa, dell'idea della vendetta, nonché sul carattere chiuso, esclusivamente rivolto al passato, senza aperture verso un valore positivo futuro, di tale concezione¹⁵. Si obietta inoltre che un sistema penale basato su tale principio assumerebbe inevitabilmente un carattere passionale e irrazionale, disattendendo quindi ai propri compiti; e che la mera sofferenza fine a se stessa non produce alcun beneficio né per il reo, né per la vittima, né per la società. Scendendo nei particolari delle sfumature di questa dottrina, possiamo individuare altrettante critiche. Alla concezione *divina* si obietta che non sempre il reato offende la legge divina, e che la delega della giustizia divina alla giustizia umana è solo supposta e mai dimostrata; la giustizia umana, relativa e imperfetta, non può arrogarsi il compito di sostituire quella divina, assoluta e perfetta, e per sua natura congiunta alla misericordia ed all'amore. La formulazione *morale* si scontra con il "*dato di fatto che un imperativo della coscienza morale a che il reo sia punito non sorge in ordine a tutte le astratte configurazioni di reato. E anche quando sorge in astratto, può darsi che la realizzazione concreta del reato si svolga in modo tale da non far*

¹⁰ La filosofia morale utilitaristica è quella dottrina che pone, quale criterio di valutazione etica delle azioni umane, e di conseguenza anche delle leggi e delle istituzioni politiche, la misura di piacere e di dolore che esse sono in grado di arrecare al maggior numero di individui. La grande importanza storica di tale teoria si deve all'opera del filosofo e giurista Jeremy Bentham.

¹¹ Cfr. M.Cattaneo, *Il problema filosofico della pena*, cit., p. 9.

¹² Cfr. M.Cattaneo, *Il problema filosofico della pena*, cit., p. 13.

¹³ Cfr. Enciclopedia del Diritto, Giuffrè editore, tipografia Multa Paucis, Varese, p. 702.

¹⁴ Cfr. L.Antilosei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè editore, Milano, 1955, pp. 484-485.

¹⁵ Cfr. M.Cattaneo, *Il problema filosofico della pena*, cit., p. 35.

apparire il fatto particolare come meritevole di pena"¹⁶. Inoltre, qualora la stessa esigenza morale di punizione sorga, è talvolta paralizzata da altri sentimenti quali la pietà, l'amore, o da considerazioni relative all'effetto che l'applicazione concreta della pena avrebbe sul colpevole o sulla società. La formula *giuridica*, a ben guardare, rinnega il concetto stesso di retribuzione. "Infatti, essa non afferma se non il principio, piuttosto banale ... che ogni ordinamento normativo, per essere effettivo e non meramente pensato, deve applicare le sanzioni che stabilisce. Il resto è mero orpello filosofico"¹⁷. L'idea di retribuzione contiene tuttavia anche degli aspetti che presentano un alto valore dal punto di vista morale e umanitario. In primo luogo, la retribuzione mette in evidenza un carattere della pena il quale, se non ne può costituire l'unico valore, è però imprescindibile. L'aspetto afflittivo della pena, almeno in una certa misura, non è eliminabile; un minimo di sofferenza, o meglio, il carattere di privazione di un bene, non è infatti cosa che si può eliminare del tutto dalla sanzione penale. Precisa Cattaneo, essa "discende da un principio di giustizia che colui il quale ha arrecato ad altri un male, che ha violato un diritto altrui, non possa semplicemente continuare a godere indisturbato i benefici del vivere in società"¹⁸. Il secondo aspetto positivo riguarda la concezione retributiva della proporzione tra i delitti e le pene; se l'idea retributiva rigorosamente intesa comporta, riguardo alla misura della pena, l'applicazione del principio del taglione, ovvero della perfetta equivalenza tra il tipo di delitto e il tipo di pena, tuttavia si può intendere il concetto di proporzione non nel senso in cui il tipo e la misura della pena devono corrispondere esattamente alla natura del delitto, ma nel senso della corrispondenza di una scala di severità di un sistema di pene alla scala di gravità di una serie di delitti¹⁹. L'ultimo aspetto rilevante dell'idea retributiva è che essa rappresenta un limite negativo all'inflizione concreta della pena; infatti si considera meritevole di punizione solamente chi ha realmente e volontariamente commesso una violazione della legge. Ciò costituisce un limite negativo al potere punitivo dello Stato, e assicura una precisa garanzia di libertà individuale. Difatti, l'ancoramento della pena alla colpa (intesa come commissione volontaria dell'atto delittuoso) è una garanzia essenziale di certezza giuridica offerta dallo Stato di diritto²⁰.

3.2. La teoria utilitaristica

Occupiamoci adesso delle teorie utilitaristiche. La teoria della *prevenzione* attribuisce alla pena la funzione, come dice la parola stessa, di prevenire la commissione dei delitti. È necessario però effettuare una precisazione: bisogna intendere il termine prevenzione come sinonimo di intimidazione. Ciò al fine di distinguere concettualmente la prevenzione dei delitti compiuta mediante il timore della pena (di qui l'equivalenza con l'intimidazione), della quale qui si tratta, da un altro tipo di prevenzione, che ha una posizione centrale nella criminologia: la prevenzione *indiretta*, compiuta con mezzi diversi dalla pena e sostitutivi di essa, i sostitutivi penali della Scuola positiva. Si possono distinguere tre tipi di teorie della prevenzione. La teoria della prevenzione o intimidazione generale attuata mediante l'inflizione della pena sostiene che l'esecuzione della pena nei confronti del colpevole serve, attraverso l'impressione di timore che essa suscita, a distogliere gli altri membri della società dalla commissione dei delitti²¹. In pratica, la pena inflitta al delinquente serve come esempio per tutti i consociati. Tale teoria, detta anche della deterrenza, sostiene che la sanzione penale, in quanto ha un contenuto afflittivo, agisce psicologicamente come

¹⁶ Cfr. la voce *sanzione penale* in Enciclopedia giuridica Treccani, Istituto della Enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma, p. 2.

¹⁷ *Ibidem*, p. 2.

¹⁸ Cfr. M.Cattaneo, *Il problema filosofico della pena*, cit., p. 41.

¹⁹ Cfr. M.Cattaneo, *Il problema filosofico della pena*, cit., p. 44.

²⁰ Cfr. M.Cattaneo, *Il problema filosofico della pena*, cit., p. 48.

²¹ Cfr. M.Cattaneo, *Il problema filosofico della pena*, cit., pp. 49 – 51.

contropinta rispetto al desiderio di procurarsi un piacere che dà origine alla spinta criminosa. In altri termini, la paura della sanzione penale induce i consociati ad astenersi dal commettere reati. La teoria della deterrenza applica al comportamento criminale il calcolo economico delle utilità. Suppone, cioè, che il delinquente valuti il differenziale esistente tra il beneficio derivante dal reato, e il danno che è proporzionale ai livelli previsti di severità, certezza e prontezza di applicazione della sanzione stessa. I critici di tale teoria (il più eminente dei quali è Immanuel Kant) obiettano che essa conduca a concepire e trattare il colpevole (che è sempre un essere umano) come un mezzo per un fine che è a lui estraneo ed è proprio della società. Si ha così la prevalenza degli interessi collettivi sui diritti individuali. Tale conseguenza negativa viene confermata ad abundantiam nel caso di quella applicazione estrema della dottrina ora in esame che va sotto il nome di pena esemplare²². Con essa si intende una pena particolarmente severa, sproporzionata rispetto alla colpa del delinquente o al fatto da lui commesso, comminata per dare un esempio agli altri in occasione di delitti assai diffusi o in occasione di situazioni di grave allarme sociale. Un'altra critica sostiene che l'esclusiva considerazione della pena in termini di utilità può giustificare al limite la punizione dell'innocente, se i vantaggi sociali (diminuzione della criminalità, sicurezza dei cittadini, ecc.) in tal modo ottenuti sono maggiori del male e delle sofferenze arrecate alla persona incolpevole condannata²³. La teoria della deterrenza è ulteriormente sminuita dal fatto che molti delitti sono il frutto non di un calcolo razionale sull'utilità, ma di un impulso emotivo violento e irrazionale. Altre volte, la commissione del crimine è dettata da motivi ideali, che spingono ad affrontare qualsiasi sacrificio. Il secondo tipo di teoria della prevenzione è quella della *prevenzione speciale*. Questa teoria attribuisce alla inflizione della pena uno scopo di intimidazione nei confronti del singolo reo, e quindi una funzione di prevenzione di futuri delitti commessi dallo stesso colpevole punito. Infatti, un delitto commesso contiene in sé la minaccia della commissione di futuri delitti da parte del reo; è perciò lecito agire con la pena su quest'ultimo in modo da determinarlo a non eseguire la minaccia, facendo prevalere in lui il senso di disgusto proveniente dalla pena, rispetto alla soddisfazione derivante dal delitto. La pena è dunque il male inflitto allo scopo di intimidire il reo o di rendere impossibili i delitti probabili. Il difetto di questa teoria è che essa, se applicata coerentemente, rende inutile il codice penale. Infatti, per garantire la sicurezza di fronte al singolo delinquente, non sono necessarie leggi precise, poiché i mezzi adatti a questo scopo vengono valutati assai meglio in concreto, sulla base delle specifiche circostanze di fatto. Tale sistema renderebbe addirittura impossibili le leggi penali: nessun legislatore, infatti, può prevedere tutti i possibili casi da regolare, e i fatti previsti dalla legge assumono, attraverso le circostanze che li accompagnano, un aspetto speciale, diverso dalla caratterizzazione generale e astratta data di loro dalla legge²⁴. Ne deriva quindi un grave pericolo per la certezza del diritto; infatti la pena dovrebbe essere adattata, al singolo delinquente, dal giudice, con un eccessivo ampliamento dei suoi poteri discrezionali; la teoria della prevenzione speciale presenta perciò un oggettivo pericolo di arbitrio. D'altra parte tale teoria ha avuto il merito storico di attirare l'attenzione sul momento dell'esecuzione della pena; si tratta cioè di commisurare il male penale al danno provocato dal reato, e di non aumentare la pena rispetto a quanto è sufficiente per far rientrare il reo nell'ambito dal quale era uscito. Si pone l'accento sulla necessità di individualizzare la pena, concezione che verrà poi ripresa dalle correnti positivistiche e sociologiche della seconda metà dell'800. La sanzione penale dovrà essere proporzionata alle esigenze della personalità del soggetto, e non alla gravità del reato²⁵. Non

²² Cfr. M.Cattaneo, *Il problema filosofico della pena*, cit., pp. 53 - 55.

²³ Osserva Cattaneo che i sostenitori della teoria della deterrenza si difendono affermando che la cosiddetta punizione dell'innocente non è in realtà una pena; una pena, per essere tale, richiede infatti di essere applicata solo ed esclusivamente al colpevole, a chi l'ha meritata, a chi ha violato la legge. L'individuo non può essere cioè sacrificato alla società a meno che egli non abbia infranto la legge. Cfr. M.Cattaneo, *Il problema filosofico della pena*, cit., p. 57.

²⁴ Cfr. M.Cattaneo, *Il problema filosofico della pena*, cit., pp. 65 - 67.

²⁵ Cfr. M.Cattaneo, *Il problema filosofico della pena*, cit., pp. 68 - 69.

potrà essere determinata a priori, ma si estenderà quando lo richiede la risocializzazione del soggetto. Potrà essere ridotta o addirittura esclusa, se le esigenze di risocializzazione lo richiedono. Si dovranno quindi ignorare il delitto commesso e il grado di colpevolezza del suo autore, concentrandosi invece sulle sue particolarità individuali. La pena assume ruolo di mezzo per aggiungere uno scopo, è individualizzata e rivolta verso tre mete: risocializzazione dei delinquenti che ne abbiano bisogno e ne siano suscettibili; intimidazione dei delinquenti che non hanno bisogno di essere risocializzati; neutralizzazione di quei delinquenti che non sono risocializzabili. Tale concezione però si allontana dalla prevenzione speciale in senso stretto, ponendosi in una posizione più affine alla teoria dell'emenda. Comunque, anche la visione positivista è stata sottoposta ad una rilevante critica; infatti, secondo tale teoria, nei confronti di quei delinquenti verso i quali l'intimidazione non ha effetto, è lecito infliggere pene che li mettano in condizione di non nuocere. In questo modo si legittimano pene come l'ergastolo e la morte. Ciò è inoltre in contrasto con l'esigenza primaria della prevenzione speciale, cioè il recupero del reo. Il terzo tipo di dottrina preventiva è la teoria della *intimidazione o prevenzione generale attuata mediante la minaccia contenuta nella legge penale*. Tale concezione non deve essere assolutamente confusa con quella esaminata per prima, che attribuisce la stessa funzione alla esecuzione della pena. Si ha così una chiara distinzione concettuale tra due momenti essenziali dell'iter punitivo: la minaccia della pena formulata dalla legge e il momento della esecuzione della stessa nel caso concreto. La rappresentazione del male penale minacciato dalla legge – spiega Cattaneo – provoca nell'animo dei consociati una coazione psicologica la quale li distoglie dal commettere il delitto che a quel male è connesso; la funzione penale di prevenzione opera quindi prima dell'eventuale commissione di delitti, e, attraverso la previsione legislativa, garantisce la tutela dei diritti individuali e la giustizia del procedimento punitivo, poiché tutti, in grazia della previsione legislativa, conoscono in precedenza il tipo e la misura della pena che dovrà essere inflitta in caso di commissione di un delitto²⁶. Seguendo questa concezione si evita il pericolo della pena esemplare, connesso invece all'altro tipo di prevenzione generale, perché l'inflizione della pena ha semplicemente lo scopo di rendere seria ed effettiva la minaccia legislativa. Anche questa impostazione non è esente da critiche; la prima sottolinea l'inefficacia preventiva della minaccia legislativa, dimostrata dal fatto che i delitti avvengono egualmente. Tale obiezione non tiene conto del fatto che noi ignoriamo quante persone, che non hanno commesso nessun delitto, sono state realmente determinate, nel loro comportamento, dall'efficacia preventiva della legge penale. La seconda critica consiste nella constatazione che la teoria esaminata, in quanto è volta ad influire con la pena sulle inclinazioni al delitto, è portata necessariamente a prevedere sanzioni penali di misura particolarmente grave anche per delitti di lieve entità, se nei confronti di questi gli uomini dimostrano una inclinazione assai forte. Se questo può essere un aspetto negativo, tuttavia ciò è compensato dalla essenziale e necessaria connessione di questa teoria con i valori della legalità e della certezza del diritto. La coazione psicologica può operare sull'animo dei cittadini soltanto se questi conoscono realmente in anticipo quali azioni la legge qualifica come reati, e quali pene stabilisce per la loro commissione. Un'altra delle teorie utilitaristiche è individuabile nella *teoria dell'emenda*. Mentre le teorie prese in considerazione sinora guardano alla sanzione penale principalmente per il suo carattere afflittivo, come un male, il quale serve o a riparare un altro male compiuto (retribuzione) oppure a intimidire, a distogliere dalla commissione dei delitti (prevenzione), viceversa la teoria dell'emenda tende a mettere in ombra l'aspetto afflittivo della sanzione penale, e a metterne in rilievo il carattere correttivo, educativo. Si vuole cioè rieducare il condannato, volgendo lo sguardo esclusivamente al suo futuro e non più al suo passato. La pena deve produrre, sul piano sociale e nei confronti del reo, un vero e proprio effetto morale; essa non deve essere necessariamente un male. Lo scopo del diritto consiste nella correzione, mediante tutti i mezzi giuridici adatti, della volontà dimostratasi

²⁶ Cfr. M.Cattaneo, *Il problema filosofico della pena*, cit., p. 72.

immorale con i fatti. Colui che ha una volontà che si è dimostrata diretta all'illecito è in questo senso un immaturo o un minore e perciò bisogno di rieducazione, finché non vengono eliminati i motivi interiori del suo comportamento ingiusto²⁷. Il reo deve subire dei limiti imposti dalla legge alla sua indipendenza e libertà esterna, poiché se ne è dimostrato immeritevole abusandone a danno dei suoi simili; lo Stato dovrà perciò agire verso il colpevole finché non si sia eclissato anche il minimo dubbio che ne sussista ancora il bisogno. L'emenda deve ottenersi non già in via subordinata e insieme alla pena, ma per mezzo della pena, e nella stessa misura in cui viene ottenuto questo scopo, si raggiungerà anche la sicurezza, correzione, intimidazione, riparazione, riconciliazione del colpevole con sé e colla società. In questo senso il fine della pena non potrà essere che un fine educativo: punire significa instaurare nella coscienza del reo un livello superiore, renderlo consapevole del suo errore, fargli riconoscere la superiorità del diritto da lui violato. Punire significa redimere²⁸. Dobbiamo vedere nella deficienza del delinquente una deficienza di tutta la società; il che implica che il problema del delitto non può risolversi con una eliminazione o repressione estrinseca del reo. Si vuole convertire la pena in un bene, per farne uno strumento di umana rigenerazione; di conseguenza si escludono quei tipi di pena che, come la morte o l'ergastolo, portano con sé o l'eliminazione fisica del reo, o la perdita di ogni speranza da parte sua. La durata della pena correttiva è determinata dall'effettivo raggiungimento dell'opera di rieducazione del colpevole da parte di essa. La pena è quella che la società, l'uomo infligge a se stesso per diventare più uomo, è ammenda necessaria alla sua redenzione, è opera di essenziale autoeducazione. Quando il giudice giudica e punisce, non si volge propriamente all'altro, ma a se stesso, e giudica e punisce se stesso in quanto umanità. Perché possa parlarsi veramente di pena, il giudice non deve essere estraneo al delinquente, né questo a quello: è l'uomo che in essi pecca e si redime²⁹. In quanto il miglioramento morale del soggetto ha per effetto una sua minore propensione a compiere reati, la dottrina in questione sbocca, dove la correzione morale sia vista come un mezzo e non come un fine, nella teoria della prevenzione speciale in senso etico, come abbiamo accennato parlando delle varie specificazioni della teoria della prevenzione. Molti studiosi hanno infatti rilevato una profonda correlazione tra la teoria dell'emenda e la teoria della prevenzione speciale; tuttavia una assimilazione può essere compiuta solamente se consideriamo l'emenda nella sua accezione oggettiva, non in quella soggettiva. La prima infatti agisce meramente sul comportamento esteriore del colpevole, facendolo ritornare un buon cittadino; la seconda opera una conversione morale nel colpevole, agendo nella sua interiorità. La prevenzione speciale dunque può ammettere soltanto una correzione in senso giuridico e politico, non in senso morale. Viceversa, il significato più pregnante della teoria dell'emenda è proprio quello di rieducazione morale del reo. Si delinea così una distinzione concettuale tra prevenzione speciale ed emenda. La distinzione potrà non essere rilevante sul piano pratico, poiché il risultato che si vuole o si può raggiungere è lo stesso (la futura astensione del reo dalla commissione di delitti); essa è però importante sul piano teorico, nonché per quanto concerne l'atteggiamento da assumere verso il colpevole³⁰. In sintesi, la prevenzione speciale non vuole penetrare nell'interiorità del colpevole; le basta che esso si attenga alle leggi, volente o nolente. Tre le critiche rivolte alla teoria dell'emenda. La prima consiste nel fatto che essa conduce necessariamente, a causa della connessione tra diritto e morale su cui si fonda, ad attribuire allo Stato un compito di valutazione del comportamento morale dell'individuo, un compito che implica una interferenza nell'ambito della coscienza, con evidente pericolo per la libertà del cittadino. Si riconoscerebbe cioè all'uomo la potestà di condurre gli altri ad uniformarsi alla legge morale, anche con mezzi violenti e coattivi. In tal senso la teoria dell'emenda costituisce un regresso rispetto alla secolarizzazione (ovvero il suo distacco dalla teologia morale) del diritto penale compiuta

²⁷ Cfr. M.Cattaneo, *Il problema filosofico della pena*, cit., pp. 75 – 78.

²⁸ Cfr. M.Cattaneo, *Il problema filosofico della pena*, cit., pp. 80 - 81.

²⁹ Cfr. M.Cattaneo, *Il problema filosofico della pena*, cit., p. 83.

³⁰ Cfr. M.Cattaneo, *Il problema filosofico della pena*, cit., p. 89.

dall'Illuminismo. La seconda critica osserva che la pena come emenda incontra tre ostacoli, che sono il suo carattere di educazione degli adulti, di educazione coattiva e di educazione mediante la pena. Se nell'educazione dei bambini può essere presente un elemento di coercizione (il castigo), difficilmente questo può essere presente nel caso degli adulti; e, d'altra parte, l'idea di educazione implica in modo primario l'uso della persuasione, il che è in contraddizione con l'uso della coazione o addirittura della pena. La terza critica che si può rivolgere alla teoria dell'emenda riguarda il pericolo per la certezza del diritto che da essa deriva. Infatti, poiché non è possibile sapere in precedenza in che momento l'opera di rieducazione del condannato sarà realmente compiuta, se l'azione punitiva deve continuare finché non raggiunga lo scopo della rieducazione, allora la durata della pena-emenda può essere illimitata, o perlomeno non determinabile in anticipo da parte della legge³¹. L'ultima *teoria* utilitaristica è quella *della difesa sociale*. Essa concepisce la pena come trattamento terapeutico di quella malattia sociale che è la criminalità. Tale teoria va mantenuta distinta da quella dell'emenda. Quest'ultima, infatti, rimane pur sempre fedele al concetto di pena, anche se essa, pur non perdendo del tutto il suo carattere afflittivo, cessa di essere un male. Viceversa, attraverso l'idea della pena curativa o terapeutica, il concetto di sanzione penale subisce un'ulteriore, e più radicale, trasformazione; ad essa fa capo la tendenza a far scomparire, in prospettiva, il diritto penale, e a sostituirlo con un sistema di trattamento medico. Mentre l'emenda è guidata dall'idea di una redenzione morale del colpevole, la difesa sociale considera il delinquente come un malato da curare, non da punire, e la delinquenza come una malattia da cui la società deve difendersi. Si supera cioè il concetto di pena e lo si sostituisce con il concetto di difesa della società, inteso come la necessità di proteggere la società contro il fatto criminoso. Se da un certo punto di vista la difesa sociale può essere considerata come il motivo ispiratore di tutte le concezioni relative della pena, nel senso della difesa degli individui che compongono il gruppo sociale e quindi del gruppo sociale stesso, dall'altro essa può essere presentata come una specifica concezione della pena, per la quale il fondamento del diritto di punire trovasi nella necessità della difesa sociale, di garantire cioè la stabilità dei rapporti sociali contro la perturbazione criminale. Tale visione è sviluppata nell'ambito della Scuola positiva italiana, secondo la quale il delitto è concepito prima come un fatto sociale che come un ente giuridico; di conseguenza, per porre riparo alla delinquenza, bisogna indagare le cause soprattutto sociali, che sono le maggiormente modificabili dal legislatore, ed eliminarle od almeno attenuarle con una rete di provvedimenti, definiti sostitutivi penali, che sono al di fuori del codice penale e consistono in riforme pratiche. È necessario prevenire il manifestarsi della criminalità prima di ricorrere all'attività punitiva. La teoria dei sostitutivi penali nasce dalla considerazione che le pene hanno una potenza repulsiva del delitto assai limitata, per cui è naturale che il sociologo criminalista chieda altri e diversi mezzi di difesa sociale³². Le pene mancano quasi totalmente al loro scopo di difesa sociale; bisogna ricorrere ad altri provvedimenti che le sostituiscano nella soddisfazione della sociale necessità dell'ordine. Nel campo criminale i sostitutivi penali debbono diventare i primi e i principali mezzi di quella preservazione sociale della criminalità, a cui le pene serviranno ancora, ma in via secondaria. Lo scopo di evitare i delitti si otterrà, anziché con le pene, con questi provvedimenti, che dunque non sono meri cooperatori, ma veri e propri sostitutivi delle pene. Le pene saranno l'ultimo e imprescindibile riparo, contro le inevitabili e sporadiche manifestazioni della attività criminosa. La scuola positiva sposta l'attenzione dal delitto al delinquente, alla sua personalità; in tal modo la misura di difesa sociale si fonda essenzialmente sulla pericolosità del delinquente, e non sulla colpa, intesa come espressione del concetto di responsabilità morale, che viene rifiutato. Lo stato non ha alcun compito etico, religioso né filosofico; deve solo organizzare giuridicamente la difesa sociale repressiva contro la delinquenza. Le sanzioni debbono essere estranee a qualsiasi pretesa di infliggere un castigo

³¹ Cfr. M.Cattaneo, *Il problema filosofico della pena*, cit., pp. 92 - 93.

³² Cfr. M.Cattaneo, *Il problema filosofico della pena*, cit., p. 97.

proporzionato ad una colpa morale; nessun giudice è in grado di misurare la colpa morale di alcuno. La pena non deve proporzionarsi soltanto alla gravità obbiettiva e giuridica del delitto, ma deve adattarsi anche e soprattutto alla personalità, più o meno pericolosa del delinquente³³. Ciò impone la necessità di sostituire il sistema tradizionale di pene carcerarie a termine fisso con la segregazione a tempo relativamente od assolutamente indeterminato, cioè sino a quando il condannato non sia riadattato alla vita libera ed onesta; poiché il rilascio del criminale potrà avvenire solo quando la cura avrà ottenuto i risultati richiesti, il momento esatto di esso non può essere previsto in anticipo. Questa scarsa importanza attribuita al valore della certezza del diritto si connette a una tendenza propria della Scuola positiva, volta a restaurare, in polemica con la Scuola classica, i diritti dello stato rispetto ai diritti del cittadino. La colpa è sostituita dal concetto di pericolosità, la pena da quello di difesa o sicurezza sociale. Le critiche a tale impostazione sono numerose. Per prima cosa, desta legittimi dubbi il fatto che, quando l'individuo sia incorreggibile, la segregazione debba assumere carattere indeterminato e conseguentemente perpetuo. Si giunge a sacrificare l'individuo alla società, i diritti individuali alla collettività, coltivando un collettivismo penale nel quale gli individui sono facilmente trattati come puri mezzi per fini sociali, dimenticando il valore irriducibile della persona umana. Viene meno il rispetto dei valori individuali e della vita umana, considerato anche che la responsabilità scompare di fronte alla nozione di pericolosità del delinquente e, senza riserve, non il più responsabile, ma il più pericoloso è punito. Una graduale sostituzione del sistema punitivo con un sistema curativo dei delinquenti, considerati come dei malati sociali, dei pazzi, degli anormali, ecc. porta insensibilmente a un aumento dei poteri di intervento dello Stato, e a una diminuzione dei limiti posti alla sua autorità a tutela dei diritti individuali. Inoltre, il carattere afflittivo non scompare, anche se non si parla più di pena; il trattamento medico è pur sempre frutto di una imposizione coercitiva unilaterale, nella quale viene violata la dignità dell'uomo colpevole. Per finire, il principio della segregazione o della cura a tempo indeterminato porta fatalmente a minare il fondamentale principio della certezza del diritto. Per concludere questa disamina delle varie concezioni filosofiche della pena, rimane da analizzare il punto terminale del processo ideale che conduce a un superamento del diritto penale o alla sua abolizione. Oppure alla sua sostituzione con altri mezzi di controllo e di difesa sociale. È questa la cosiddetta teoria della devianza, sviluppatasi di recente in ambito sociologico. Il concetto di devianza si riferisce a tutti i comportamenti che appunto deviano dai criteri o dai modelli di condotta stabiliti dalla società; in tale prospettiva, rientrano nella devianza, non soltanto la criminalità, ma anche le malattie mentali, l'uso della droga, la diversità sessuale. Il termine devianza tende ad avvicinarsi, alla fine del suo cammino storico, alla nozione di diversità. Sorge così un primo problema, relativo al rapporto del concetto di devianza con le norme. I comportamenti criminali sono quelli che violano i codici di ogni sistema sociale. Gli altri comportamenti devianti violano altre norme, tra cui quelle del costume. Esistono vari tipi di definizione del concetto di devianza. Il primo definisce la devianza come comportamento che diverge dalla media dei comportamenti standardizzati. È cioè deviante ogni atto che si discosta da una normalità intesa come media dei comportamenti di una data società. Ma, si obietta, la frequenza non può essere presa come indice di conformità. Il secondo intende la devianza come comportamento che viola le regole normative, le intenzioni o le attese dei sistemi sociali ed è quindi connotata negativamente dalla maggioranza dei membri di quei sistemi sociali. Il terzo afferma, come correzione del secondo, che ogni atto deviante importa la violazione di regole sociali che disciplinano il comportamento dei partecipanti in un sistema sociale. La caratteristica principale di un atto deviante è data dal fatto che esso non corrisponde al comportamento che la vittima è portata ad aspettarsi dagli altri in base alla propria posizione sociale. La devianza si presenta cioè come contestazione o negazione del ruolo sociale. Infine, l'ultima impostazione rifiuta di indicare l'essenza della devianza

³³ Cfr. M.Cattaneo, *Il problema filosofico della pena*, cit., p. 100.

in un carattere intrinseco dell'atto deviante, ma mette l'accento sulla reazione da parte della società. La devianza non è una proprietà inerente a qualche particolare forma di comportamento; è una proprietà conferita a quel comportamento dalla gente che viene a contatto diretto o indiretto con esso. Il solo modo, dunque, in cui un osservatore può dire se o no un dato comportamento è deviante, è di imparare qualcosa sugli standard di comportamento della gente che reagisce ad esso. A livello generale, possiamo notare un punto di contatto tra questa teoria e quella della difesa sociale; infatti il comportamento criminale o deviante è considerato sul piano puramente fattuale, mettendo in ombra il punto di vista normativo. Si giunge così a negare autonomia al punto di vista del diritto penale. D'altra parte è propria di tale teoria la tendenza a vedere il carattere deviante dei comportamenti non nella loro natura intrinseca, ma nel fatto che essi sono sottoposti ad un processo di criminalizzazione, cioè sono vietati dal potere, o nel fatto che non corrispondono alla normalità dei comportamenti prevalenti nella società. Il gruppo dominante in una società, dunque, trasforma i comportamenti ad esso sgraditi in comportamenti devianti. Tale affermazione, però, non sembra costituire una nuova scoperta nell'ambito della storia delle idee; è un dato storico, in un certo senso abbastanza scontato, sottolinea Cattaneo³⁴. Inoltre, la teoria della devianza ha il difetto di mettere sullo stesso piano, mescolandoli in modo indifferenziato, fenomeni assai diversi tra loro. Essa sostituisce alla tipica triade penalistica liberale *legge – reato – pena*, quella *conformismo – devianza – repressione*. Benché nelle intenzioni dei suoi proponenti sottintenda una critica verso il potere e sembri rivendicare la legittimità del dissenso e della diversità, contiene un pericolo di segno opposto: viene meno la limpida distinzione liberale tra criminalità in senso stretto, espressa in atti di violenza che violano i diritti altrui, che deve essere punita, e l'ambito del dibattito delle idee, in cui qualunque dissenso di opinione deve essere lecito e libero.

Queste, per sommi capi, le principali teorie sul ruolo della penalità che si collocano all'interno della ricostruzione storica degli eventi che hanno portato, direttamente o indirettamente, alla nascita del carcere moderno ed alla sua affermazione come pena universale.

4. Alcune considerazioni critiche

La logica retributiva costituisce l'espressione più palese del grande sforzo di razionalizzare il male che da sempre impegna l'umanità. Tuttavia il male è male, nella prospettiva biblica, proprio perché non può essere ricondotto a una più o meno facile giustificazione³⁵: «nel libro di Giobbe troviamo la reazione della fede al tentativo di razionalizzare l'esperienza del giusto sofferente»³⁶.

L'idea alla base della logica retributiva è che quando accade una sciagura ciò deriva dal fatto che si è verificato prima un altro male e la sofferenza è una punizione meritata giustamente³⁷. Si attua in questo modo una visione puramente morale del male. Si è coltivata per millenni l'illusione che il male voluto dall'uomo come retribuzione della colpa sia in grado di azzerare il significato di quest'ultima, di restituire l'innocenza, di ristabilire la giustizia. Valga ancora, in proposito, una suggestione letteraria, da *I promessi sposi* di A. Manzoni: Agnese esprime, rispetto a don Rodrigo,

³⁴ Cfr. M. Cattaneo, *Il problema filosofico della pena*, cit., p. 122.

³⁵ «L'errore di fondo proprio delle teodicee classiche, d'altra parte, è consistito nella pretesa di spiegare il male vedendo nel male stesso una finalità integrabile dentro l'ordine della natura»: così I. Sciuto, *La realtà del male secondo il pensiero contemporaneo*, in AA.VV., *Del bene e del male. Tradizioni religiose a confronto*, a cura di M. Raveri, Venezia 1997, p. 275 (volume cui si rinvia per un'approfondita trattazione sul problema del male condotta dal punto di vista interreligioso).

³⁶ Così B. Maggioni, *Giobbe e Qohelet. La contestazione sapienziale nella Bibbia*, 2^a ed., Assisi 1982, p. 48.

³⁷ Per una critica a tale punto di vista si veda P. Ricoeur, *Il male. Una sfida alla filosofia e alla teologia* (1986), tr. it. di I. Bertoletti, Brescia 1993, che ricostruisce nei termini seguenti l'interrogativo ad esso sotteso: «poiché la punizione è una sofferenza reputata meritata, chissà se ogni sofferenza non è, in un modo o nell'altro, la punizione di una colpa personale o collettiva, conosciuta o sconosciuta?» (p. 15); in questo senso, «una visione puramente morale del male porta con sé, a sua volta, una visione penale della storia: non v'è anima ingiustamente precipitata nel malheur» (p. 26).

la logica della giustizia tradizionale: «Verrà la sua ora anche per lui. Domeneddio lo pagherà secondo il merito». Ma: « – No, no, mamma; no! – interruppe Lucia: – non gli augurate di patire, non l'augurate a nessuno! Se sapeste cosa sia patire! Se aveste provato!»³⁸.

La questione criminale non si risolve muovendo semplicemente da una giustificazione retributiva a una giustificazione preventiva del punire. Tuttavia, considerare tutti quei fattori che incidono sugli aspetti più negativi dei rapporti fra gli uomini è patrimonio acquisito della dottrina sociale cristiana, insieme a un forte e consequenziale richiamo al senso della corresponsabilità sociale.

I problemi reali attengono semmai all'opzione fra le diverse strategie preventive possibili, onde evitare, per tornare all'impulso derivante dalla tradizione biblica, che ci si attenda il bene della società da forme di intervento sul problema criminale non corrispondenti alla dignità umana, cioè dall'esercizio del male.

Ciò esige discernimento nella valutazione degli strumenti preventivi. Ma quantomeno un punto dovrebbe essere fermo: se è vero che sussistono precise condizioni (culturali, economiche, ecc.) le quali facilitano le scelte criminali, e il cui controllo dipende, complessivamente, dall'intera società, e se è vero, d'altra parte, che il male penalmente rilevante è solo una parte del male socialmente significativo (le grandi ingiustizie planetarie fuoriescono completamente, per esempio, dalla sfera di operatività del diritto penale), allora la prevenzione deve essere riferita, soprattutto, ai fattori che incidono sulla commissione dei reati e deve coinvolgere la disponibilità dei cittadini a un'assunzione corresponsabile di oneri. Può sembrare un'affermazione ovvia, anche alla luce del principio, da tempo enunciato, di *extrema ratio* dell'intervento penale³⁹. Ma la realtà è che ci si è illusi di poter fare prevenzione solo, o pressoché esclusivamente, attraverso l'esemplarità delle sanzioni a qualsiasi titolo applicate dopo la commissione dei reati: anche perché ciò consente una gestione del problema criminale tutta riferita, per l'appunto, all'ambiente criminale. Dunque, se l'opzione è quella preventiva si tratta di prenderla sul serio – e di studiare le modalità, soprattutto prepenalistiche (ma non per questo solo extralegali), di sbarramento degli accessi al crimine.

Nondimeno, resta ovviamente aperto l'interrogativo su cosa fare nei casi (ineliminabili) in cui la prevenzione *ex ante* abbia fallito. E in proposito ci si chiede, oggi, di fronte alla mancanza di dati empirici che suffraghino il conseguimento dei tradizionali fini intimidativi (*erga omnes*) e rieducativi (rispetto al singolo agente) attraverso le ordinarie modalità di risposta al reato, se altre vie, rispetto a queste ultime, possano essere percorse. Da un lato è andata sempre più emergendo, in questo senso, l'improduttività di un ricorso ancora così ampio al carcere, secondo una prospettiva di indagine ormai entrata a far parte della stessa riflessione ecclesiale. Martini spiega bene questo punto: «Il ricorso alla pena detentiva – la quale incide sull'intera sfera dei diritti individuali e rappresenta plasticamente l'estromissione del condannato dall'ordinarietà dei rapporti interpersonali, con pesanti effetti di desocializzazione – dovrebbe essere concepito in termini di rigorosa *extrema ratio*, da riferirsi essenzialmente ai casi in cui sussista un pericolo attuale di reiterata aggressione a beni fondamentali. Andrebbe in tal senso privilegiata l'utilizzazione di forme sanzionatorie diverse dal carcere, che in molti casi potrebbero assumere un significato costruttivo (pene prestazione, risarcimento, forme di mediazione, probation, ecc.), pur restando significativamente impegnative per chi ad esse sia assoggettato. Peraltro, anche privazioni di diritti meno complessive di quelle riconducibili alla pena detentiva (pene pecuniarie, interdizioni, interventi su patrimoni illecitamente costituiti) potrebbero considerarsi maggiormente accettabili, e più comprensibili da parte di chi le subisca, del ricorso generalizzato alla reclusione»⁴⁰.

³⁸ Cit. nell'edizione a cura di F. Ulivi, Milano 1989, (capitolo XXIV), p. 368.

³⁹ Su questo vedi L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1989, p. 325 e ss.

⁴⁰ Cfr. C.M. Martini, contributo al convegno *Il vaso di Pandora. Carcere e pena dopo le riforme*, Roma, 16-18 maggio 1996. Nello stesso senso i vescovi brasiliani: v. CNBB, *Cristo Liberto de Todas as Prisoes*, cit., in part. nn. 143 e 303 ss., pp. 48 e 93 ss.

Dall'altro lato è emerso negli ultimi anni l'interrogativo se non si debba ripensare in radice la visione stessa della risposta sanzionatoria come frattura da contrapporre, quale ne sia la giustificazione addotta, alla frattura del reato, in favore di modalità idonee a consentire, piuttosto, una effettiva composizione del conflitto che il reato certamente apre, e talora in forme assai gravi, fra agente e vittima, o comunque fra agente e società⁴¹.

A partire dall'esperienza biblica, innanzitutto andrebbe superata la prospettiva, consueta nella nostra cultura, di una giustizia concepita come luogo della separazione o della lite, e riscoperta, piuttosto, la dimensione di una giustizia intesa come «*forma della ri-unione di ciò che è separato*»⁴². Un vero consolidamento del diritto si ha nel momento in cui, dopo la frattura che si è prodotta, chi ha violato la legge torna a riconoscerne l'intangibilità, rendendo nuovamente possibile un suo rapporto con gli altri cittadini. «*L'autorità che si fonda solo o principalmente sulla minaccia o sul timore di pene o sulla promessa e attrattiva di premi* – osserva significativamente Giovanni XXIII nell'enciclica "Pacem in terris" – *non muove efficacemente gli esseri umani all'attuazione del bene comune*», posto che – e ciò vale anche nel contesto di un sistema giuridico legittimamente secolarizzato – «*l'autorità è, soprattutto, una forza morale*». D'altra parte, l'esperienza insegna che la pura neutralizzazione fisica di chi ha commesso il reato spesso ha solo l'effetto di trasferire ad altri il suo *lavoro* criminale⁴³; al contrario il coinvolgimento dell'agente stesso nella riaffermazione del diritto può efficacemente concorrere a delegittimare, anche in situazioni gravi, la scelta dell'illegalità. Ciò in quanto una strategia fondata sulla neutralizzazione (o incapacitazione) trascura i fattori strutturali che favoriscono la criminalità, lasciando sussistere l'esistenza di ciascun *posto di lavoro* criminale (le opportunità di delinquere non sono illimitate) in favore di altri soggetti e, dunque, rivelandosi *complessivamente* improduttiva circa la difesa stessa della società: laddove un'avvenuta risocializzazione ha *più probabilità* di operare in senso ostativo rispetto al *passaggio delle consegne*.

In termini *laici*, si tratta di sentirsi corresponsabili nella formazione di quei fattori della società che incidono sulle scelte criminali, e di non considerarsi estranei alla dimensione del male⁴⁴. Solo tale senso di corresponsabilità può consentire, del resto, l'assunzione degli impegni necessari per una seria azione preventiva in sede prepenalistica ed evitare che il condannato assuma il ruolo di capro

⁴¹ Cfr. in questa prospettiva, sulla c.d. *mediazione penale*, AA.VV., *La sfida della mediazione*, a cura di G. Pisapia e D. Antonucci, Padova 1997; M. Mattè, *Giustizia e pena: l'ipotesi della mediazione (Una giustizia per parlarsi)*, in *Il Regno-att.*, 1998, 2, pp. 42 ss.; AA.VV., *La mediazione nel sistema penale minorile*, a cura di L. Picotti, Padova 1998.

⁴² Si veda P. Tillich, *Amore, giustizia e potere* (1954), tr. it. Milano 1994, p. 66. In proposito si veda anche Giovanni Paolo II, nel cit. messaggio per la Giornata mondiale della pace 1997, n. 5: «*la giustizia mira soprattutto a ripristinare relazioni autentiche con Dio, con se stessi, con gli altri [...]; il perdono punta a reintegrare sia le persone che i gruppi nella società*». Sulla prospettiva della riconciliazione cfr. inoltre CNBB, *Cristo Liberta de Todas as Prisoes*, cit., n. 258, p. 78.

⁴³ Un'osservazione nella sostanza analoga è svolta da Gandhi, *Il mio credo, il mio pensiero*, tr. it. di L. Angelini, Roma 1992, p. 157: «*Se uccido un uomo che mi osteggia, posso sperimentare un senso di falsa sicurezza. Ma la sicurezza sarà di breve durata. Perché non avrò affrontato la radice del male. A tempo debito, si leveranno sicuramente degli altri uomini a ostacolarmi. Il mio problema, quindi, non è uccidere l'uomo o gli uomini che mi ostacolano, ma scoprire la causa che li induce a ostacolarmi, e affrontarla*» (26 febbraio 1931).

⁴⁴ Al che deve affiancarsi la consapevolezza del fatto che qualsiasi condotta segnata dal male *non esaurisce* l'esperienza di un uomo, *non annulla* il bene che sia stato presente nella sua vita, né esclude l'apertura al bene, fino alla santità: in questo senso, potrebbe assumere un rilievo eccezionale il riconoscimento di quest'ultima da parte della Chiesa (del quale da anni è in corso il processo) in Jacques Fesch, condannato a morte e ghigliottinato in Francia nel 1957, che ci ha lasciato testimonianze straordinarie del suo percorso spirituale, ispirato soprattutto a santa Teresa di Lisieux. In proposito si veda A.M. Lemonnier, *Luce sul patibolo. Lettere dal carcere di Jacques Fesch ghigliottinato il 1° ottobre 1957, a 27 anni* (1975), tr. it. di G.M. Vassallo, 3^a ed., Torino-Leumann 1980; Id., *Cella 18. Lettere inedite di Jacques Fesch in attesa della ghigliottina* (1980), tr. it. di G. M. Medica, Torino-Leumann 1981; J. Fesch, *Giornale intimo (2 agosto - 30 settembre 1957)*, tr. it., dal manoscritto francese, di G.M. Medica, Torino-Leumann 1982; G. Merlatti, *Sul filo della vita. La storia di Jacques Fesch*, Milano 1997; A.M. Sicari, *Ritratti di santi 1997. Jacques Fesch (1930-1957)*, opuscolo del Movimento ecclesiale carmelitano.

espiatorio rispetto a tutto il male presente nella società. Ne deriva che uno degli aspetti fondamentali per un approccio serio al problema criminale è la forte consapevolezza che la prevenzione dei reati si gioca soprattutto sul piano di interventi educativi, politico-sociali e giuridici (di tipo civile, commerciale, tributario, ecc.) anteriori all'ambito classico dell'applicazione di una pena e impegnativi per tutti.

A maggior ragione, secondo quanto s'è detto, il momento della prevenzione non può prescindere dall'interesse anche per il futuro di chi è sottoposto a giudizio penale⁴⁵. Le sanzioni utilizzate, pertanto, dovrebbero risultare coerenti con lo scopo della ricostituzione di un rapporto (a sua volta) positivo fra agente di reato e società, nonché, possibilmente, fra agente di reato e vittima. Ne deriva che l'impegno volto al *recupero* dell'agente di reato e alla riconciliazione riparativa non costituisce una mera concessione umanitaria in conflitto con gli interessi dei cittadini, bensì fattore cardine della strategia di tutela dei beni fondamentali: nulla consolida infatti più efficacemente l'autorevolezza del diritto, incidendo sulla capacità di creare imitazione che caratterizza i modelli comportamentali devianti, della scelta personale di prendere le distanze da una precedente esperienza criminosa e di operare in un'ottica di cosiddetta *restorative justice* nei confronti delle vittime.

Dovrebbero essere del pari incentivate le forme alternative di risposta al reato fondate sulla *mediazione* fra vittima e agente. In merito alla mediazione penale, Eusebi – in un intervento tenuto all'Università di Genova l'8 marzo 2008 – ha sostenuto che essa consente di riequilibrare alcune caratteristiche del processo penale che ne rappresentano anche un limite. Nel processo penale non è possibile ristabilire un dialogo; nel processo penale ciò che dovrebbe essere detto in termini di sincerità potrebbe essere utilizzato a danno del soggetto che si apre al dialogo. “*Nemo tenetur se detegere*”. Nel momento della mediazione, se il mediatore è bravo, è possibile rielaborare quanto accaduto sulla base della sincerità: quello che viene detto tra le parti durante la mediazione non sarà rivelato al giudice. Vi è qui un'idea della giustizia non come frattura ma come ricostruzione dei rapporti, come riconoscimento del fatto che frattura c'è stata, ma anche che su quella frattura si può lavorare, e ciò può avvenire nell'ambito di un dialogo⁴⁶. Il processo penale non consente di ristabilire questa sincerità, di rispondere al desiderio della vittima che sentiamo ripetere “*io voglio guardarlo negli occhi*”. Al desiderio della vittima noi rispondiamo esclusivamente con l'entità della pena. Ma qual è il vero bisogno della vittima? E' poter vedere riconosciuto che quanto accaduto è stata una prevaricazione, che quanto accaduto è stato reale ma non è per nulla razionale. La vittima ha bisogno della chiarificazione di quanto accaduto, di fare luce sui fatti, e che alla luce di questa chiarificazione si affermi che quanto è accaduto non dovrà più accadere. A questo bisogno il processo risponde con l'entità della pena; e quando il giudice non infligge una pena elevata si ha la percezione che non ha avuto il coraggio morale di dire che quanto è accaduto è grave. La mediazione offre alla vittima la possibilità che venga detto che quanto è accaduto non doveva accadere, e di dirlo addirittura insieme all'autore del reato nell'ambito di una rielaborazione. Ci piace sottolineare come di lungi preveggenti appaiano, rispetto a questo movimento, le parole del 1954 di Pio XII: “*L'odierno diritto degli Stati non dà molta importanza alla libera riparazione. Esso si contenta di piegare mediante la sofferenza della pena la volontà del colpevole...ad ogni modo il non prendere per principio in considerazione la volontà del reo di dare soddisfazione, in*

⁴⁵ «*La porta verso il pentimento e la riabilitazione* – osserva Giovanni Paolo II nel messaggio per la Giornata mondiale della pace 1997, n. 5 – *deve restare sempre aperta*».

⁴⁶ La giustizia riparativa, al di là dei presupposti teorici, non costituisce ancora nella sua realizzazione un vero e proprio modello alternativo di giustizia, ma piuttosto fornisce modalità di intervento, con lo scopo di ampliare la gamma delle alternative alla pena detentiva. La mediazione infatti, trova spazio all'interno della sospensione della condanna o durante la sua esecuzione, pur non mancando esperienze di mediazione pre-processuale, il cui esito positivo di accordo raggiunto tra le parti produce la chiusura del procedimento e l'esclusione del processo. Cfr. G.Scardaccione, *Nuovi modelli di giustizia: Giustizia riparativa e mediazione penale*, in *Rassegna penitenziaria e criminologia*, 1 – 2, 1997, p. 25.

*ciò che il sano senso giuridico e la violata giustizia richiedono, è una mancanza ed una lacuna a colmare la quale vivamente esorta l'interesse della dottrina e della fedeltà ai principi fondamentali del diritto penale*⁴⁷.

Andrebbe, ovviamente, prestata maggiore attenzione alla vittima del reato, assicurando che ad essi, soprattutto ai soggetti colpiti in modo grave da condotte criminose, non manchi il necessario sostegno sociale, in termini umani e materiali⁴⁸.

Va, infine, riconosciuto che la tutela del bene comune può richiedere anche sanzioni consistenti nella limitazione di diritti (non diversamente da quanto avviene con gli oneri che l'ordinamento impone in ambiti diversi dal diritto penale): tali limitazioni, tuttavia, non dovrebbero essere definite secondo un'ottica stigmatizzatrice. In particolare, allorché sussista un pericolo concreto di reiterazione che investa gravi reati rendendo effettivamente non evitabile il ricorso alla privazione della libertà personale questa dovrebbe rimanere pur sempre orientata a credibili finalità risocializzative.

⁴⁷ Cfr. Pio XII, *Allocuzione ai giuristi cattolici italiani*, 5 febbraio 1955, III. 1, in AAS 47 (1955) 72-65. Questa allocuzione, che il Santo Padre si proponeva di pronunciare a chiusura del VI Convegno nazionale di studio dell'Unione giuristi cattolici italiani, a causa delle sue condizioni di salute fu letta da Mons. M. Castellano, Vescovo di Volterra, nella riunione del 5 dicembre 1954. Pubblicata in *Rassegna di Studi penitenziari*, 1955, n. 1.

⁴⁸ La vittimologia è un'area di studio ormai affermata all'interno della criminologia: i recenti indirizzi di ricerca hanno superato l'orientamento iniziale, volto soprattutto alla definizione di tipologie ed all'individuazione del ruolo ricoperto dalla vittima nelle fasi del reato, ma si rivolgono soprattutto allo studio delle conseguenze del reato, siano esse di natura psicologica, psicopatologica o patrimoniale, finalizzato all'elaborazione di modalità di intervento a favore della vittima a carattere preventivo e di supporto. Cfr. G. Scardaccione, *Nuovi modelli di giustizia: Giustizia riparativa e mediazione penale*, cit., pp. 23 – 24.